

Cartagena de Indias D. T. y C., dieciséis (16) de abril de dos mil veintiuno (2021)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control:	NULIDAD ELECTORAL
Radicado:	13001-23-33-000-2020-00011-00
Demandantes:	OSCAR JOSÉ JIMÉNEZ HERNÁNDEZ lizethjimenezg@hotmail.com
Demandado:	ACTO DE ELECCIÓN DE LADY NEYS MENDOZA RHENALS COMO CONCEJAL DE CLEMENCIA (BOLÍVAR) danielherazo.acevedo@hotmail.com
Tema:	Inhabilidad # 2º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000 - numeral 5º del artículo 275 del CPACA
Magistrado Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar a dictar sentencia de única instancia, en el proceso promovido por el OSCAR JOSÉ JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, contra el ACTO DE ELECCIÓN DE LADY NEYS MENDOZA RHENALS COMO CONCEJAL DE CLEMENCIA (BOLÍVAR), para el período 2020-2023, en ejercicio del medio de control público de nulidad electoral, pretendiendo las siguientes declaraciones y condenas:

III. - ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA

3.1.1. Peticiones

Se pretende que se declare lo siguiente:

- La nulidad parcial del acto que declaró la elección E—26 CON del 9 de noviembre de 2019, por medio del cual se declaró la elección como concejal del Municipio de Clemencia (Bolívar), a la señora LADY NEYS MENDOZA RHENALS, para el periodo 2020-2023.

- Que, como consecuencia de lo anterior, la autoridad electoral disponga la provisión de dicha curul.

3.1.2. Hechos

Se destaca lo siguiente:

Que para las elecciones llevadas a cabo el 27 de octubre de 2019, en el Municipio de Clemencia se eligió como concejal a una candidata inscrita en nombre del Partido Social de Unidad Nacional – Partido de la U, siendo que al momento de la inscripción se encontraba inhabilitada porque dentro de los doce meses anteriores a la inscripción se encontraba nombrada en el cargo de secretaria del Concejo Municipal del Municipio de Clemencia.

3.1.3. Concepto de violación - Fundamentos de derecho.

Se invoca en la demanda, la transgresión normativa del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000; y el numeral 5º del artículo 275 del CPACA, porque dentro de los doce meses anteriores a la inscripción, se encontraba nombrada en el cargo de secretaria del Concejo Municipal de Clemencia.

Señala que en el caso de marras se configuran los supuestos de hechos descritos en la norma en comento, por tal razón se deben conceder las pretensiones de la demanda.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.2.1. REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL.¹

Presenta escrito de contestación formulando la excepción de **Falta de legitimación en la causa por pasiva**.

Señala que dentro de sus funciones le corresponde la organización electoral previo a la jornada de elecciones, y posteriormente, cumple labores secretariales en los escrutinios municipales. Igualmente destaca sus funciones frente a los diferentes mecanismos de participación.

¹ Folio 101.

Por ende, afirma que no es la entidad que determine cuando un candidato está inhabilitado para un cargo de elección popular; y que, por ello, no es el sujeto procesal competente para suprimir o declarar nula una curul.

Señala que es el Consejo Nacional Electoral, quien administrativamente conoce de los asuntos concernientes a las inhabilidades e incompatibilidades de los candidatos, por lo que solicitó en esa oportunidad procesal ser desvinculada del presente asunto.

Adicionalmente indica en su defensa, que frente a las pretensiones de la demanda, se abstiene de pronunciarse frente a las mismas, ya que el acto acusado fue proferido por la Comisión Escrutadora y no por la entidad que representó; y que sus funciones son específicas dentro del proceso electoral, como son el proceso de organización de las elecciones, de los diferentes mecanismos de participación y de elaboración de los respectivos calendarios electorales.

3.2.2. LADYS NEYS MENDOZA RHENALS²

En su defensa, indica que para que se configure la inhabilidad endilgada, deben alegarse y probarse todos los requisitos previstos en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994; y en el caso de marras, la parte actora dejó de lado lo relacionado con el ejercicio de autoridad que debe tener el empleado público o cargos públicos que ejercen autoridad civil, política, militar o dirección administrativa, y que dicha descripción no incluye el cargo de Secretario del Concejo Municipal, pues sus funciones son de auxiliar o apoyo.

Señala que el cargo desempeñado por la demandada de secretaria del Concejo Municipal de Clemencia desempeñaba las siguientes funciones, entre otras:

- Asistir a todas las sesiones
- Realizar la convocatoria a sesiones que se programen por autorización del Presidente y de la Mesa Directiva.
- Llevar y firmar las actas de acuerdo, y certificar la fidelidad de su contenido.

² Folio 125 ss

- Dar lectura a los proyectos, proposiciones y demás documentos y mensajes que deban ser leídos en sesión plenaria.
- Informar sobre los resultados de toda clase de votación que se cumpla en la Corporación.

Que, en virtud de lo anterior, alega que en el presente asunto existe una falta de causa para demandar, pues señala que el certificado de fecha 7 de julio de 2020, el Presidente del Concejo Municipal de Clemencia certificó que no existe manual de funciones para la secretaria, y que el ordenador del gasto es el Presidente de la Corporación, indicando para el efecto, al señor Wilder Rafael Jiménez Solano.

3.2.3. CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

Señala que dentro de las facultades constitucionales de que está revestida la entidad, debe decidir sobre las solicitudes de revocatoria de inscripción de candidatos a elección popular; y que el plazo máximo para modificar las inscripciones fue hasta el 27 de septiembre de 2019.

Que si posterior a esa fecha se presenta una solicitud de revocatoria de la inscripción, o no se ha decidido alguna que esté en trámite, el partido o movimiento político perdería la facultad de modificar los candidatos o las listas de candidatos inscritos.

Alega que en sede administrativa no se recibió ninguna solicitud de revocatoria de inscripción de la señora LADY NEYS MENDOZA RHENALS como candidata al Concejo del Municipio de Clemencia (Bolívar), por lo que una vez efectuada la declaratoria de la elección, la única forma de cuestionar su legalidad es a través del medio de control de nulidad electoral.

Sin embargo, manifiesta que en el plenario no existen actos de nombramiento de los cuales se pueda inferir que la demandada estaba bajo una vinculación legal y reglamentaria que le daría la calidad de empleada pública, ya que al proceso no fue aportado el documento que certifica el tipo de vinculación que tuvo con el concejo municipal, para comprobar la calidad sobre la cual se desempeñaba.

Que tampoco se puede determinar que encuadraba dentro del ejercicio de jurisdicción, pues el cargo de secretaria general del concejo no está facultada para administrar justicia.

En cuanto al tema de autoridad, se indica que no se encuentra certificado de individualización de las funciones desempeñadas por la concejal cuando fungía como secretaria general.

Que en este caso no se encuadran los elementos para configurar la inhabilidad invocada; y en cuanto al elemento temporal, se tiene que tampoco se anexó documento que certifique su vinculación y tiempo de permanencia en el cargo.

3.3. ACTUACIÓN PROCESAL

La presente demanda fue inadmitida con auto del 17 de enero de 2020.³

Es admitida mediante auto de fecha 03 de febrero de 2020⁴.

Mediante traslado secretarial del 17 de julio de 2020, se fijan las excepciones formuladas en las contestaciones de la demanda.⁵

Con auto del 28 de julio de 2020, se declara probada la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por la Registraduría Nacional del Estado Civil.⁶

Por auto del 21 de agosto de 2020, se dispone fijar fecha para la celebración de la audiencia inicial.⁷

Que en fecha 1º de septiembre de 2020, se llevó a cabo audiencia inicial.⁸ En la misma se dispone:

³ Folios 16-17.

⁴ Folios 80-84.

⁵ Folio 142

⁶ Folio 16 expediente electrónico.

⁷ Folio 17 expediente electrónico.

⁸ Folio 19 expediente electrónico.

- Incorporar las pruebas aportadas con la demanda y la contestación, decretar las pruebas solicitadas y fijar el día 22 de septiembre de 2020 para la realización de la audiencia de pruebas.

El día 22 de septiembre de 2020 se celebra audiencia de pruebas.⁹ En la misma se dispone suspender la misma por requerimiento de pruebas documentales.

La continuación de la audiencia de pruebas se llevó a cabo el día 2 de octubre de 2020, y en la misma se decide incorporar las pruebas practicadas y se declara cerrado el debate probatorio, disponiendo para el efecto correr traslado para alegar en los términos del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011.¹⁰

3.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

3.4.1. PARTE DEMANDANTE¹¹

Señala que la demandada se desempeñó como empleada pública al asumir el cargo de Secretaria del Concejo Municipal de Clemencia para el periodo comprendido entre el 10 de enero al 31 de diciembre de 2018, tal como lo muestra el certificado expedido por el Presidente de dicha Corporación.

Que la señora Mendoza Rhenals debió renunciar al cargo desempeñado un año antes de la elección, es decir el 27 de noviembre de 2018; y de los documentos allegados se verifica que la demandada finalizó su periodo el día 31 de diciembre de 2018; por lo que considera que quedó contemplada dentro de la prohibición descrita en el numeral 2º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. Por consiguiente, se solicita se declare la nulidad de la elección de la demandada.

3.4.2. PARTE DEMANDADA¹²

Considera que las pretensiones deben desestimarse, pues el cargo de Secretario del Concejo Municipal de Clemencia no tiene funciones de Autoridad Política, Civil, Administrativa o Militar, tampoco se ha acreditado

⁹ Folio 25 expediente electrónico.

¹⁰ Folio 33 expediente electrónico

¹¹ Folio 34 expediente electrónico

¹² Folio 36 del expediente electrónico

que la demandada haya ejercido labores de ordenador del gasto en dicha Corporación, ya que dichas funciones son reservadas legalmente al Presidente del Concejo Municipal; en consecuencia, la inhabilidad que se pretende alegar no se encuentra probada, pues es necesario que se configuren las dos premisas, a saber: i) ostentar la calidad de empleado público; y que ii) el empleo público tenga inmersas funciones de autoridad civil, política, administrativa, militar o de ordenador del gasto dentro de los doce meses anteriores a la elección.

Que las funciones de la demandada, fueron certificadas por el Presidente del Concejo Municipal de Clemencia el día 7 de septiembre de 2020; y del mismo se puede indicar que se limitaban a actividades de apoyo y servicios auxiliares en la Corporación.

3.4.3. CONSEJO NACIONAL ELECTORAL¹³

Señala que en el presente caso no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto electoral demandado, pues no se configuró la inhabilidad endilgada a Lady Neys Mendoza Rhenals como concejal del municipio de Clemencia para el periodo 2020-2023.

Que valorados los elementos de la causal 2º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, y los elementos probatorios que reposan en el expediente virtual, el acta de posesión, la certificación 1 correspondiente al tiempo laborado y la certificación 2 que constata la sesión en la que se realizó la elección y aprobación de la demandada, se puede decir que no basta haber tenido la calidad de empleada pública, pues la causal de inhabilidad también exige que se haya ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar.

Que del análisis de los tipos de autoridad y de las funciones atribuidas al cargo de Secretaria del Concejo Municipal de Clemencia desempeñado por la demandada, se observa que son funciones encaminadas a ejercer apoyo y asistencia institucional, con el fin de contribuir en la labor que ejerce el Concejo; por lo que no se encuentra configurado el supuesto de que en dicho cargo haya ejercido algún poder de autoridad.

¹³ Folio 35 del expediente electrónico

3.4.4. AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO.¹⁴

El señor Agente del Ministerio Público emitió concepto en el que concluye que el acto demandado se encuentra ajustado a la legalidad; pues a su juicio no se encontró configurada la inhabilidad contemplada en el numeral 2º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994.

Realiza el Agente del Ministerio Público las siguientes apreciaciones, las cuales se transcriben:

“Así las cosas, una vez se toma lectura de las funciones ejercidas por la señora MENDOZA RHENALS como Secretaria del Concejo Municipal de Clemencia, y que fueron certificadas por el Presidente de esta Corporación con destino al presente, se colige que sin mayor esfuerzo, que dichas tareas no constituyen o comportan el ejercido (sic) de autoridad política, civil o administrativa en los términos de los artículos 188 a 190 de la ley 136 de 1994, razón por que (sic) se deben negar las pretensiones de la demanda.

No puede dejar de resaltar el suscrito, que del texto de la propia demanda, se advierte que la parte accionante era consciente de la anterior conclusión, ya que al momento de citar la norma en la que funda su petición de nulidad, corta el texto normativo, sin hacer alusión a la segunda parte de la disposición, es decir, la relativa a que la configuración de la causal exige que el cargo público ejercido comporte el ejercicio de autoridad política, civil o administrativa, olvidando que la causal de inhabilidad no surge con el simple hecho de ejercer un cargo público dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección.

Corolario de lo anterior y sin entrar en profundas disquisiciones por motivos de economía procesal y por la claridad meridiana que mi criterio se da en el sub examine, se solicita al Honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, negar las súplicas de la parte actora. (...).”

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de única instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a dictar sentencia de fondo.

¹⁴ Folio 37 expediente electrónico.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. COMPETENCIA.

Es competente este Tribunal para conocer del presente proceso en única instancia, de acuerdo a lo establecido el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, (Ley 1437 de 2011 en su artículo 151 numeral 9), que expresa que *“Los Tribunales Administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: (...) De la nulidad del acto de elección de alcaldes y de miembros de corporaciones públicas de municipios con menos de setenta mil (70.000) habitantes que no sean capital de departamento. El número de habitantes se acreditará con la información oficial del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas –DANE–. La competencia por razón del territorio le corresponderá al tribunal con jurisdicción en el respectivo departamento.”*

En *sub-lite*, se demanda la elección de una concejal del Municipio de Clemencia – Bolívar, que de conformidad con el último Censo General del Departamento Nacional de Estadísticas - DANE, tiene trece mil ochocientos veintiún (13.821) habitantes, para el año 2018¹⁵, siendo entonces competente este Tribunal en única instancia para conocer del presente asunto. Adicionalmente, tiene competencia la Corporación por el factor territorial para conocer de este proceso, según los requisitos establecidos en la norma positiva en cita.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Conforme con lo establecido en la fijación del litigio hecha durante la audiencia inicial celebrada en fecha 1º de septiembre de 2020¹⁶, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente problema jurídico:

Determinar si la señora LADY NEYS MENDOZA RHENALS, se encuentra incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000; que consagra que no podrá ser elegido concejal, quien: *“dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o*

¹⁵ [13222.pdf \(dane.gov.co\)](#)

¹⁶ Ver folio 21 expediente electrónico.

distrito, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito”.

5.3. TESIS DE LA SALA

La Sala de Decisión sostendrá como tesis que, si bien se acreditó el hecho de que la demandada se desempeñó como empleada pública, lo cierto es que las funciones por ella desempeñadas no contemplan el ejercicio de autoridad administrativa; y desde el punto de vista funcional, tampoco puede decirse que sus atribuciones le permitieron adoptar decisiones en torno a aspectos relativos al manejo del personal vinculado con la institución, a la ordenación del gasto, a la celebración de contratos. En ese orden, no se encontró acreditado ese elemento configurativo de inhabilidad alegado en el cargo de nulidad invocado en la demanda, por lo que se negarán las pretensiones de la misma.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

5.4.1. Del Medio de control de nulidad electoral

La jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁷ se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el carácter constitucional de este medio de control, y ha dicho que se trata de una acción pública especial de legalidad y de impugnación de un acto administrativo de elección o de nombramiento, a la que puede acudir cualquier ciudadano dentro de los términos establecidos en la ley, con el fin de discutir ante la jurisdicción contenciosa administrativa la legalidad del acto de elección, la protección del sufragio y el respeto por la voluntad del elector.

Ha señalado también, que el objeto principal del medio de control de nulidad electoral, es determinar a la mayor brevedad la legalidad y conformidad con la Constitución de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales resaltando su carácter público en la medida que cualquier persona puede solicitar la nulidad de los actos electorales bajo la lógica que quien actúa representa el interés general para esclarecer la

¹⁷ Sentencia SU 050 de 2018. MP. CRISTINA PARDO SCHLESINGER

forma en que se realizó una elección; y si la misma observó los lineamientos fijados en la Constitución y la ley.

Se trata entonces de un juicio de legalidad objetivo en el que se contrasta el acto demandado con las normas invocadas como fundamento de la demanda, con base en los argumentos esgrimidos con el concepto de violación y teniendo en cuenta las pruebas que reposan en el expediente, por lo que no hay lugar a estudiar aspectos subjetivos de la conducta de los demandados tales como la culpabilidad, toda vez que para declarar la nulidad del acto electoral basta con que se encuentren acreditados los elementos de la causal endilgada independientemente de que ésta se haya cometido a título de dolo o culpa, por ejemplo.

Con base en lo anterior, las consecuencias de la decisión de la nulidad electoral se limitan a la expulsión del acto electoral del ordenamiento jurídico, sin que ello conlleve una inhabilidad para que el afectado pueda volver a participar en otra contienda electoral para el mismo cargo.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la acción penal, resulta del caso advertir que ésta es completamente independiente a la figura de nulidad electoral, toda vez que tiene un objeto diferente cuál es la investigación y sanción de las conductas punibles que resulten ser típicas, antijurídicas y culpables que se pongan en su conocimiento. Bajo esta perspectiva, no resulta procedente en estos casos la aplicación de la figura de la prejudicialidad, toda vez que las decisiones que se adopten en uno y otro caso en nada influyen en los demás, lo cual no impide que las pruebas que se practiquen válidamente en alguno de ellos puedan ser trasladadas a los demás y sirvan de base para su decisión.

5.4.2. De las inhabilidades - causal prevista en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificada por la Ley 617 de 2000.

La tratadista Ana Carolina Osorio Calderín¹⁸, expone que las inhabilidades son requisitos negativos, pues son prohibiciones, son situaciones en las que no se puede incurrir, so pena de impedir la aspiración a un cargo de elección popular y/o habiéndolo conseguido, perderlo.

¹⁸ Osorio, A. (2014). Manual de Inhabilidades Electorales. Bogotá D.C - Colombia: Ibáñez.

Esto quiere decir que las inhabilidades electorales son todos los impedimentos de origen constitucional y legal para ocupar los cargos de elección popular. Las inhabilidades electorales tienen como finalidad que las personas que se eligen por voto popular sean personas idóneas e íntegras y que las elecciones se lleven a cabo en igualdad de condiciones para todos los candidatos.

Estas constituyen una restricción al derecho fundamental de elegir y ser elegido – Art. 40 C. P.- en razón al interés general – Art. 1 C. P.¹⁹ *ejúsdem-*, en conclusión, las inhabilidades electorales restringen legítimamente el derecho fundamental a ocupar cargos de elección popular para garantizar, por un lado, igualdad en las elecciones populares y, de otro, la idoneidad del servidor público.

Las inhabilidades electorales traen como consecuencias la nulidad de su elección por conducto de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en calidad de juez del proceso electoral (artículo 275-5 Ley 1437 de 2011 - CPACA²⁰).

Ahora bien, el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificada por la Ley 617 de 2000, expresa:

“ARTÍCULO 43. INHABILIDADES. <Artículo modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

(...)

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. (...)

¹⁹ “**Artículo 1.** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

²⁰ “**ARTÍCULO 275. CAUSALES DE ANULACIÓN ELECTORAL.** Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

(...)

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.”

Para que se acredite la referida causal de inhabilidad, se requiere: (i) que el elegido haya sido “empleado público”; (ii) que su empleo comporte funciones que impliquen ejercicio de autoridad administrativa; (iii) que esa autoridad se haya ejercido durante los 12 meses anteriores a la elección y; (iv) que esa autoridad se haya ejercido en el respectivo municipio o distrito. Los supuestos enunciados son concurrentes, de modo que si falta alguno de ellos no se configura la inhabilidad antes descrita.

5.5. CASO CONCRETO.

5.5.1. Pruebas relevantes:

- Acta parcial de Escrutinio General Concejo del municipio de Clemencia (Bolívar) E-26 CON, en la que se declara la elección de la señora LADY NEYS MENDOZA RHENALS como concejal por el Partido Social de Unidad Nacional – Partido de la U.²¹
- Acta de Posesión de la señora LADY NEYS MENDOZA RHENALS, identificada con C.C. No. 1051891259 de fecha diez (10) de enero de dos mil dieciocho (2018), para ocupar el cargo de Secretaria General del Concejo Municipal de Clemencia, para el periodo comprendido entre el diez (10) de enero y el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).²²
- Concepto No. EXT_S18-00019000-PQRSD-015780-PQR del 22 de octubre de 2018, emitido por el Ministerio del Interior, relacionado con la elección de los secretarios de los concejos municipales.²³
- Certificado del 7 de julio de 2020, en el que se indica que el ordenador de gastos de dicha corporación es el Presidente de la misma, señor Wilder Rafael Jiménez Solano; quien suscribe el certificado en calidad de Presidente del Concejo Municipal de Clemencia.²⁴

²¹ Ver folios 5-12.

²² Ver folios 13 – folio 31 expediente electrónico.

²³ Ver folios 134-138.

²⁴ Ver folios 140.

- Certificado del 7 de julio de 2020, suscrito por el Presidente del Concejo Municipal de Clemencia, en el que se indica que *“la secretaria del concejo municipal de clemencia no tiene empleados a su cargo”*.²⁵
- Certificación expedida por el Presidente del Concejo Municipal de Clemencia, en la que se indica, que la señora LADY NEYS MENDOZA RHENALS, identificada con C.C. No. 1.051.891, se desempeñó como Secretaria del Concejo Municipal para el año 2018.²⁶
- Certificación expedida por el Presidente del Concejo Municipal de Clemencia, en la que se indica que dicha Corporación no cuenta con manual de funciones específico para el cargo de secretario del concejo; sin embargo, señala que en el Reglamento Interno, están establecidas las funciones del secretario, limitándose las mismas a actividades de apoyo y servicios auxiliares.²⁷
- Certificación del 28 de septiembre de 2020, suscrita por el Presidente del Concejo Municipal de Clemencia, en el que se indica que la señora LADY NEYS MENDOZA RHENALS, identificada con C.C. No. 1.051.891.259, se desempeñó como secretaria del concejo municipal de Clemencia durante el periodo comprendido entre el 10 de enero de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2018.²⁸
- Acta N. 003 del 9 de enero de 2018, del Concejo Municipal de Clemencia (Bolívar), en la cual se llevan a cabo varias actividades, entre las cuales se encuentra evaluación a las hojas de vida de los aspirantes al cargo de Secretario General de dicha Corporación. Se indica, que en sesión especial del 5 de enero de 2018, se conceptuó que la hoja de vida presentada por la aspirante LADY NEYS MENDOZA RHENALS, identificada con C.C. No. 1051891259, es la única que reúne los requisitos establecidos en la Convocatoria No. 003 del 20 de diciembre de 2017.²⁹

²⁵ Ver folios 141.

²⁶ Ver folio 26 expediente electrónico.

²⁷ Ver folio 26 expediente electrónico.

²⁸ Ver folio 32 expediente electrónico.

²⁹ Ver folio 33 expediente electrónico.

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo

En el caso de autos, la parte actora pretende la nulidad de la elección de la señora LADY NEYS MENDOZA RHENALS como concejal electa del Municipio de Clemencia – Bolívar para el periodo constitucional 2020 – 2023; con fundamento el artículo 275 numeral 5° de la Ley 1437 de 2011, alegando la presunta inhabilidad contemplada en el numeral 2° del artículo 43 modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000; esto es, por cuanto a su juicio, dentro de los doce (12) meses anteriores a su inscripción, se encontraba nombrada en el cargo de Secretaria del Concejo Municipal de Clemencia, y en esos términos, fungía como empleada pública.

Por su parte, la accionada, se opuso a dicha pretensión anulatoria, ya que considera que la causal de inhabilidad señalada consagra unos ingredientes normativos adicionales al solo hecho de ostentar la calidad de empleado público; y esto es, el que ejerza jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar en el respectivo municipio cuestión que no ocurre en este caso.

Pues bien, con base en el material probatorio relacionado en la foliatura, en la normatividad aplicable y en la jurisprudencia proferida por el Honorable Consejo de Estado, procede la Sala a resolver la litis planteada en el *sub examine*.

En efecto, como lo vimos, la causal de nulidad invocada en el libelo, requiere de la configuración de unos requisitos que deben concurrir; por lo que en la ausencia de alguno de ellos no se establecería la inhabilidad alegada a la demandada.

5.5.2.1. Del ejercicio como empleado público.

La Sección Segunda del Consejo de Estado³⁰, en relación con este tema, ha dicho que: *“Para hablar de empleo público se requiere entonces, satisfacer sus elementos esenciales, cuales son: funciones asignadas; requisitos exigidos para desempeñarlo; remuneración correspondiente; e incorporación en una planta de personal”*.

³⁰ Sentencia de 21 de mayo de 2009, radicado 6800012315000200001793-01.

El artículo 123 de la Constitución Política señala quienes son servidores públicos, y en él claramente se advierte que los particulares no tienen esa calidad, así:

“Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

Por su parte, el artículo 125 de la Carta prevé lo siguiente:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

PAR. —Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido”.

La noción de empleo público está definida en el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968³¹, como “el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural”; igualmente, la Ley 909 de 2004³² lo definió como: “el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”³³. El concepto de empleado fue definido como “la

³¹ “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil...”, modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968.

³² “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público...”.

³³ Artículo 19.

persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo”³⁴.

De otro lado, se tiene que el artículo 37 de la Ley 136 de 1994, establece la naturaleza jurídica del cargo de Secretario del Concejo Municipal, a saber:

“ARTÍCULO 37.- Secretario. *El Concejo Municipal elegirá un secretario para un período de un año, reelegible a criterio de la corporación y su primera elección se realizará en el primer período legal respectivo (...).”*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 136 de 1994, el Secretario del Concejo Municipal corresponde a un empleo de período fijo y, en tal sentido, ostenta la calidad de empleado público de período fijo dentro la respectiva Corporación Municipal.

Ahora bien, de acuerdo con lo anterior, se tiene que conforme al material probatorio allegado, es posible concluir que la demandada, LADY NEYS MENDOZA RHENALS, sí fungió como empleada pública al desempeñar el cargo de Secretaria del Concejo Municipal de Clemencia tal y como se acreditó con el acta de posesión³⁵ y certificaciones allegadas al plenario³⁶; no obstante, ello por sí solo no es determinante para considerar que la elegida se encontraba inhabilitada para desempeñar el cargo de concejal; por cuanto como se dijo, se requiere de la concurrencia de los demás elementos contemplados en la causal invocada, como lo es por ejemplo el ejercicio de autoridad administrativa en el respectivo municipio, lo cual es indicado en la normatividad aplicable.

5.5.2.2. De la autoridad administrativa, en el respectivo municipio

En cuanto a este aspecto, el contenido normativo de esta autoridad lo encontramos en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, según el cual:

“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.*

³⁴ Decreto 3074 de 1968.

³⁵ Ver folios 13 – folio 31 expediente electrónico.

³⁶ Ver folio 32 expediente electrónico.

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."

La Sección Quinta del Consejo de Estado,³⁷ para referirse a los elementos que se requieren para la configuración de este tipo de autoridad, ha dicho que implica el desempeño de actos de dirección, lo que involucra un grado de autonomía decisoria con el que se ejercen las funciones legalmente establecidas en cada caso particular.

Cabe advertir que, de la disposición antes transcrita, se establece claramente que no todo servidor público tiene la virtualidad de ejercer actos de autoridad y mando; pues se requiere de un grado específico otorgado por la estructura de cada entidad, a partir del cual se puedan tomar decisiones y lograr su cumplimiento.

Pues bien, desde el 2005³⁸ la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado precisó que:

*"(...) para establecer si el ejercicio de determinado cargo público **implica el ejercicio de autoridad administrativa**, puede acudirse, o bien a un **criterio orgánico**, o bien a un **criterio funcional**. En virtud del primero, es posible entender que el **ejercicio de determinado cargo conlleva el ejercicio de autoridad administrativa por tratarse de aquellos que, de conformidad con la ley, implican dirección administrativa**, por ser ésta es (sic) una manifestación de dicha autoridad. Y, acudiendo al segundo, será posible concluir que **las funciones propias de un determinado cargo implican el ejercicio de dicha autoridad**, en atención al análisis que de dichas atribuciones haga el juzgador en el caso concreto". (Negritas fuera de texto original).*

La anterior tesis, fue reiterada en sentencia 23 de septiembre de 2013³⁹, de la siguiente manera:

³⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia 2019-00579 del 12 de marzo de 2020 - Rad.: 15001-23-33-000-2019-00579-02. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

³⁸ Sentencia del 9 de septiembre de 2005, Consejo de Estado, Sección Quinta, C. P. Darío Quiñones Pinilla, exp. 41001-23-31-000-2003-01299-02 (3657).

³⁹ Sentencia de 23 de septiembre de 2013, C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, exp. No. 41001-23-31-000-2012-00048-01, demandado: Personero de Neiva.

*“... no sobra recordar que en cuanto a la **autoridad administrativa** el artículo 190 de la Ley 136 de 1994 establece un **criterio orgánico y uno funcional** para determinar en qué casos se configura este tipo de dirección. Con **el primer criterio los alcaldes, los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas y de unidades administrativas especiales son los servidores a los que se les atribuye autoridad administrativa.** Con el **segundo criterio los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios, ordenar gastos, conferir comisiones, licencias, vacaciones, trasladar funcionarios subordinados, reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijar nueva sede de trabajo son también servidores que ejercen autoridad administrativa...**”.*

Así, de la lectura adecuada del artículo 190 de la Ley 136 de 1994, se advierte que el concepto de autoridad administrativa consta de dos criterios, el orgánico y el funcional, a efectos de lograr probar la incursión en esta inhabilidad. Por lo tanto, debe reiterarse que el primero, alude al cargo desempeñado, su nivel jerárquico, capacidad de decisión y poder de mando. No obstante, el legislador no se limitó a describir los cargos desde los cuales se puede ejercer autoridad administrativa, sino que estableció un criterio funcional, mediante el cual describe una serie de actividades que derivan en el ejercicio de esta autoridad.

En este sentido, la Jurisprudencia del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 12 de agosto de 2013⁴⁰ manifestó que:

*“...cuando el servidor público no ocupa una de esas posiciones, igualmente ejercerá autoridad administrativa si desde la perspectiva funcional sus atribuciones le permiten adoptar decisiones en torno a aspectos relativos al **manejo del personal vinculado con la institución, a la ordenación del gasto, a la celebración de contratos, en fin competencias que no solo comprometen los recursos públicos de las entidades sino que a su vez pueden generar derechos y obligaciones frente a terceros.** Esto es, manifestaciones propias del criterio funcional de la autoridad sub examine”. (Negritillas de la Sala)*

De acuerdo con lo anterior y en desarrollo de la tesis vigente, es deber de las partes y del juez, al momento de analizar la estructuración de la causal de inhabilidad de ejercicio de autoridad administrativa cuando deriva de un cargo diferente a los enunciados en el numeral 1º del artículo 190 de la Ley 136 de 1994, acudir y demostrar que, entre las funciones legalmente asignadas al servidor, estén presentes aquellas relacionadas con el ejercicio de esta autoridad.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. 5200123100020110066301, M.P. Alberto Yepes Barreiro

Pues bien, se tiene que en el *sub lite*, se encuentra certificación expedida por el Presidente del Concejo Municipal de Clemencia⁴¹, en la que se indica que dicha Corporación no cuenta con un Manual de Funciones Específico para el cargo de secretario del concejo; sin embargo, señala que en el Reglamento Interno, están establecidas tales funciones, limitándose las mismas a **actividades de apoyo y servicios auxiliares**, las cuales son enunciadas en la certificación en comento, así:

- Asistir a todas las sesiones
- Apoyar en la redacción de la convocatoria a sesiones que se programen por autorización del presidente y la mesa directiva, de conformidad con el previsto en este reglamento (sic)
- Apoyar la custodia de las actas, de acuerdo con la sana costumbre y el reglamento, así como certificar la fidelidad de su contenido
- Dar lectura a los proyectos, proposiciones y demás documentos y mensajes que deban ser leídos en sesión plenaria
- Informar sobre los resultados de toda clase de votación que se cumpla en la corporación
- Apoyar a la presidencia de la corporación en la elaboración de las comunicaciones oficiales que deban ser enviadas por el presidente o por la mesa directiva
- Informar regularmente al presidente de todos los documentos y mensajes dirigidos a la corporación, acusar oportunamente su recibo y mantener organizado ya (sic) actualizado un registro de entrega y devolución de los mismos y de los enviados a las comisiones permanentes
- Recibir todo documento o petición que llegue al concejo con destino a la presidencia y a la secretaria general de la corporación
- Recibir y radicar los proyectos de acuerdo, y apoyar a la presidencia de la corporación en el reparto a la comisión correspondiente para su trámite en primer debate
- Llevar los siguientes libros: el de actas, el de registro de intereses privados de los concejales de que trata el artículo 70 inciso 2 de la ley 136 de 1994, y el de registro de participación ciudadana a que se refiere el artículo 77 de la misma ley
- Organizar el archivo del concejo, acompañado del índice de los acuerdos municipales expedidos, las resoluciones dictadas y las actas aprobadas
- Ayudar a la presidencia en la publicación la gaceta del concejo
- Recibir la inscripción de constitución de las bancadas existentes al interior del concejo municipal junto con los estatutos y publicar los documentos constitutivos de la misma.

Conforme con lo anterior, se tiene que las funciones antes descritas si bien corresponden a un empleo público, no contemplan el ejercicio de autoridad administrativa; y desde el punto de vista funcional, tampoco puede decirse que sus atribuciones le permitiesen adoptar decisiones en

⁴¹ Ver folio 26 expediente electrónico

torno a aspectos relativos al manejo del personal vinculado con la institución, a la ordenación del gasto, a la celebración de contratos.

De hecho, según certificación del 7 de julio de 2020, expedida por el Presidente del Concejo Municipal de Clemencia, se indica que el ordenador del gasto de dicha entidad es su presidente, el señor Wilder Rafael Jiménez Solano⁴², quien además es quien suscribe el documento en mención; prueba que fue aportada por la demandada en su contestación, la cual fue incorporada al plenario sin ser tachada de falsa, por lo que la Sala otorga pleno valor probatorio.

En ese orden de ideas, se tiene que no se encuentra acreditado en el plenario, que la demandada haya desempeñado un cargo como empleada pública, en el que ejerciera autoridad administrativa en los términos indicados por la ley y la jurisprudencia; de modo que, por la sola circunstancia de no encontrarse acreditado ese elemento configurativo de la inhabilidad que se alega, se declara infundado el cargo de nulidad invocado en la demanda.

Así las cosas, por sustracción de materia, y al descartarse por parte de la Sala el ejercicio de funciones de autoridad administrativa dentro del periodo inhabilitante por parte de la demanda, no será necesario revisar los demás elementos; y por tanto, serán despachados desfavorablemente los juicios de ilegalidad endilgados al acto de elección de LADY NEYS MENDOZA RHENALS como concejal electa del Municipio de Clemencia (Bolívar), para el periodo constitucional 2020 – 2023; lo que necesariamente conduce a negar las pretensiones de la demanda, como se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

5.6. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión N° 003, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

FALLA:

⁴² Ver folio 140

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la presente acción, conforme a lo establecido en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta sentencia en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

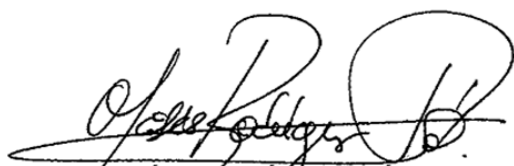
TERCERO: Ejecutoriada la presente decisión, **ARCHÍVESE** el proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS,


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

Medio de control:	NULIDAD ELECTORAL
Radicado:	13001-23-33-000-2020-00011-00
Demandantes:	OSCAR JOSÉ JIMÉNEZ HERNÁNDEZ lizethjimenezg@hotmail.com
Demandado:	ACTO DE ELECCIÓN DE LADY NEYS MENDOZA RHENALS COMO CONCEJAL DE CLEMENCIA (BOLÍVAR) danielherazo.acevedo@hotmail.com
Tema:	Inhabilidad # 2° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000 - numeral 5° del artículo 275 del CPACA
Magistrado Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL