CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Magistrada Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020)

Referencia:	MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL
Radicación:	15001-23-33-000-2019-00579-02
Demandante:	CARMEN ANDREA MONROY HERNÁNDEZ
Demandada:	KAREN LUCÍA MOLANO GRANADOS, Concejal de Tunja
Temas:	Inhabilidad por ejercicio de autoridad administrativa, elemento objetivo o de autoridad

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra el fallo de 21 de enero de 2020 proferido en audiencia por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante el cual se decretó la nulidad del acto demandado.

ANTECEDENTES

I.- LA DEMANDA

1.1.- Pretensión de la demanda

La parte actora a título de pretensiones solicitó:

> "Se declare la NULIDAD del formulario E-26 CON de fecha 4 de noviembre de 2019 o el acto administrativo electoral que se anexa, expedido por la Comisión Escrutadora Municipal de Tunja, en lo que respecta a la declaración de la elección de KAREN LUCÍA MOLANO GRANADOS (…) como Concejal de Tunja para el periodo comprendido 2020-2023…".

1.2.- Soporte fáctico

Como fundamentos fácticos, en síntesis, se plantearon los siguientes:

Para lo concerniente al debate, la parte actora afirmó que la demandada está incursa en la causal de inhabilidad contenida en el numeral 4º[1] del artículo 40 de la Ley 617 de 2000[2], ya que su padre **Henry Eduardo Molano Sánchez**,

---

[1] "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…".

[2] Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.

en su condición rector de la Institución Educativa Rural del Sur, ejerció autoridad administrativa en el municipio de Tunja, Boyacá, dentro de los 12 meses anteriores a su elección.

Precisó que la Institución Educativa Rural del Sur, es un establecimiento educativo público adscrito a la Secretaría de educación de Tunja, según consta en la Resolución No. 02424 de 30 de septiembre de 2002.

Afirmó que el rector de esa institución educativa entre sus funciones le compete celebrar contratos y convenios, es ordenador de gasto, prepara y aprueba estados de balance general, estado de actividad financiera, económica y social y estado de cambios en el patrimonio, notas y anexos a los estados contables, de lo que deduce que resulta evidente el ejercicio de autoridad administrativa, por parte del padre de la demandada y, en consecuencia, la configuración de la causal endilgada.

1.3.- Normas violadas y concepto de la violación

La demandante citó como normas infringidas los artículos: 1, 2, 3, 13, 29, 40, 260, 265, 314.5 y 316 de la Constitución Política; 40 de la Ley 671 de 2000; 190 de la Ley 136 de 1994; 10, 13 y 76 de la Ley 715 de 2001; 129, 131 y 132 de la Ley 115 de 1994 y los Decretos 1278 de 2002 y 4791 de 2008.

Luego de transcribir la anterior normativa como también el contenido de la Resolución No. 15683 de 2016 del MEN *"Por la cual se subroga el Anexo I de la resolución 9317 de 2016 que adoptó el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias para los cargos de directivos docentes y docentes del sistema especial de carrera docente".*

Concluyó que resulta indiscutible que el padre de la demandada tiene la calidad de empleado público, del nivel directivo en entidad educativa del municipio de Tunja y ejerce autoridad administrativa en la medida que celebra contratos, convenios, es ordenador de gasto y confiere licencias; por tanto, se configura en contra de la demandada la causal de inhabilidad de que trata el numeral 4º artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

1.4. Trámite del Proceso

El Tribunal Administrativo de Boyacá mediante auto de 18 de noviembre de 2019, admitió la demanda, ordenó las notificaciones del caso y decretó la suspensión provisional de los efectos jurídicos del formulario E-26 CON de 4 de noviembre de 2019, en lo que respecta a la declaratoria de elección de KAREN LUCIA MOLANO GRANADOS.

La suspensión se decretó porque se encontró configurada la causal de inhabilidad endilgada contra la demandada, derivada del ejercicio de autoridad administrativa de su padre.

Valga señalar que la anterior decisión fue recurrida por la demandada y esta Sala en providencia de 18 de diciembre de 2019, la confirmó.

1.5. Contestaciones en esta oportunidad solo se pronunció la demandada[3], en los siguientes términos:

Su apoderada judicial, luego de referirse a los hechos de la demanda, afirmó que en este caso no se probó el parentesco que exige la causal de inhabilidad endilgada pues considera que la prueba allegada para tal fin es ilegal.

Precisó que el vínculo por parentesco se prueba mediante registro civil de nacimiento y que de conformidad con los artículos 55 y 115 del Decreto 1260 de 1970, las copias de este documento solo se expedirán a los padres e hijos del inscrito y a los particulares con autorización judicial.

Agregó que la copia del registro civil de la demandada allegada al expediente no se expidió en los términos antes relacionados y que la demandante no está facultada legalmente para haberla obtenido, lo que impide su valoración y, en consecuencia, que se tenga demostrado este requisito.

Por otra parte, aseguró que no es cierto que el padre de la demandada, desde su condición de rector de institución educativa, ejerza autoridad administrativa, para lo cual explicó que las actividades enlistadas por el artículo 190 de la Ley 136 de 1994 en realidad las adelanta la Secretaria de Educación de Tunja, de conformidad con el Decreto 067 de 2005, y las funciones del rector corresponden a las estipuladas en el artículo 21 de la Ley 715 de 2001.

Destacó que si bien es cierto el Rector de la Institución Educativa Rural del sur de Tunja es ordenador de gasto, los recursos no se ejecutan a cargo de fondos municipales sino en nacionales *"…cuyos recursos financieros provienen del sistema general de participaciones, el cual está constituido por los recursos que la Nación transfiere…";* por tanto, no es cierta la afirmación según la cual dicho rector es ordenador de gasto municipal.

Insistió en que las únicas funciones del rector son las enlistadas en el artículo 21[4] de la Ley 715 de 2001 y que las relacionadas con la *"dirección*

---

[3] Visto el auto admisorio se advierte que se notificó a la RNEC y se informó al Presidente del Concejo Municipal de Tunja, sin pronunciamiento alguno.

[4] **ARTÍCULO 21. LÍMITE AL CRECIMIENTO DE LOS COSTOS.** Los compromisos que adquieran los departamentos, distritos y municipios certificados para la prestación de los servicios educativos a su cargo, cuando se adquieran con recursos del Sistema General de Participaciones, no podrán superar el monto de la participación para educación, en la respectiva vigencia fiscal, certificada por el Departamento Nacional de Planeación, para cada entidad territorial.
Los departamentos, distritos y municipios no podrán autorizar plantas de personal docente o administrativo a cargo del Sistema General de Participaciones, que superen el monto de los recursos de éste.
<Apartes subrayados CONDICIONALMENTE exequibles, tachado INEXEQUIBLE> El crecimiento de costos por ascensos en el escalafón en las plantas de cargos de las entidades territoriales o cualquier otro costo del servicio educativo, con cargo al Sistema General de Participaciones, tendrá como límite el monto de los recursos disponibles, en el Sistema General de Participaciones. No procederá **~~ningún~~** reconocimiento que supere este límite, los que se realicen no tendrán validez y darán lugar a responsabilidad fiscal para el funcionario que ordene el respectivo gasto.

administrativa" a que refiere el artículo 190[5] de la Ley 136 de 1994, realmente las tiene la secretaria de educación, según da cuenta el numeral. 2.1.7, artículos 36 del Decreto 067 de 2005 *"por el cual se determina la estructura organizacional de la Alcaldía Mayor del municipio de Tunja y se dictan otras disposiciones*" (fls. 90 a 98).

II. AUDIENCIA INICIAL

Mediante auto se fijó como fecha para la audiencia inicial el 21 de enero de 2020[6]. En dicha diligencia, que se surtió como lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para sanear nulidades, se admitió la coadyuvancia presentada por Wilson Alberto Vargas Rojas, se advirtió de la no formulación de excepciones y que tampoco se advertía alguna de oficio.

De igual manera se fijó el litigio, así:

> "Se contrae a determinar si la señora **KAREN LUCÍA MOLANO GRANADOS**, se encontraba habilitada para ser elegida como concejal del municipio de Tunja para el periodo electoral 2020-2023, en razón a que su padre, señor Henry Eduardo Molano Sánchez, fungió como rector de la Institución Educativa Rural del Sur del municipio de Tunja y, en consecuencia, ejerció autoridad administrativa, dentro de los 12 meses anteriores a la elección de la demandada"[7].

Además, se decretaron las pruebas a las que hubo lugar, se prescindió de la etapa probatoria, ante la falta de práctica de las decretadas, y se corrió traslado a las partes y al ministerio público para que presentaran sus alegaciones finales.

III. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Como se expuso en la misma audiencia inicial, el Tribunal dictó sentencia en el cual declaró la nulidad del acto de elección de la demandada como Concejal de Tunja.

Con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones no se podrán crear prestaciones ni bonificaciones por parte de las entidades territoriales.

[5] **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.

[6] Fl. 110
[7] Fl. 8 vto.

Para tal efecto, la Sala se refirió al contenido de los artículos 275.5 del CPACA y al 43.4, modificado por el 40 de la Ley 617 de 2000, y a los elementos configurativos de la causal de inhabilidad endilgada en contra de la concejal demandada.

Acto seguido arribó al caso concreto y precisó que:

El **elemento de parentesco –primer grado de consanguinidad-** está probado porque se dio cuenta que el señor Henry Eduardo Molano Sánchez es padre de la demandada **KAREN LUCÍA MOLANO GRANADOS,** conforme registro civil de nacimiento que obra en el expediente.

Para resolver el reparo de la accionada según el cual el registro civil de nacimiento de la demandada es una prueba ilegal, acudió a los argumentos expuestos por esta Sala Electoral en la providencia por la cual se confirmó el decreto de la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto de elección y concluyó que de conformidad con el artículo 101 del Decreto 1260 de 1970, se trata de un documento público y citando el artículo 10 literal e) de la Ley 1581 de 2012, destacó que *"…la autorización del titular no será necesaria cuando se trate de (…) datos relacionados con el registro civil de las personas"*.

Luego se refirió al **elemento objetivo de autoridad** para lo cual aludió al contenido de los artículos 190 de la Ley 136 de 1994, 10 de la Ley 715 de 2001 y a sentencias del Consejo de Estado[8] de lo cual determinó que los rectores de establecimientos educativos ejercen autoridad administrativa.

También afirmó que los rectores de instituciones educativas tienen, entre otras, funciones de ordenador de gasto de conformidad con los artículos 2.3.1.6.3.3. y 2.3.1.6.3.4 del Decreto 1075 de 2015.

Igual precisó que según el artículo 13 de la Ley 715 de 2001, los rectores celebrarán contratos que deban pagarse con cargo a los recursos vinculados a fondos de servicios educativos.

El Tribunal precisó que el argumento según el cual la función de ordenador de gasto del padre de la demandada, dada su calidad de rector, no es propia del ejercicio de autoridad administrativa en razón de que los recursos económicos son del orden nacional y no territorial, carece de fundamento en la medida en *"…que define esta función como propia de la actividad administrativa de los rectores, es la afectación de los dineros públicos, los cuales ineludiblemente recaerán sobre la institución educativa y la celebración de los contratos"*.

También demostró el fracaso de la tesis expuesta por la defensa según la cual las funciones que implican el ejercicio de la autoridad administrativa, en realidad las ejerce la Secretaría de Educación y no el rector, porque sostuvo que estos últimos tienen incidencia directa en el plantel educativo a su cargo,

---

[8] Entre otras se refirió al fallo del 12 de agosto de 2013, Rad. 52001231000201100063 01, M.P. Alberto Yepes Barreiro

postura que apoyó en lo expuesto por la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia de 15 de diciembre de 2016[9].

A lo anterior, agregó que está probado que el padre de la demandada suscribió contratos como rector de la Institución Educativa Rural del Sur de Tunja.

En lo relacionado con el **elemento temporal** de la inhabilidad que se le endilga a la accionada, señaló que el rector padre de la concejal, en efecto, ejerció autoridad administrativa doce meses antes de la elección de **KAREN LUCIA MOLANO GRANADOS**, lo que deriva de varios contratos de servicio y suministro suscritos en julio, septiembre y octubre de 2019.

Finalmente, se pronunció respecto del **elemento espacial o territorial** para lo cual reiteró que el progenitor de la demandada es rector de institución educación en Tunja desde 1º de abril de 2013, los contratos que suscribió fueron en esa misma municipalidad, al igual que la curul de concejal que obtuvo **KAREN LUCIA MOLANO GRANADOS.**

V. APELACIÓN

La parte demandada insistió en que no existe prueba del **elemento objetivo o de autoridad** *"…el cual consiste en que haya un ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar, para que pueda concretarse la causal de inhabilidad…."*.

Reiteró su argumento según el cual el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, *"…no define qué es DIRECCIÒN ADMINISTRATIVA, sino que enuncia una serie de actividades que al ejecutarse conllevan al ejercicio de DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA. Es decir, se debe corroborar si efectivamente las actividades descritas (…) son ejercidas a cabalidad por el señor HENRY EDUARDO MOLANO SÁNCHEZ como rector de la Institución Educativa Rural del Sur del municipio de Tunja (Boyacá) para que jurídicamente se hable de su autoridad administrativa"*.

Manifestó que no se desvirtuó jurídicamente de la ordenación de gasto del rector se ejecuta a cargo de fondos nacionales y no territoriales, por lo que el mentado rector *"…no es ordenador del gasto de ningún fondo municipal".*

Afirmó que el fallo apelado no resolvió su cargo de defensa según el cual se debe dar cuenta de manera taxativa de las funciones enlistadas en el artículo 190 de la Ley 1360 de 1994 y por el contrario para resolver el asunto refirió normativa diferente como lo es la Ley 715 de 2001, en su artículo 10 porque de haberlo hecho quedaría probado que HENRY EDUARDO MOLANO SÁNCHEZ como rector de la Institución Educativa Rural no ejerce autoridad administrativa.

---

[9] Rad. 47001233300020150049202, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio

Sostuvo que el tribunal omitió la aplicación del principio *pro hominem* que obliga a la interpretación de la norma que resulte más favorable al hombre, esto en la medida que al no analizar las funciones enlistadas en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, no advirtió que no las ejerce el rector sino el secretario de educación municipal de Tunja, como puede encontrarse de la revisión al manual de funciones de este último.

Para concluir, afirmó que en este caso no se configura la inhabilidad endilgada a falta del **elemento objetivo o de autoridad** pues las funciones del padre de la demandada *"…como rector en la institución educativa rural del sur del municipio de Tunja (Boyacá), son las estipuladas en el artículo 21 de la Ley 715 de 2001, más no las consagradas en el marco de ´dirección administrativa´ que contempla el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, a lo cual agregó que debería procurarse por la defensa del intereses de los sufragantes que con su voto apoyaron a **KAREN LUCIA MOLANO GRANADOS***".

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de 7 de febrero de 2020, la magistrada ponente admitió el recurso de apelación y ordenó correr traslado a las partes para alegar, y al Ministerio Público para que rindiera su concepto[10]. Etapa procesal en la que solamente intervinieron:

6.1. El coadyuvante Wilson Alberto Vargas Rojas

Luego de referir a la situación fáctica del presente caso y de la decisión dictada en el fallo recurrido, solicitó revocar la inscripción de la candidatura de la demandada, restar al partido los votos por ella obtenidos y sancionar al partido Alianza Verde[11].

6.2. Concepto del Ministerio Público

La señora Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado, actuando como Agente del Ministerio Público solicitó confirmar la sentencia apelada.

Como fundamento de su petición relató los aspectos fácticos en los que se fundó la demanda, la argumentación del fallo recurrido y los aspectos objeto de apelación.

Precisó que el único argumento de apelación de la parte demandada ataca la configuración del elemento objetivo o de autoridad de la inhabilidad del

---

[10] Fl. 148
[11] Fls. 167 al 169

artículo 43.4 de la Ley 136 de 1994, modificado por el 40 de la Ley 617 de 2000.

Al respecto, precisó que el Consejo de Estado, Sección Quinta[12], para determinar el ejercicio de autoridad administrativa ha hecho uso de dos criterios, el orgánico y el funcional.

Expuso que el criterio orgánico lo determina el contenido del artículo 190 de la Ley 136 de 1994, mientras que el funcional exige el análisis de las funciones del cargo del cual se ejerce la autoridad para determinar *"…si denotan poder de mando, facultad decisoria, ordenación del gasto o dirección de asuntos propios de la función administrativa…"*.

De igual manera indicó que es postura de la misma Sección[13], que *"…para la configuración de la inhabilidad originada en el ejercicio de autoridad por parientes,* ***no se requiere el ejercicio material de las funciones propias del cargo que implican el ejercicio de autoridad*** *(…) se entiende demostrado si las solas funciones atribuidas al cargo implican el ejercicio de autoridad…"*.

Sumado a lo anterior, manifestó que la jurisprudencia de la Sala Electoral ha fijado dos elementos para configurar la inhabilidad endilgada a la demandada, i) la posición jerárquica del cargo, su nivel decisorio en la entidad y ii) en caso de que el cargo desempeñado no tenga mayor jerarquía se deberá analizar las funciones que tiene para saber si guardan relación con las mencionadas "*a modo ilustrativo*" con las relacionadas en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994.

Acto seguido refirió que la propia Sección Quinta, en un caso similar, analizó el contenido de los artículos 10 y 13 de la Ley 715 de 2001, concluyó que los rectores de establecimientos educativos oficiales cuentan con autoridad administrativa.

En este orden de ideas, arribó a la particular situación de la demandada y precisó que, en efecto, a la Secretaría de Educación le compete administrar recursos provenientes del sistema general de participaciones, no obstante **son los rectores los competentes para disponer de estos recursos,** de conformidad con el artículo 12 de la Ley 715 de 2001 y manifestó que *"…las funciones atribuidas a la Secretaría de Educación por la norma municipal, no hacen inocua la función que, por ley tienen los rectores respecto de los fondos de servicios educativos"*.

Precisó que los elementos de que trata el artículo 190 de la ley 136 de 1994 *"no son taxativos (…) se trata de parámetros para establecer, si un servidor ejerce autoridad administrativa"*.

---

[12] Sentencia de 3 de noviembre de 2016, Rad. 13001233300020160007801, M.P. Alberto Yepes Barreiro

[13] Aludió a las sentencias de 6 de mayo de 2013, Rad. 17001233100020110063701 y 7 de julio de 2016, rad. 76001233300020150148701 ambas de ponencia de Alberto Yepes Barreiro

Igualmente, señaló que carece de vocación de prosperidad el reparo según el cual el rector no es ordenador de gasto porque ejecuta cargos a fondos nacionales y no municipales, porque *"…es irrelevante el origen de los recursos que le corresponde administrar a los rectores, pues lo que configura el ejercicio de autoridad administrativa es la facultad de ordenar el gasto por parte del servidor público que ocupa dicho cargo, pues es esta la que rompe el equilibrio entre los candidatos…"*.

Para terminar, se refirió al presunto desconocimiento del principio *pro homine o pro libertatis* y concluyó que en razón de la causal de inhabilidad en la que está incursa la accionada *"…debe protegerse al electorado y, en consecuencia, anularse la elección demandada".*

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el artículo 150 del CPACA así como también el Acuerdo 080 del 12 de marzo de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado, esta Corporación es competente para conocer de la apelación interpuesta contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá que accedió a las pretensiones de la demanda.

1. Acto demandado

Formulario E-26 CON de 4 de noviembre de 2019 expedido por la Comisión Escrutadora Municipal de Tunja, en lo que respecta a la declaración de la elección de **KAREN LUCÍA MOLANO GRANADOS**, como concejal del municipio de Tunja para el periodo electoral 2020-2023

2. Cuestión previa

Como se dejó expuesto el coadyuvante en el traslado para alegar de conclusión en segunda instancia, solicitó revocar la inscripción de la candidatura de la demandada, restar al partido los votos por ella obtenidos y sancionar al partido Alianza Verde, petición que deviene extemporánea y resulta improcedente.

Es necesario advertir, que es postura de esta Sala[14] que la actuación de los coadyuvantes o del impugnador debe estar precedida o apoyada por la parte a la que pretende colaborar; es decir, su actuación no puede ser directa, autónoma y tampoco contrariarla.

En este orden de ideas, además de extemporánea las peticiones del coadyuvante están huérfanas del apoyo del actor, lo que genera que las mismas no sean siquiera analizadas por la Sala.

3. Problema jurídico – marco jurídico de la apelación

---

[14] Entre otras puede consultarse la sentencia de 25 de septiembre de 2019, Rad. 63001-23-33-000-2019-00029-01, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio

Si bien en la audiencia inicial se fijó el litigio en el sentido de *"…determinar si la señora **KAREN LUCÍA MOLANO GRANADOS**, se encontraba habilitada para ser elegida como concejal del municipio de Tunja para el periodo electoral 2020-2023, en razón a que su padre, señor Henry Eduardo Molano Sánchez, fungió como rector de la Institución Educativa Rural del Sur del municipio de Tunja y, en consecuencia, ejerció autoridad administrativa, dentro de los 12 meses anteriores a la elección de la demandada"*[15].

Es lo cierto que, como lo advirtió el Ministerio Público, la apelación solamente cuestiona el **elemento objetivo o de autoridad** que se requiere para probar la incursión de la causal de inhabilidad de que trata el artículo 43 de la Ley 136 de 1994.

Así las cosas, el recurso interpuesto limita la competencia de esta Corporación, al análisis de la configuración de dicho elemento, para lo cual se abordarán las siguientes temáticas: i) generalidades de la causal de inhabilidad contenida en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994 y del ejercicio de la autoridad administrativa; ii) ordenador del gasto; iii) desconocimiento del principio *pro hominem o pro libertatis*.

i) Generalidades de la causal de inhabilidad contenida en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994

Al respecto, la norma en comento prevé.

> **"ARTÍCULO 43. INHABILIDADES.** <Artículo modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000> No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:
>
> (…)
>
> 4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido **autoridad** civil, política, **administrativa** o militar en el respectivo municipio o distrito; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha".

En lo referente a la autoridad administrativa[16]

---

[15] Fl. 8 vto.

[16] Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 26 de agosto del 2004, Rad. 07001-23-31-000-2003-00007-01, M.P. Filemón Jiménez Ochoa; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de julio del 2004, Rad. 13001-23-31-000-2003-0004-01, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 14 de abril del 2005, Rad. 13001-23-31-000-2003-00024-01, M.P. Filemón Jiménez Ochoa; Consejo de Estado; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 17 de marzo del 2005, Rad. 15001-23-31-000-2003-02963-02, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 10 de marzo del 2005, Rad. 17001-23-31-000-2003-01553-01, M.P.

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.
>
> 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".

Esta Sala electoral, en no pocas ocasiones, se ha referido al contenido y elementos que se requieren para la configuración de este tipo de autoridad esto de acuerdo al desempeño de actos de dirección, lo que implica un grado de autonomía decisoria con el que se ejercen las funciones legalmente establecidas en cada caso particular.

Cabe advertir que del contenido de la anterior disposición se establece claramente que no todo servidor público tiene la virtualidad de ejercer actos

---

Darío Quiñones Pinilla; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 17 de marzo del 2005, Rad. 25000-23-24-000-2003-01112-01, M.P. Darío Quiñones Pinilla; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de febrero del 2005, Rad. 25000-23-24-000-2003-01125-01, M.P. Darío Quiñones Pinilla; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 9 de septiembre del 2005, Rad. 41001-23-31-000-2003-01299-02, M.P. Darío Quiñones Pinilla; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 9 de septiembre del 2004, Rad. 44001-23-31-000-2003-0866-01, M.P. Darío Quiñones Pinilla; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de abril del 2006, Rad. 52001-23-31-000-2003-01700-02, M.P. Filemón Jimenez Ochoa; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de mayo del 2006, Rad. 08001-23-31-000-2004-00017-01, M.P. Reinaldo Chavarro Buritica; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de febrero del 2010, Rad. 50001-23-31-000-2007-01129-01, M.P. Filemón Jimenez Ochoa; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 31 de julio del 2009, Rad. 13001-23-31-000-2007-00785-01, M.P. Mauricio Torres Cuervo; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 20 de febrero del 2009, Rad. 13001-23-31-000-2007-00800-01, M.P. Susana Buitrago Valencia; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de abril del 2013, Rad. 13001-23-31-000-2007-00800-01, M.P. Susana Buitrago Valencia; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de diciembre del 2016, Rad. 47001-23-33-000-2015-00492-02, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 5 de mayo del 2016, Rad. 54001-23-33-000-2015-00530-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 28 de julio del 2016, Rad. 63001-23-33-000-2015-00377-01, M.P. Rocío Araújo Oñate; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de octubre del 2016, Rad. 76001-23-33-000-2015-01395-01, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 7 de julio del 2016, Rad. 76001-23-33-000-2015-01487-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de noviembre del 2016, Rad. 13001-23-33-000-2016-00078-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de octubre del 2016, Rad. 13001-23-33-000-2016-00114-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

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.

Desde el 2005[17], la Sala 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"* (Negrillas fuera de texto original).

Tesis que fue reiterada en sentencia 23 de septiembre de 2013, de la siguiente manera:

> «…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…".***[18]

Ahora bien, como lo ha sostenido esta Sala de lo Electoral, la causal de inhabilidad analizada requiere para su configuración la presencia de los siguientes elementos que deben verificarse de manera individualmente y ser concurrentes[19]:

i) **Parentesco**: vínculo por matrimonio o unión permanente o parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil con un funcionario del municipio por el cual resultó electo el concejal.
ii) **Elemento temporal**: que el funcionario haya ejercido autoridad en cualquier momento dentro de los 12 meses anteriores a la elección.
iii) **Elemento espacial**: que la autoridad se haya ejercido en el respectivo municipio o distrito por el cual resultó electo el concejal.
iv) **Elemento objetivo**: que haya un ejercicio de autoridad civil, política, **administrativa** o militar en las condiciones anteriores.

No sobra destacar que para la estructuración del elemento temporal de esta causal, bastará que la autoridad se haya **ejercido o detentado** en cualquier

---

[17] **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).**

[18] **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.**

[19] Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 7 de febrero de 2019. Radicado 11001-03-28-000-2018-00048-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

momento durante el periodo inhabilitante, lo que deviene en que su materialización no es requisito imperante para la configuración de la citada prohibición.

Caso concreto

Con fundamento en la descripción normativa y tratamiento jurisprudencial antes descrito la Sala procede a resolver los argumentos de la apelación que se limitan a la presunta falta de configuración del **elemento objetivo o de autoridad** que se requiere para probar al incursión de la causal de inhabilidad de que trata el artículo 43 de la Ley 136 de 1994.

Para la apoderada de la demandada dicho elemento no está acreditado en el presente asunto porque entiende que el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, en realidad no describe el concepto de dirección administrativa *"…sino que enuncia una serie de actividades que al ejecutarse conllevan al ejercicio de dirección administrativa…";* por tanto, en su criterio para la configuración de esta inhabilidad se deberá probar una de las actividades relacionadas en este precepto.

De entrada la Sala manifiesta que contrario al dicho de la recurrente, el tribunal sí demostró que su postura carecía de vocación de prosperidad, más allá de que los argumentos expuestos no sean compartidos por la demandada.

En efecto, como quedó demostrado en el acápite anterior la lectura adecuada y procedente del contenido del artículo 190 de la Ley 136 de 1994, deviene en que consta de dos criterios el **orgánico** y **funcional** a efectos de lograr probar la incursión en esta inhabilidad, debe reiterarse que el primero alude al cargo desempeñado, su nivel jerárquico, capacidad de decisión y poder de mando.

No obstante lo anterior, 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; sin embargo, contrario a lo que entiende la parte demandada no se trata de un listado taxativo sino meramente ilustrativo.

En este sentido, la Sala en fallo de 12 de agosto de 2013[20] manifestó:

> "…**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"*.

---

[20] Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. 52001231000201100663 01, M.P. Alberto Yepes Barreiro

De acuerdo con lo anterior y en desarrollo de la tesis vigente de la Sala, 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.

Así las cosas, como lo hizo el Tribunal, era lo procedente acudir al contenido del artículo 10 de la Ley 715 de 2001, para analizar si las funciones legalmente asignadas a los rectores de instituciones educativas públicas implica el ejercicio de autoridad administrativa, pues se insiste el cargo de rector, que tiene padre de la demandada, no hace parte de los enunciados en la primera parte del artículo 190 de la Ley 136 1994.

Lo anterior impide el análisis de la causal prohibitiva desde el criterio orgánico y obliga al juez a acudir al funcional, el cual no se puede hacer de manera diferente de la revisión de las funciones asignadas por ley.

Resulta plausible manifestar que la Sección Quinta del Consejo de Estado procedió de igual manera al decidir la demanda presentada contra el Diputado del departamento del Putumayo, para el período constitucional 2012-2015[21], en los siguientes términos:

> "…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*.
>
> (…)
>
> La Sala, a partir del criterio funcional, no tiene la menor duda que los rectores de establecimientos educativos públicos sí ejercen autoridad administrativa, como así lo evidencia la valoración de algunas de las atribuciones asignadas a dicho cargo.
>
> En el artículo 10 de la Ley 715 de 21 de diciembre de 2001 se dice que el rector, como director de la institución educativa pública, está facultado, entre otras cosas, para:
>
> ´…10.7. Administrar el personal asignado a la institución en lo relacionado con las novedades y los permisos.
> 10.8. Participar en la definición de perfiles para la selección del personal docente, y en su selección definitiva.
> 10.9. Distribuir las asignaciones académicas, y demás funciones de docentes, directivos docentes y administrativos a su cargo, de conformidad con las normas sobre la materia.
> 10.10. Realizar la evaluación anual del desempeño de los docentes, directivos docentes y administrativos a su cargo.

---

[21] Fallo del 12 de agosto de 2013, Rad. 52001-23-31-000-2011-00663-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro

……
10.16. Administrar el Fondo de Servicios Educativos y los recursos que por incentivos se le asignen, en los términos de la presente ley. (…)´

Como se podrá notar, los rectores cuentan con la atribución de decidir sobre determinadas situaciones administrativas de los docentes vinculados con el plantel educativo que ellos dirigen, en particular pueden registrar sus novedades, pero lo que es más importante aún, pueden otorgar o negar los permisos que les soliciten los docentes y asignarles o distribuir la carga laboral, lo cual es una función propia de quienes cuentan con autoridad administrativa. De igual forma están habilitados para calificar anualmente el desempeño de los mismos y de los administrativos a su cargo, lo que además de hacer con autonomía, también se puede calificar como una función que denota autoridad en quien la ejerce, puesto que ello puede terminar afectando la permanencia del docente en el cargo".

Valga reseñar que incluso en ese caso, como en el presente, la defensa expuso que no basta con tener la función asignada sino que se debe probar su materialización, ante lo cual en el mismo fallo antes referenciado, se concluyó que:

"…el apoderado de la parte demandada alega que **no basta con ser el titular de esas funciones, puesto que para la configuración de la inhabilidad imputada a su cliente, se debe acreditar que en efecto se ejerció alguna de las atribuciones que la materializan**.

La Sala observa que el planteamiento retoma una discusión que ya se superó por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la que se ha dicho que **no es menester acreditar el efectivo ejercicio de las funciones revestidas de autoridad administrativa, sino demostrar tan solo que se tienen**. Así lo revela el siguiente extracto jurisprudencial:

´Para la Sala es claro que la conclusión probatoria al respecto, sea cual fuere, no lograría desvirtuar el hecho plenamente probado de que al Director Seccional Administrativo y Financiero de la Fiscalía General de la Nación le fue atribuida, por delegación del Fiscal General de la Nación (Resolución número 0-0163 del 12 de enero de 2005, modificada por la Resolución número 0-3327 del 21 de septiembre de 2007), la facultad de ordenación del gasto en determinados asuntos, atribución que, por el mero hecho de detentarla, implica el ejercicio de autoridad administrativa, tal como lo plantearon los demandantes de los procesos 00225, 00227 y 00235´.[22]

Esa postura jurisprudencial está inspirada en una realidad inocultable y es que los desbalances que pueden suscitarse en las justas electorales, de parte de los funcionarios públicos investidos de autoridad administrativa, puede provenir tanto de su conducta acta como de su conducta pasiva, pues tantos simpatizantes electorales puede atraer el hecho de asumir algunas decisiones administrativas, como el dejarlas de adoptar" (Negrilla fuera de texto original).

Con lo anterior, queda demostrado que la postura vigente y pacífica de la Sala es que a efectos de acreditar el elemento de autoridad resulta suficiente demostrar que el funcionario tiene la función asignada y no será perentorio demostrar su realización, en los términos ya expuestos.

---

[22] Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta. Sentencia de 11 de junio de 2009. Expediente: 200012331000200700225-02. Actor: Ever Rincón Criado y otros: Demandado: Alcalde del Municipio de Valledupar. M.P. Mauricio Torres Cuervo.

En este mismo sentido, conviene señalar que el reparo de la recurrente según el cual *"…materialmente las funciones de autoridad administrativa NO las está ejerciendo el señor padre de mi poderdante, sino en su lugar las lleva a cabo el secretario de educación del municipio",* claramente carece de vocación de prosperidad pues como ya se expuso es suficiente con la asignación de la función –de lo cual da plena cuenta el artículo 10 de la Ley 715 de 2001- y no será necesario que el operador judicial determine si en realidad se ejercieron o no, como ya lo determinó la Sala en los pronunciamientos antes señalados.

En conclusión, como lo anticipó la Sala carece de veracidad la afirmación según la cual su reparo frente al **elemento objetivo o de autoridad**, no fue motivo de estudio, por el contrario el mismo sí se desvirtuó jurídicamente dando continuidad a la tesis expuesta por esta corporación, pues el Tribunal decidió el cargo a partir del criterio funcional que exige el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, lo cual será motivo de confirmación en la presente providencia.

ii) El rector como ordenador de gasto

Si bien es lo cierto, la probanza del **elemento objetivo o de autoridad** a partir de las funciones asignadas al rector de institución educativa pública, cargo ejercido por el padre de la demandada, basta para tener por configurada la causal de inhabilidad endilgada, a fin de resolver de manera íntegra la apelación la Sala precisa que tampoco resulta procedente el reparo de la accionada frente a la función de ordenador de gasto de este funcionario.

La apoderada de la accionada, nuevamente, pretende demostrar a partir del ejercicio de las funciones del rector que éste en realidad no ejerció autoridad administrativa, ante lo cual, sería suficiente como lo hizo el tribunal aludir al contenido del numeral 10.16 de la Ley 715 de 2001, según el cual, al rector tendrá que *"administrar el Fondo de Servicios Educativos y los recursos que por incentivos se le asignen, en los términos de la presente ley".*

Lo anterior, en desarrollo de la tesis según la cual basta con tener la función legalmente asignada, como sucede en este caso, no obstante según la demandada esta función, desde su materialización no se configura porque los recursos del mentado fondo de servicios educativos son del orden nacional y no territorial.

Sin desconocer de entrada que el solo hecho de que el rector tenga asignada la función de ordenador de gasto permite la configuración de la inhabilidad del numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994.

Solamente para ahondar en razones que demuestren al recurrente que su reparo está llamado a su negativa, valga precisar que el ejercicio de autoridad no se demuestra a partir del origen de los recursos –nacional o territorial- sino de la administración de los mismos, la facultad de disponer de ellos mediante, por ejemplo, la celebración de contratos pero en últimas en razón de que en todo caso se trata de recursos públicos.

Es por lo anterior que, incluso, la calidad de ordenador de gasto de los rectores está demostrada a partir de la Ley 715 de 2001 y por este aspecto tampoco es posible revocar la sentencia apelada.

iii) Finalmente en lo relacionado con la **aplicación el principio *pro homine o pro libertatis*** que exige la parte demandada, al momento de interpretar el contenido del artículo 190 de la ley 136 de 1994, la sala pone de presente que en materia electoral estos principios operan a favor del elector más no del elegido en procura del fortalecimiento de la democracia[23].

Así las cosas y destacando que, en este caso no existe doble o múltiple interpretación del contenido de la inhabilidad derivada del ejercicio de la autoridad administrativa y que precisamente en razón de la protección del electorado es lo pertinente anular el acto de la elección de quien no cumpla los requisitos y calidades exigidas para el cargo al cual resultó elegido, es si se quiere en aplicación de este mismo principio *pro hominem* que la decisión recurrida debe confirmarse.

En conclusión, contrario al dicho del recurrente el **elemento objetivo o de autoridad** que debe estar presente para la configuración de la inhabilidad contenida en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, está debidamente estructurado, lo que conlleva a la confirmación de la sentencia apelada.

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

FALLA:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia de 21 de enero de 2020 proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

---

[23] Al respecto puede consultarse sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta de 7 de junio de 2016, Rad. No. 11001-03-28-000-2015-00051-00

Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado