



RECURSO DE APELACIÓN – Contra auto que decretó la suspensión provisional del acto que declaró la elección de concejal de Villavicencio / SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Requisitos de procedencia / SUSPENSIÓN PROVISIONAL – La falta de resolución con el auto admisorio de la demanda no constituye nulidad / RECURSO DE APELACIÓN – Se revoca decisión

[E]l artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 consagró la facultad, en cabeza del juez de lo contencioso administrativo, para decretar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. (...). Dentro de tales medidas, se encuentra consagrada entre otras, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de acuerdo con las voces del numeral 3° del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011. Esta institución se configura además como una de las causales de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, teniendo incidencia particularmente respecto de su carácter ejecutorio. (...). A partir de las normas citadas [artículo 231 y 277 de la Ley 1437 de 2011], se colige respecto de la suspensión provisional del acto en materia electoral que: (i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado -siempre que se encuentre en término para accionar-, (ii) dicha violación debe surgir del análisis del acto enjuiciado y su cotejo con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud; (iii) la petición debe resolverse en el mismo auto admisorio de la demanda. Así las cosas, el juez de lo contencioso administrativo debe efectuar un estudio y análisis de los argumentos expuestos por el demandante en el libelo introductorio o en escrito separado y confrontarlos junto con los elementos de prueba arrojados a esta etapa del proceso para efectos de proteger la efectividad de la sentencia, basado en los requisitos y en los criterios de admisibilidad de la medida cautelar de la cual se trata. (...). [S]e tiene que en el presente proceso acumulado, el a-quo, no le dio el trámite que ordena el artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, concretamente, lo relacionado con su resolución en el mismo auto admisorio de la demanda. No obstante ello, dicha irregularidad no es constitutiva de causal de nulidad alguna que amerite su decreto, toda vez que a la luz del artículo 133 del Código General del Proceso, esta circunstancia no se encuadra en ninguno de los presupuestos allí establecidos; por ello, no resulta viable su declaratoria; no obstante, se le exhortará para que en lo sucesivo guarde las formas que la ley procesal exige en materia de nulidad electoral.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL – No procede el estudio de la solicitud a falta de los requisitos legales

[E]sta misma Sala de Decisión ha aceptado que no necesariamente la medida cautelar debe presentarse en el texto mismo de la demanda sino que, tal y como se permite en los procesos ordinarios puede hacerse en escrito anexo a esta, siempre que el peticionario sustente su solicitud invocando las normas que considera desconocidas por el acto acusado, para que el operador judicial encargado de su estudio realice un análisis de esos argumentos con las pruebas aportadas, para determinar la viabilidad o no de la medida, todo esto siempre y cuando se haga dentro del término de caducidad. (...). De la petición cautelar aludida en el medio de control con radicado No. 2020-00012-01 se tiene que cumple con los requisitos adjetivos consagrados en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, ya que la misma (i) se solicitó en escrito separado (ii) invocó la norma presuntamente trasgredida con la expedición del acto y, (iii) allegó pruebas con las que pretende sustentar su solicitud. Así las cosas, es procedente el estudio cautelar frente a esta petición, con lo cual se entiende que no prospera el





argumento de impugnación frente al presente escrito. (...). A diferencia de la petición anterior, este escrito [Radicado No. 2020-00022-00] no cumple con los requisitos ya mencionados del artículo 231 ídem, para la procedencia a su estudio de fondo por parte del operador judicial, toda vez que del escrito presentado anexo a la demanda, no se puede establecer sustento alguno que permita analizar la existencia prima facie de la trasgresión del ordenamiento jurídico con la confrontación del acto demandado y la ley en que debía fundarse, menos aún es factible su cotejo con las pruebas allegadas con la solicitud, toda vez que, en este caso no se hizo alusión a las aportadas con la demanda y menos al concepto de violación allí establecido. Al no contener la solicitud de suspensión provisional los fundamentos de hecho, de derecho y el sustento fáctico en que se sustenta, no es viable su estudio ya que no es factible hacer un pronunciamiento oficioso de ésta conforme la regla establecida en el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así las cosas, encuentra la Sala Electoral, que una de las peticiones no cumple con los requisitos legalmente establecidos para proceder a su estudio, por lo que, los argumentos de impugnación y el estudio cautelar se circunscribirá a los fundamentos de hecho, legales y probatorios esgrimidos en el radicado No. 2020-00012-01.

INHABILIDAD DEL CONCEJAL POR EJERCICIO DE AUTORIDAD – Elementos para la configuración de la causal / AUTORIDAD ADMINISTRATIVA – Concepto / INHABILIDAD DEL CONCEJAL POR EJERCICIO DE AUTORIDAD – De las pruebas allegadas y el ejercicio del cargo no se establece con claridad el ejercicio de autoridad administrativa

De la norma que se aduce desconocida [artículo 40.2 de la Ley 617 de 2000 que modificó el artículo 43 de la Ley 136 de 1994], se puede extraer los siguientes elementos estructuradores, a saber: a) que el elegido hubiere ejercido un cargo que le diera la calidad de empleado público; b) que el cargo se hubiere desempeñado dentro de los 12 meses anteriores a la elección; c) que el empleo implique el ejercicio de autoridad administrativa y, d) que éstos ocurran en el municipio donde resultó elegido concejal. (...). Para determinar cuando existe ejercicio de autoridad administrativa, se debe analizar el caso en concreto a la luz de lo consignado en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994. (...). De la lectura de la norma, se puede extraer que el concepto de autoridad administrativa se centra en el desempeño de empleos que denotan la condición de dirección, es decir, con autonomía decisoria, con lo que se puede concluir que no todo servidor público tiene la virtualidad de ejercer esos actos de autoridad y mando ya que requiere de un grado específico otorgado por la estructura de cada entidad, a partir del cual se puedan tomar decisiones y hacerlas obedecer con miras a que la administración funcione, ejerciendo mando y dirección sobre los órganos del aparato administrativo, nombrando y removiendo sus agentes, celebrando contratos, supervigilando la prestación de servicios, castigando infracciones al reglamento, etc., ya que todo eso y más, es la autoridad administrativa. (...). El punto de controversia, radica en que el empleo del cual se predica el ejercicio de autoridad administrativa, no tiene funciones que se enmarquen en dicho concepto. (...). De las funciones de empleo [director técnico 009, grado 01, de la Dirección de apoyo a la Gestión del decreto 1000-21/158 de 2017], no se observa que pueda conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones o suspenderlas, trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados, reconocer horas extras, vincular personal supernumerario conforme lo señala el artículo 190 ídem. No obstante ello, existe duda si la función relativa a la de coordinar, ejecutar y controlar las actividades relacionadas con la adquisición, almacenamiento, custodia, seguros, mantenimiento, distribución e inventarios de los bienes muebles e inmuebles, parque automotor, y demás bienes y servicios necesarios para el





funcionamiento normal de la administración, comprenda de suyo la capacidad de celebrar contratos o convenios y con ello ordenar el gasto. (...). En este caso, el a-quo señaló que el hecho que tuviera la función de elaborar y ejecutar el plan anual de compras, formulara y ejecutara planes de mantenimiento y dirigiera la elaboración del plan de sostenimiento de la plataforma tecnológica, denota el ejercicio de la autoridad administrativa, sin que se observe un estudio del carácter funcional del cargo, esto es, del tipo de ocupaciones que tiene asignadas y el grado de autonomía jerárquica para la toma de decisiones que ostenta en la estructura del organismo. (...). El anterior cuestionamiento, no puede ser resuelto en este estado del proceso, por lo que se impone su estudio en la correspondiente sentencia, en donde se cuenta con el suficiente material probatorio. Frente a la función de dirigir y controlar la elaboración del plan de mantenimiento de la plataforma tecnológica, para el desarrollo de las funciones propias de la entidad en coordinación con la Dirección de Sistemas de Información, no se observa autonomía decisoria, toda vez que debe ser manejado de manera armónica con el área técnica, como oficinas de apoyo a la gestión de las áreas misionales de la entidad, para el cabal cumplimiento del cometido institucional. Así las cosas, si bien se acreditó que el empleo es del nivel directivo, no emana diáfano que al haber sido director técnico 009, grado 01, de la Dirección de apoyo a la Gestión, dependiente del Secretario de Despacho de Desarrollo Institucional, implicara de suyo el ejercicio de autoridad administrativa, puesto que frente al factor funcional no se observa potestad alguna que implique prima facie el ejercicio mencionado. Conforme con lo anterior, se tiene que de las pruebas allegadas a este estado del proceso, no emana claro el ejercicio de autoridad administrativa bajo el criterio orgánico toda vez que, no fungió como servidor público en uno de los empleos enlistados en el artículo 190 ejúsdem y, de las funciones propias de su cargo no se establece con claridad el ejercicio de actividades que impliquen la actividad que proscribe la norma inhabilitante en su criterio funcional. Así las cosas, se impone verificar si como lo estableció el a-quo, el ejercicio de funciones de supervisión en materia de contratación estatal y el otorgamiento de permisos y calificaciones de desempeño, se encuadran en la autoridad administrativa.

INHABILIDAD DEL CONCEJAL POR EJERCICIO DE AUTORIDAD – De los argumentos esbozados y documentos aportados no se advierte la materialización del criterio funcional del ejercicio de autoridad administrativa

[L]a norma que regula el criterio funcional del ejercicio de autoridad administrativa, expresamente estableció que lo compone, en materia de contratación estatal, el de celebrar contratos o convenios y ordenar el gasto. Frente a la celebración de contratos o convenios, no se tiene material probatorio que así lo acredite, por el contrario, de lo alegado por el demandante, es que el señor Barbosa Posada fue supervisor, estructurador de la necesidad y evaluador de las propuestas, mas no se alegó el ejercicio de ordenación. (...). [L]a supervisión si bien conlleva a la posibilidad que se impartan instrucciones al contratista, ello no puede implicar sustituir las obligaciones contractuales previamente pactadas ni mucho menos generar direccionamientos contrarios al objeto contractual, por el contrario, sus lineamientos deben buscar la ejecución exitosa del acuerdo de voluntades, sin que esto implique disposición de los recursos que es una función propia del ordenador del gasto. Entonces, de esta función no se extrae la materialización de la autoridad administrativa que reguló el artículo 190 de la Ley 136 de 1994. En lo que hace a las aprobaciones de los análisis del sector y de los estudios previos de conveniencia y oportunidad que se elaboraban para la contratación por parte de la Secretaria de Desarrollo Institucional, el a-quo determinó que tenía la capacidad de influir en las decisiones de la entidad, sin indicar cómo esa circunstancia deviene en ejercicio de autoridad, ya que no se estableció cómo el ejercicio de la





supervisión contractual y el establecimiento de la necesidad estatal, implica para quien funge como director técnico, ser titular de la potestad de mando y de dirección con autonomía decisoria. Es por lo que, se estima necesario que en la sentencia se determine, con el material probatorio obrante en el proceso y las normas que rigen la actividad contractual, si en este caso, quien estructura el estudio previo, en virtud del principio de planeación, con miras a determinar con certeza la necesidad estatal, actúa con total autonomía y potestad de mando, teniendo como fundamento los manuales de funciones de cada empleo, los actos administrativos de delegación y los instrumentos contractuales que en razón del cumplimiento misional se suscribieron con participación del demandado, ya sea en la etapa precontractual como suscriptor del estudio de necesidad, en su función de evaluador de las propuestas o en el desarrollo del contrato como supervisor. (...). [S]i bien el demandado otorgó autorizaciones para ausentarse de la sede laboral de algunos funcionarios como consecuencia de permisos médicos y compensatorios, así como también calificó el desempeño de estos, no se erige claro que tales circunstancias conlleven el ejercicio de autoridad administrativa que se proscribe en este caso, ya que no se observa potestad nominadora ni el otorgamiento de comisiones de servicios, licencias no remuneradas, autorización y suspensión de vacaciones de los empleados, traslados, horas extras y la vinculación de supernumerarios a la entidad, fijar sede a personal de planta o tener asignada la potestad disciplinaria frente a aquellos, a la luz de lo establecido por el inciso segundo del artículo 190 de la Ley 136 de 1994. No obstante ello, corresponderá al fallador de primera instancia en la sentencia, determinar si conforme lo ha señalado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el demandado ha hecho que la administración funcione, ejerciendo mando y dirección sobre los órganos del aparato administrativo, nombrando y removiendo sus agentes, celebrando contratos, supervigilando la prestación de servicios, castigando infracciones al reglamento, etc., ya que todo eso y más, es la autoridad administrativa. En conclusión, con los argumentos de defensa y los documentos aportados por los sujetos procesales para decidir la petición cautelar, no se observa la materialización del criterio funcional –autoridad administrativa– necesario para la estructuración de la inhabilidad consagrada en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. Siendo que no se encontró demostrado, en este estado del proceso, el ejercicio de la autoridad administrativa, la Sala se releva del estudio de los demás argumentos de impugnación, por no encontrarse mérito suficiente para el decreto de la petición cautelar por no existir concurrencia de los elementos que materializan la inhabilidad endilgada al demandado. (...). [S]e revocará la decisión adoptada por la Sala Cuarta Oral del Tribunal Administrativo del Meta, respecto de acceder al decreto de la medida cautelar de suspensión provisional del acto acusado conforme las razones presentadas en la parte motiva de este proveído.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la suspensión provisional y que debe sustentarse en el concepto de violación de la demanda o en el que señale el interesado en escrito separado, consultar, entre otros: Consejo de Estado, auto de 18 de diciembre de 2019, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 11001-03-28-000-2019-00068-00; Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia de 30 de agosto de 2018, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 11001-03-28-000-2018-00077-00. Sobre la suspensión provisional y que la solicitud debe resolverse en el auto admisorio de la demanda, consultar, entre otras: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 4 de mayo de 2017, C.P. Rocío Araujo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2017-00011-00; Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 30 de junio de 2016, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 85001-23-33-000-2016-00063-01. Respecto de la no resolución de la medida cautelar con el auto admisorio de la demanda y que ello no constituye causal de nulidad,





consultar, entre otros que se citan: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 4 de mayo de 2017, M.P. Rocío Araujo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2017-00011-00; Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 30 de junio de 2016, M.P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 85001-23-33-000-2016-00063-01. De la posibilidad de presentar la solicitud de medida cautelar en escrito anexo a la demanda, con la invocación de las normas que considera vulneradas y dentro del término de caducidad, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 27 de febrero de 2020, M.P: Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 11001-03-28-000-2020-00031-00. En cuanto a los elementos estructuradores de la inhabilidad de concejal por el ejercicio de autoridad administrativa, consultar, entre otras: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 13 de octubre de 2016, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 05001-23-33-000-2015-02447-01; Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 10 de julio de 2009, C.P. Mauricio Torres Cuervo, Rad. 08001-23-31-000-2008- 00965-01. Sobre el concepto de autoridad administrativa, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 9 de febrero de 2017, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 05001-23-33-000-2015-02491-01. Sobre el mismo tema y lo que abarca el ejercicio de autoridad administrativa, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 9 de junio de 1999, M.P: Germán Rodríguez Villamizar, Rad. AC-5779. Respecto de los criterios definatorios del ejercicio autoridad administrativa, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 23 de septiembre de 2013, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 41001-23-31- 000-2012-00048-01. Sobre el mismo tema y la autonomía decisoria, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 28 de febrero de 2002, M.P. Darío Quiñones Pinilla, Rad. 2804. Relacionado con el mismo tema y la autonomía funcional, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 3 de mayo de 2013, M.P: Susana Buitrago Valencia, Rad. 23001-23-31-000-2008-00087-03 (IJ). En lo relativo a las funciones en el manejo de personal para el ejercicio de autoridad administrativa, consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 9 de febrero de 2017, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 05001-23-33-000-2015-02491-01; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de noviembre de 2016; M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; Rad. 76001-23-33-002-2015-01625-02. Sobre la potencialidad en la materialización del criterio funcional –autoridad administrativa- necesario para la estructuración de la inhabilidad de concejal, consultar, entre otros que se citan: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de mayo de 2013, C.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 17001-23-31-000-2011-00637-01 (Acumulado); Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 17 de octubre de 2013, CP. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 19001-33-31-006-2011-00442-01.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 315 NUMERAL 9 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 229 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 230 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 277 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 133 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 43 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 190 / LEY 617 DE 2000 – ARTÍCULO 40 NUMERAL 2 / DECRETO 111 DE 1996 - ARTÍCULO 110

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA





Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., dos (02) de octubre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 50001-23-33-000-2020-00012-01

Actor: ALEJANDRO HERNÁNDEZ BETANCOURT Y OTRO

Demandado: DAVID FERNANDO BARBOSA POSADA - CONCEJAL DE VILLAVICENCIO, PERÍODO 2020-2023

Referencia: NULIDAD ELECTORAL -Recurso de apelación contra auto que decretó la medida cautelar de suspensión provisional

AUTO SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandado, contra la decisión adoptada en auto de 13 de marzo de 2020¹, por medio del cual la Sala Cuarta Oral del Tribunal Administrativo del Meta suspendió provisionalmente el acto que declaró la elección del señor David Fernando Barbosa Posada, como concejal de Villavicencio, para el período 2020-2023.

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda 2020-00012

1. El señor Alejandro Hernández Betancourt, a través de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad electoral consagrado en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011. En escrito separado, solicitó la suspensión provisional del acto demandado teniendo como fundamento las pruebas aportadas con el libelo introductorio, basado en las siguientes consideraciones:

“...El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000 establece que 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.

La violación de los anteriores preceptos normativos, se materializa en que el Estado Colombiano a través de la expedición del Acto Administrativo E- 26 y E- 27 está permitiendo la elección de una persona que no cumple con las calidades para ser Concejal de la ciudad de Villavicencio, toda vez, que para el momento de la elección se encontraba inhabilitado;...”

¹https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/Justicia21/Administracion/Ciudadanos/Descargando.aspx?sFileNa me&PDFPath=E:/WebSites/CiudadanoJXXI/ArchivosTemp/50001233300020200001200_ACT_CONSTANCIA %20SECRETARIAL_1-07-2020%2011.38.30%20a.m..pdf





1.1.2 Hechos

2. Adujo que el 1 de febrero de 2017 el entonces alcalde de Villavicencio, a través del Decreto No. 1000-21/031, nombró al demandado en el empleo de Director Técnico, código 009, grado 01- de la Dirección de Apoyo a la Gestión, dependiente de la Secretaría de Desarrollo Institucional.

3. Mencionó que el 11 de abril de 2019, el señor Barbosa Posada renunció al cargo con efectos a partir del 22 de abril del mismo año, lo cual se materializó con el Decreto 1000-21/202 en el que el alcalde aceptó la dimisión.

4. Indicó que las funciones del empleo se encuentran detalladas en el Decreto 1000-21/158 de 2017, de donde se puede extraer como principal misión la de *“Dirigir, ejecutar y evaluar la ejecución de las políticas, planes y programas e instrumentos establecidos para la gestión de recursos físicos, servicios generales y gestión documental y archivo requeridos para el normal desarrollo de las funciones propias de la Administración Municipal”*

5. Así mismo, resaltó algunas otras atribuciones, en las que se encuentran las de: I) Dirigir y coordinar la administración, custodia y conservación de predios, bienes inmuebles y bienes muebles de la entidad. II) Coordinar, ejecutar y controlar las actividades relacionadas con la adquisición, almacenamiento, custodia, seguros, mantenimiento, distribución e inventarios de los bienes muebles e inmuebles, parque automotor, y demás bienes y servicios necesarios para el funcionamiento normal de la administración. III) Formular y ejecutar planes integrales de mantenimiento de la infraestructura de las instalaciones y parque automotor, que permitan condiciones favorables para el desarrollo de las funciones propias de la entidad. IV) Organizar la operación del sistema de atención al ciudadano, peticiones, quejas y reclamos, de manera que se brinde la debida atención a los requerimientos de la ciudadanía. V) Dirigir y controlar la correcta y oportuna prestación de los servicios de aseo, cafetería, vigilancia, correspondencia, mensajería, fotocopiado, comunicaciones y seguros que se requieran para apoyar la gestión misional de la administración. VI) Elaborar y ejecutar el Plan Anual de Compras de la entidad conforme a los lineamientos y procedimientos establecidos y los requerimientos de las dependencias de la entidad. VII) Dirigir y controlar la elaboración del plan de mantenimiento de la plataforma tecnológica, para el desarrollo de las funciones propias de la Entidad en coordinación con la Dirección de Sistemas de información.

6. Aunado a lo anterior, señaló que el demandado realizó supervisión a varias órdenes de compra y contratos, realizó evaluaciones técnicas a los pliegos de condiciones, aprobaba los estudios previos, ejerció poder de mando sobre el personal a su cargo, entre lo que se encuentra otorgar permisos y evaluaciones de desempeño.

1.1.3 Nomas violadas y concepto de la violación





7. Insistió, que con la expedición del acto acusado se desconocieron los artículos 43.2 de la Ley 136 de 1994 y 275.5 de la Ley 1437 de 2011.

8. Concluyó que las actividades desarrolladas en el marco de sus funciones, lo hacen inhábil para ser elegido concejal municipal, toda vez que conforme la regla del artículo 43.2 de la Ley 136 de 1994, el señor David Fernando Barbosa Posada ejerció dentro de los 12 meses anteriores a la elección autoridad administrativa.

1.1.4 Admisión de la demanda

9. Mediante auto de 16 de enero de 2020, el magistrado ponente admitió la demanda al considerar que se encontraban acreditados los requisitos contemplados en los artículos 162, 163 y 166 de la Ley 1437 de 2011.

1.1.5 Medida cautelar

1.1.5.1 Solicitud de resolución de la medida cautelar deprecada

10. En escrito de 23 de enero de 2020, el apoderado judicial de la parte demandante solicitó al magistrado sustanciador, se pronunciara sobre la medida cautelar de suspensión provisional deprecada, toda vez que en el auto admisorio de la demanda no existió pronunciamiento alguno.

1.1.5.2 Traslado de la medida cautelar

11. Atendiendo la petición de parte, el magistrado sustanciador en auto de 29 de enero de 2020, ordenó correr traslado a los sujetos procesales en cumplimiento del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011. En este término intervinieron:

12. **El demandado:** el 7 de febrero de 2020, solicitó se deniegue su decreto, al considerar que la petición cautelar no se encuentra debidamente sustentada conforme lo indica el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, porque en este caso no se está pretendiendo la exclusión de los efectos de un acto administrativo, sino de un acto que materializa la voluntad popular, el cual en caso de ser retirado provisionalmente se causaría un perjuicio irremediable para el demandado y para la colectividad que lo avaló.

13. Aseguró que en este caso, el accionante predica que el demandado ejerció autoridad administrativa como empleado de libre nombramiento y remoción, en su cargo de Director de Apoyo a la Gestión, transgrediendo lo establecido en el 43.2 de la Ley 136 de 1994; sin embargo, del análisis de los actos demandados y la confrontación de la norma superior invocada como violada, se tiene que éste fundamenta el ejercicio presunto de una especie de "*funciones realidad*" que nada guardan relación con la vinculación legal y reglamentaria del empleo de director técnico nivel directivo, código 009, grado 01 de la dirección de apoyo a la gestión, dependiente de la Secretaria de Desarrollo Institucional, establecido en el decreto No 1000-21/158 de 2017, puesto que aduce que podía suscribir contratos, ordenar gastos, dar permisos, comprometer el patrimonio del municipio, y que podía





hacerse obedecer, cuando en realidad dentro del propósito principal del empleo y de las funciones taxativas nada de esto era posible.

14. Lo anterior, al considerar que la inhabilidad para aspirar al cargo de concejal por haber intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, se predica en términos generales de los empleados con potestad reservada por el ordenamiento jurídico al "*jefe de cada órgano*", esto es a los funcionarios que dentro de la administración pública son identificados como los representantes legales de cada entidad, o a los empleados a quienes se les ha designado esta función mediante delegación. De modo que no es claro ni fáctica ni probatoriamente el supuesto de hecho mediante el cual realmente se pueda enmarcar la presunta inhabilidad, toda vez que el demandado nunca fue ordenador del gasto.

15. Aseguró que incurre en un error el demandante, al equiparar el empleo que ejerció *a una Secretaria de despacho de aquellas que forman el gabinete del municipio, con la connotación de ser una cartera v. gr. de educación, salud, hacienda, (Desarrollo institucional) etc. cargo del cual se denota ejercicio de autoridad administrativa después del Alcalde del Municipio.*

16. Concluyó que las pruebas allegadas al proceso denotan la existencia de la relación legal y reglamentaria de demandando con el municipio y no que hubiera ejercido la autoridad que prohíbe la ley para acceder al concejo municipal.

17. Conforme lo expuesto, manifestó que no se acreditó un perjuicio irremediable que se desprenda de la negativa de decretar la medida de suspensión provisional.

18. **Procurador 49 Judicial II:** En concepto rendido el 10 de febrero de 2020, el agente del Ministerio Público solicitó conceder la medida cautelar, al considerar que el demandado dentro del término inhabilitante ejerció un empleo en el que ejercía autoridad administrativa, ya que: *"...al verificar si dentro de las funciones de su empleo se encuentran las de celebrar contratos o convenios u ordenar gastos con cargo al erario público, hallando que si bien no tuvo la calidad de ordenador del gasto por lo menos no con las documentales evidenciadas- si fue el supervisor de muchas órdenes de compra y de servicios (contratos sin formalidades plenas) en la cuales, fue determinante su concepto, para el pago, certificación de cumplimiento del contratista y hasta para la adjudicación de un nuevo contrato, todos ellos, ejecutados en el respectivo municipio..."*

1.2 La demanda 2020-00022-00

19. El 17 de enero de 2020, la señora Omaira Lizeth Velásquez Rojas interpuso demanda de nulidad electoral contra el acto de elección del señor David Fernando Barbosa Posada, al considerar que se encuentra inmerso en la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 43.2 de la Ley 136 de 1994, modificada por el artículo 40.2 de la Ley 617 de 2000.

20. En escrito aparte, solicitó la suspensión provisional del acto acusado, al considerar que: *"... el trámite para resolver la medida cautelar de suspensión provisional del acto electoral, está en consonancia con la celeridad que caracteriza este proceso, tal y*





como lo establece el artículo 296 del CPACA, según el cual, únicamente le caben al contencioso electoral las regulaciones del proceso ordinario, en tanto sean compatibles con la naturaleza de este. Así, se reitera que a las voces del inciso final del artículo 277 del CPACA, la única medida cautelar que precede en materia de nulidad electoral es la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo de elección o nombramiento., con fundamento en lo establecido en el artículo 238 de la Constitución Política, artículos 229, 230, 231 de la Ley 1437 de 2011.”.

1.2.2 Hechos

21. Solicitó la nulidad del acto enjuiciado al considerar que el demandado se encuentra inhabilitado para ocupar el cargo de concejal, toda vez que desde el 1 de febrero de 2017 al 22 de abril de 2019 fungió como director técnico, código 009, grado 01, nivel directivo, adscrito a la secretaría de despacho, en el cual ejerció autoridad administrativa.

22. Resaltó que en sus funciones estaba la de dirigir, ejecutar, y evaluar las políticas, planes y programas e instrumentos establecidos para la gestión de recursos físicos, servicios generales y gestión documental y archivo, requeridos para el normal desarrollo de las funciones propias de la administración municipal, conforme lo enseña el Decreto No. 1000- 21/158 de 2017 (manual de funciones).

23. Adicionalmente, fue supervisor de varios contratos con lo cual bajo el entendimiento de la demandante se materializó el ejercicio de la actuación administrativa. Aunado a lo anterior, tuvo potestad de mando sobre los funcionarios a su cargo, toda vez que les exigía el cumplimiento de sus deberes, aprobaba permisos y los calificó en el desempeño de sus empleos.

1.2.3 Nomas violadas y concepto de la violación

24. A juicio de la parte actora, el demandado se encuentra enmarcada dentro de la inhabilidad consignada en el numeral 2° del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

1.2.4 Admisión de la demanda

25. Mediante auto de 21 de enero de 2020, el magistrado ponente admitió la demanda al considerar que se encontraban acreditados los requisitos contemplados en los artículos 162, 163 y 199 de la Ley 1437 de 2011.

1.2.5 Medida cautelar

1.2.5.1 Traslado de la medida cautelar

26. El magistrado sustanciador en auto de 21 de enero de 2020, ordenó correr traslado a los sujetos procesales en cumplimiento del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011. En este término intervinieron:

27. **Demandado:** En escrito de 30 de enero de 2020, el apoderado judicial del señor Barbosa Posada describió el traslado de la medida cautelar, solicitando su





negativa al considerar que la medida no se encuentra debidamente sustentada como lo ordena el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011.

28. Aseguró que del escrito no se desprenden las razones por las cuales con la adopción de la cautelar se garantiza el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, toda vez que no se vislumbra un estudio jurídico en el que se sustente la petición cautelar.

29. Aseveró que la solicitud no cumple con los requisitos del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 por carencia de sustento que impide al operador judicial hacer el estudio por carecer de fundamento.

30. Para finalizar, manifestó que en caso de hacerse un análisis de fondo, en este caso se pretende la suspensión de su elección como concejal con fundamento en el ejercicio presunto de una especie de "funciones realidad" que nada guardan relación con la calidad legal y reglamentaria del empleo de director técnico nivel directivo, código 009, grado 01 de la dirección de apoyo a la gestión, dependiente de la Secretaria de Desarrollo Institucional, establecida en el Decreto No 1000-21/158 de 2017, puesto que aduce que podía suscribir contratos, y que podía hacerse obedecer, cuando dentro del propósito principal del empleo y de las funciones taxativas nada de esto es posible.

31. **Ministerio Público:** El 31 de enero de 2020, el agente del ministerio público rindió concepto solicitando el decreto de la media cautelar bajo los mismos argumentos presentados en el radicado No. 2020-000012.

32. **Consejo Nacional Electoral:** En escrito de 31 de enero de 2020, el apoderado judicial del ente electoral descorrió el traslado solicitando se deniegue su prosperidad al considerar que el juez debe realizar un análisis fáctico y jurídico que no se puede definir en el trámite de la medida cautelar, situación que solo debe zanjarse con el fallo definitivo, previo el trámite procesal correspondiente.

1.3 Acumulación de procesos y resolución de la medida cautelar

34. En decisión de 26 de febrero de 2020, se ordenó la acumulación de procesos al considerar su procedencia, toda vez que los medios de control se encuentran dirigidos contra un mismo demandado y se fundamentan en la misma causal de inhabilidad.

35. Una vez acumulados, el 13 de marzo de 2020 los magistrados de la Sala Cuarta Oral del Tribunal Administrativo del Meta resolvieron las peticiones cautelares de forma contraria a los intereses del demandado, luego de considerar que la parte actora acreditó los elementos estructuradores de la inhabilidad. Concretamente frente al elemento de ejercicio de autoridad, se señaló: i) que las establecidas en el manual de funciones denotan su capacidad de mando al tener la potestad de dirigir, ejecutar y evaluar las políticas, planes y programas e instrumentos establecidos para la gestión de recursos físicos, ii) tuvo personal a cargo, al que le concedió permisos y evaluó en su desempeño y, iii) aprobó y dio





visto bueno a los estudios previos de conveniencia y oportunidad y los de análisis del sector, actividades que a juicio del *a-quo* denotan ejercicio de autoridad con un criterio orgánico (por ser directivo) y funcional (por las atribuciones conferidas).

36. Frente al factor temporal, indicó que la renuncia al empleo le fue aceptada el 22 de abril de 2019 y, las elecciones fueron el 27 de octubre del mismo año, con lo cual se acreditó el cumplimiento de este requisito, ya que entre la dimisión y la contienda electoral, tan solo transcurrieron 6 meses y 5 días.

37. En lo que hace al factor territorial, el *a-quo* constató que el empleo del cual se predica el hecho inhabilitante, se ejerció en el municipio de Villavicencio, toda vez que pertenece a la planta de personal de la alcaldía municipal del ente territorial en el que resultó electo.

38. El 2° de julio de 2020, el apoderado judicial del concejal demandado solicitó la aclaración de la providencia que lo suspendió provisionalmente². El 10 de agosto de 2020, la Sala resolvió declarar improcedente la solicitud de aclaración, al considerar que ésta no versaba sobre asuntos en los que existiera duda, sino que recaía en cuestionamientos sobre el fondo del asunto y la inconformidad del demandado con la decisión cautelar.

1.4 Recurso de apelación

39. El 7 de julio de 2020, el apoderado judicial de demandado interpuso recurso de apelación contra el auto que ordenó suspender provisionalmente al señor David Fernando Barbosa Posada como concejal de Villavicencio. Entre los argumentos de impugnación se encuentran los siguientes:

40. Señaló que, en escritos separados sin cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 y sin haberse sustentado jurídicamente la solicitud, los demandantes Alejandro Hernández Betancourt y Omaira Lizeth Velásquez Rojas solicitaron el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional el acto de elección contenido en el acta de escrutinio E-26, por medio del cual se declaró electo como concejal del Municipio de Villavicencio (Meta), al señor David Fernando Barbosa Posada candidato del Partido Político de Autoridades Indígenas de Colombia “AICO” para el período 2020-2023.

41. Indicó que dicho pedimento, no cumplía con los presupuestos para el decreto de la medida de suspensión provisional, ya que no están debidamente sustentadas, aunado a que el supuesto de hecho que configuraría la presunta inhabilidad no existe, lo que se presenta es una acomodación grosera de los medios de prueba junto con los hechos para hacer incurrir en error al fallador.

² Al considerar que el demandante no enunció expresamente que se remitía a las consideraciones expuestas en la demanda, aunado al hecho que se aclarar o complementara si las presuntas autorizaciones que denuncia el Despacho como aquellas dirigidas a dar permisos laborales y/o permitir ausencias en el trabajo de las presuntas personas que estaban a cargo de mi poderdante estaban suscritas por más personas y que condición tenían los otros firmantes.



42. De otra parte, indicó que el Tribunal Administrativo del Meta dio por probado, sin estarlo, el ejercicio de autoridad administrativa, a su vez, entendió que ejercer un cargo directivo de cualquier nivel implica de suyo el ejercicio de tal facultad. Así mismo, sin estar demostrado determinó que fungió como ordenador del gasto.

43. Para sustentar su recurso, adujo que una falsa aseveración respecto de la situación fáctica y el accionar del demandado, en ejercicio de su cargo como director técnico del nivel directivo, código 009, grado 01 de la dirección de apoyo a la gestión, dependiente de la secretaria de desarrollo institucional, al que se le atribuyen funciones que jamás realizó, como otorgar permisos y licencias, suscribir o celebrar contratos, ordenar gasto, delegar funciones, comprometer patrimonialmente bienes del municipio entre otros, con el fin de enmarcar el presunto ejercicio de autoridad administrativa, sin que esto guarde proporción o relación con las funciones establecidas en decreto No 1000-21/158 de 2017, sugiriendo a juicio del recurrente una extralimitación en las funciones y una transgresión a los deberes funcionales que debía cumplir el demandado.

44. Frente a su presunta facultad de ordenar el gasto, manifestó que tal actividad fue definida por la Corte Constitucional mediante Sentencia No. C-101 de 1996, en la que se conceptuó lo siguiente: *“El /.../ ordenador del gasto se refiere a la capacidad de ejecución del presupuesto. Ejecutar el gasto, significa que, a partir del programa de gastos aprobado - limitado por los recursos aprobados en la ley de presupuesto -, se decide la oportunidad de contratar, comprometer los recursos y ordenar el gasto, funciones que atañen al ordenador del gasto. “Tesis reiterada por la Sala Electoral del Consejo de Estado³, en la que se indicó: “(...), si junto a lo anterior se tiene en cuenta la definición del verbo ordenar, que corresponde a “Mandar que se haga algo”, bien puede la Sala aproximarse al concepto de “ordenador del gasto”, que valga decirlo no ha sido legalmente definido. En efecto, de acuerdo con la descripción que se hizo en los párrafos anteriores de lo que envuelve el Presupuesto de Gastos o Ley de Apropriaciones, que bien puede dirigirse a gastos de funcionamiento y a gastos de inversión, es claro que esa figura jurídica comprende una manifestación del poder estatal, representada en la facultad que se otorga a determinados funcionarios públicos para que puedan disponer del presupuesto de las entidades públicas, de acuerdo con un plan previamente diseñado y aprobado por los órganos competentes...”*

45. De acuerdo con lo expuesto, arguyó que la inhabilidad para aspirar al cargo de concejal por haber intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, se predica en términos generales de los empleados con potestad reservada por el ordenamiento jurídico, esto es, al *“jefe de cada órgano”*, o a los funcionarios que dentro de la administración pública son identificados como los representantes legales de cada entidad, o a los empleados a quienes se les ha designado esta función mediante delegación. De modo que no es claro ni fáctica ni probatoriamente el supuesto de hecho mediante el cual realmente se pueda enmarcar la presunta inhabilidad, toda vez que el demandado nunca fue ordenador del gasto.

³ De la que no aportó el número de radicado, solamente indicó Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, en sentencia del 30 de octubre de 2008.



46. Consideró, que no es posible concluir inequívocamente que se trata de un empleo que lleve inmerso el ejercicio de autoridad administrativa, lo anterior, por el carácter del cargo que es de “*Director Técnico*”, y no de “*secretario de despacho*”, del que no se desprenden las mismas funciones que se les asignan a las primeras autoridades de cada municipio (alcaldes) y a quienes ejercen las diferentes secretarías (tránsito, hacienda, salud, etc.), empleos que ejercen autoridad política bajo el entendido que son miembros del gobierno. (Artículo 189 de la Ley 136 de 1994).

47. Insistió que al empleo ejercido por el demandado, se le están atribuyendo funciones que jamás realizó, como suscribir y liquidar contratos, ordenar gasto, delegar funciones, comprometer patrimonialmente bienes del municipio entre otros, con el fin de enmarcar el presunto ejercicio de autoridad administrativa, sin que esto guarde proporción o relación con las funciones establecidas en decreto No 1000- 21/158 de 2017 o manual de funciones.

48. A su juicio, igualar las funciones de supervisor a las de ordenador de gasto para adecuar sus funciones en la norma inhabilitante es un error, ya que no se pueden asemejar las dos figuras contractuales, toda vez que la supervisión y la interventoría en materia de contratación estatal, se enmarcan como el ejercicio de supervigilancia que puede ser desplegado por cualquier funcionario siempre y cuando tenga la formación y cumpla con los requisitos para supervisar la ejecución del contrato, es decir, es una actividad que no está reservada exclusivamente a cargos directivos o necesariamente a cargos que detenten autoridad administrativa, política o similares.

49. En ese orden, sostuvo que dentro de la administración municipal ejercen control de los contratos estatales funcionarios cuyos cargos pertenecen a la planta de personal en la categoría de profesionales universitarios, profesionales especializados, asesores, los que por su ejercicio no se transforman en empleo que detenten autoridad administrativa. Bajo esa premisa, todo funcionario que supervise un contrato es autoridad administrativa por el solo hecho de la delegación que hace el ordenador del gasto de vigilar la ejecución del contrato, sin importar los demás aspectos legales y reglamentarios del cargo.

50. Concluyó señalando que en este caso no se acreditó perjuicio irremediable alguno que hiciera imperioso el decreto de la medida deprecada.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Competencia

51. En los términos de los artículos 150, 152.⁴ y del inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, corresponde a la Sección decidir la apelación presentada por

⁴ Artículo 152. Competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: /.../





la parte demandada contra el auto proferido el 13 de marzo de 2020 por el Tribunal Administrativo del Meta, a través del cual accedió al decreto de la suspensión provisional del acto que declaró su elección como miembro del concejo municipal de Villavicencio, para el período 2020-2023.

2.2 Oportunidad de la interposición y sustentación del recurso

52. La Sala observa que el recurso de apelación se presentó dentro de la oportunidad legal correspondiente, pues la decisión que resolvió la aclaración del auto impugnado se notificó por estado del 11 de agosto de 2020 y el recurso se interpuso el 7 de julio del año en curso⁵, esto es, previo a la ejecutoria de la providencia apelada.

2.3 Problema jurídico

53. El problema jurídico consiste en determinar, de conformidad con el recurso de apelación interpuesto, si existe mérito suficiente para confirmar o revocar la decisión del Tribunal Administrativo del Meta, mediante la cual accedió al decreto de la suspensión provisional del acto que declaró la elección del señor David Fernando Barbosa Posada como concejal de Villavicencio, para el período 2020-2023, al no encontrarse acreditado el ejercicio de autoridad administrativa por la falta de carga argumentativa de las peticiones cautelares y por no estar investido el empleo de dicha condición.

54. Por cuestiones metodológicas, para resolver el recurso de apelación interpuesto se resolverán los siguientes planteamientos: i) cuestión previa, generalidades de la medida cautelar y las normas aplicables en el medio de control de la nulidad electoral y, ii) el caso concreto, esto es, el estudio de los argumentos de apelación que se materializan en: a. falta de motivación de las peticiones cautelares, b. ejercicio de cargo directivo que no denota autoridad administrativa, c. no fungió como ordenador de gasto y, d. ausencia de perjuicio irremediable.

2.4. Cuestión previa -generalidades de la medida cautelar y las normas aplicables en el medio de control de la nulidad electoral-

55. Como un aspecto novedoso, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 consagró la facultad, en cabeza del juez de lo contencioso administrativo, para decretar las

8. De la nulidad del acto de elección de contralor departamental, de los diputados a las asambleas departamentales; de concejales del Distrito Capital de Bogotá; de los alcaldes, personeros, contralores municipales y miembros de corporaciones públicas de los municipios y distritos y demás autoridades municipales con setenta mil (70.000) o más habitantes, o que sean capital de departamento. El número de habitantes se acreditará con la información oficial del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas – DANE. La competencia por razón del territorio corresponde al Tribunal con jurisdicción en el respectivo departamento.

⁵ Según el artículo 302 del Código General del Proceso, las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos. **No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud.** Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos.



medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

56. A diferencia del Decreto-Ley 01 de 1984 derogado, la nueva normatividad establece expresamente la finalidad de tales medidas cautelares, cuales son, la necesidad de garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, superando de esta forma la concepción tradicional de mera garantía de control de la legalidad de las actuaciones de la Administración, tal y como se circunscribió en su momento la única de aquéllas: la suspensión provisional. Ello, sin duda alguna, repercute favorablemente en la búsqueda de la materialización del denominado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

57. Dentro de tales medidas, se encuentra consagrada entre otras, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de acuerdo con las voces del numeral 3° del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011⁶. Esta institución se configura además como una de las causales de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, teniendo incidencia particularmente respecto de su carácter ejecutorio⁷.

58. Los requisitos para decretar esta medida cautelar, fueron consagrados expresamente por el legislador en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, en los siguientes términos:

“Artículo 231.- Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...)”

59. Particularmente, en relación con el proceso de nulidad electoral, el artículo 277 establece una regla específica y especial respecto de la suspensión provisional, con el siguiente tenor:

*“...Artículo 277.- En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, **se resolverá en el mismo auto admisorio**, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación...”* (Negrillas propias).

60. A partir de las normas citadas, se colige **respecto de la suspensión provisional del acto en materia electoral** que: (i) se debe solicitar con

⁶ Ley 1437 de 2011. Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

(...) 3. Suspende provisionalmente los efectos de un acto administrativo (...)

⁷ Ley 1437 de 2001. Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.





fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado -siempre que se encuentre en término para accionar-⁸, (ii) dicha violación debe surgir del análisis del acto enjuiciado y su cotejo con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud; (iii) **la petición debe resolverse en el mismo auto admisorio de la demanda**⁹.

61. Así las cosas, el juez de lo contencioso administrativo debe efectuar un estudio y análisis de los argumentos expuestos por el demandante en el libelo introductorio o en escrito separado y confrontarlos junto con los elementos de prueba arrimados a esta etapa del proceso para efectos de proteger la efectividad de la sentencia, basado en los requisitos y en los criterios de admisibilidad de la medida cautelar de la cual se trata.

62. Además, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la suspensión provisional, que, por supuesto es provisional, **no constituye prejuzgamiento** ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que *ab initio* se adoptó.

63. Teniendo claras las normas que rigen la medida cautelar en materia electoral y, los requisitos que se deben cumplir para su estudio, se tiene que en el presente proceso acumulado, el *a-quo*, no le dio el trámite que ordena el artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, concretamente, lo relacionado con su resolución en el mismo auto admisorio de la demanda.

64. No obstante ello, dicha irregularidad no es constitutiva de causal de nulidad alguna que amerite su decreto, toda vez que a la luz del artículo 133 del Código General del Proceso, esta circunstancia no se encuadra en ninguno de los presupuestos allí establecidos; por ello, no resulta viable su declaratoria; no obstante, se le exhortará para que en lo sucesivo guarde las formas que la ley procesal exige en materia de nulidad electoral¹⁰.

2.5 Caso concreto

⁸ Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2014-00057-00. Demandada: Johana Chaves García. Auto de 13 de agosto de 2014.M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Rad. 11001-03-28-000-2019-00060-00. Demandado: Consejo Nacional Electoral. Auto de 10 de diciembre de 2019.M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Rad. 11001-03-28-000-2019-00068-00. Demandado: Consejo Nacional Electoral. Auto de 18 de diciembre de 2019. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Rad. 11001-03-28-000-2018-00077-00. Demandado: Iván Duque Márquez. 30 de agosto de 2018 M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

⁹ Sobre el particular ver entre otros: auto de 4 de mayo de 2017 Rad. 11001-03-28-000-2017-00011-00, C.P. Rocío Araujo Oñate, auto de 30 de junio de 2016 Rad. 85001-23-33-000-2016-00063-01 Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; auto de 25 de abril de 2016 Rad 11001-03-28-000-2015-00005-00 C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; auto de 4 de febrero de 2016 Rad. 1001-03-28-000-2015-00048-00 C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; auto de 21 de abril de 2016, Rad. 11001-03-28-000-2016-00023-00 C.P. Rocío Araujo Oñate.

¹⁰ Sobre el particular ver entre otros: auto de 4 de mayo de 2017 Rad. 11001-03-28-000-2017-00011-00, M.P. Rocío Araujo Oñate, auto de 30 de junio de 2016 Rad. 85001-23-33-000-2016-00063-01 M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; auto de 25 de abril de 2016 Rad 11001-03-28-000-2015-00005-00 M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; auto de 4 de febrero de 2016 Rad. 1001-03-28-000-2015-00048-00 M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; auto de 21 de abril de 2016, Rad. 11001-03-28-000-2016-00023-00 M.P. Rocío Araujo Oñate.





65. En el presente caso, el *a-quo* decretó la medida cautelar al considerar que a este estado del proceso, se demostró que con la elección enjuiciada se desconoció *prima facie*, el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, toda vez que el demandado fue empleado público, cargo en el cual ejerció autoridad administrativa conforme lo acredita el manual de funciones (criterio orgánico); aunado al hecho de tener a su cargo personal y haber fungido como supervisor de contratos (criterio funcional); la mencionada autoridad la ejerció dentro de los 12 meses anteriores a su elección y, se adelantó en la jurisdicción donde resultó electo.

66. Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de concejal suspendido presentó recurso de apelación en el que solicitó la revocatoria de la decisión, basado en los siguientes argumentos de defensa:

2.5.1 Falta de motivación de la medida cautelar

67. Adujo que, mediante escritos separados (uno por cada medio de control) sin cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, esto es, sin haberse sustentado jurídicamente la solicitud, los demandantes Alejandro Hernández Betancourt y Omaira Lizeth Velásquez Rojas solicitaron el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional el acto de elección contenido en el acta de escrutinio E-26, por medio del cual se declaró electo como concejal del Municipio de Villavicencio (Meta), al señor David Fernando Barbosa Posada.

68. Frente a este reproche, esta misma Sala de Decisión ha aceptado que no necesariamente la medida cautelar debe presentarse en el texto mismo de la demanda sino que, tal y como se permite en los procesos ordinarios puede hacerse en escrito anexo a esta, siempre que el peticionario sustente su solicitud invocando las normas que considera desconocidas por el acto acusado, para que el operador judicial encargado de su estudio realice un análisis de esos argumentos con las pruebas aportadas, para determinar la viabilidad o no de la medida, todo esto siempre y cuando se haga dentro del término de caducidad¹¹.

69. En este caso, se procederá a analizar los escritos en que se presentaron las medidas cautelares, con miras a establecer si se encuentran debidamente sustentados, conforme lo exige la ley procesal y la jurisprudencia de la sección.

70. Radicado No. 2020-00012-01¹²: Luego de citar las normas constitucionales y legales que rigen la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, señaló que en el caso concreto el demandado se encuentra inmerso en la inhabilidad consagrada en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 27 de febrero de 2020, M.P: Carlos Enrique Moreno Rubio, radicado No. 11001-03-28-000-2020-00031-00

¹² file:///D:/Documents/Downloads/d50001233300020200012013expedientedigital202091203651%20(4).pdf





71. Aseveró que, la violación de los anteriores preceptos normativos se materializa en que el Estado Colombiano a través de la expedición del E-26 está permitiendo la elección de una persona que no cumple con las calidades para ser concejal de la ciudad de Villavicencio, toda vez, que para el momento de la elección se encontraba inhabilitado; circunstancia grave para los fines constitucionales del Estado, pues va en contra de la moralidad pública, de la igualdad en certámenes electorales y de la correcta integración de las instituciones del país.

72. Concluyó, que frente a las pruebas y notificaciones se solicita tener en cuenta las relacionadas en los correspondientes acápite dentro de la acción de nulidad electoral incoada.

73. De la petición cautelar aludida en el medio de control con radicado No. 2020-00012-01 se tiene que cumple con los requisitos adjetivos consagrados en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, ya que la misma (i) se solicitó en escrito separado (ii) invocó la norma presuntamente trasgredida con la expedición del acto y, (iii) allegó pruebas con las que pretende sustentar su solicitud.

74. Así las cosas, es procedente el estudio cautelar frente a esta petición, con lo cual se entiende que no prospera el argumento de impugnación frente al presente escrito.

75. Radicado No. 2020-00022-00¹³: La parte actora solicitó la suspensión provisional del acto de elección y la credencial que acredita al demandado como concejal, al considerar que: *“...el trámite para resolver la medida cautelar de suspensión provisional del acto electoral, está en consonancia con la celeridad que caracteriza este proceso, tal y como lo establece el artículo 296 del CPACA, según el cual, únicamente le caben al contencioso electoral las regulaciones del proceso ordinario, en tanto sean compatibles con la naturaleza de este. Así, se reitera que a las voces del inciso final del artículo 277 del CPACA, la única medida cautelar que precede en materia de nulidad electoral es la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo de elección o nombramiento., con fundamento en lo establecido en el artículo 238 de la Constitución Política, artículos 229, 230, 231 de la Ley 1437 de 2011”*.

76. A diferencia de la petición anterior, este escrito no cumple con los requisitos ya mencionados del artículo 231 *ídem*, para la procedencia a su estudio de fondo por parte del operador judicial, toda vez que del escrito presentado anexo a la demanda, no se puede establecer sustento alguno que permita analizar la existencia *prima facie* de la trasgresión del ordenamiento jurídico con la confrontación del acto demandado y la ley en que debía fundarse, menos aún es factible su cotejo con las pruebas allegadas con la solicitud, toda vez que, en este caso no se hizo alusión a las aportadas con la demanda y menos al concepto de violación allí establecido.

77. Al no contener la solicitud de suspensión provisional los fundamentos de hecho, de derecho y el sustento fáctico en que se sustenta, no es viable su estudio

¹³https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/Justicia21/Administracion/Ciudadanos/Descargando.aspx?sFileName&PDFPath=D:/WebSites/CiudadanoJXXI/ArchivosTemp/50001233300020200001200_ACT_CONSTANCIA%20SECRETARIAL_1-07-2020%2011.44.39%20a.m..pdf





ya que no es factible hacer un pronunciamiento oficioso de ésta conforme la regla establecida en el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁴.

78. Así las cosas, encuentra la Sala Electoral, que una de las peticiones no cumple con los requisitos legalmente establecidos para proceder a su estudio, por lo que, los argumentos de impugnación y el estudio cautelar se circunscribirá a los fundamentos de hecho, legales y probatorios esgrimidos en el radicado No. 2020-00012-01.

2.5.2 La inhabilidad consagrada en el artículo 40.2 de la Ley 617 de 2000

79. La inhabilidad objeto de estudio es la consagrada en el artículo 40.2 de la Ley 617 de 2000 que modificó el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, la cual a la letra reza:

"Artículo 43. Inhabilidades: 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.

80. De la norma que se aduce desconocida, se puede extraer los siguientes elementos estructuradores, a saber: a) que el elegido hubiere ejercido un cargo que le diera la calidad de empleado público; b) que el cargo se hubiere desempeñado dentro de los 12 meses anteriores a la elección; c) que el empleo implique el ejercicio de autoridad administrativa y, d) que éstos ocurran en el municipio donde resultó elegido concejal¹⁵.

81. El debate dentro de la apelación se concentra en la existencia de un solo elemento: el ejercicio de la autoridad administrativa por parte del ciudadano David Fernando Barbosa Posada, toda vez que se encuentra acreditado que éste se desempeñó como director técnico, nivel directivo, código 009, grado 01 de la dirección de apoyo a la gestión, dependiente de la secretaria de desarrollo

¹⁴ **ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES.** En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, **a petición de parte debidamente sustentada**, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 13 de octubre de 2016, M.P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicado No. 05001-23-33-000-2015-02447-01, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Darío Quiñones Pinilla. Veintidós (22) de julio de dos mil cuatro (2004). Radicación 76001-23-31-000-2004-0024- 01(3362). Actor: Procuradora Regional del Valle del Cauca. Demandado: Concejal del municipio de Santiago de Cali.6 . Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Mauricio Torres Cuervo. Diez (10) de julio de dos mil nueve (2009). Radicación: 08001-23-31-000-2008- 00965-01. Actor: Roberto Tapia Ahumada y otros. Demandado: Concejales del distrito especial industrial y portuario de Barranquilla.





institucional, hasta el 22 de abril de 2019¹⁶. De la anterior información, también se extrae el elemento temporal, toda vez que desde la dimisión hasta la data de la elección tan solo transcurrieron 6 meses y 5 días y, el factor territorial que no es otro distinto al municipio donde resultó electo (Villavicencio).

82. A continuación los argumentos de impugnación frente a la acreditación del elemento concerniente al ejercicio de autoridad.

2.5.2.1 Ejercicio de un cargo directivo que no denota autoridad administrativa.

83. En este punto de confrontación, el impugnante señaló que el cargo que ostentó no conlleva el ejercicio de autoridad, tal y como se desprende de su manual de funciones.

84. Para determinar cuando existe ejercicio de autoridad administrativa, se debe analizar el caso en concreto a la luz de lo consignado en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, que establece lo siguiente:

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

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

85. De la lectura de la norma, se puede extraer que el concepto de autoridad administrativa se centra en el desempeño de empleos que denotan la condición de dirección, es decir, con autonomía decisoria, con lo que se puede concluir que no todo servidor público tiene la virtualidad de ejercer esos actos de autoridad y mando ya que requiere de un grado específico otorgado por la estructura de cada entidad, a partir del cual se puedan tomar decisiones y hacerlas obedecer¹⁷ con miras a que la administración funcione, ejerciendo mando y dirección sobre los órganos del aparato administrativo, nombrando y removiendo sus agentes, celebrando contratos, supervigilando la prestación de servicios, castigando infracciones al reglamento, etc., ya que todo eso y más, es la autoridad administrativa¹⁸.

¹⁶ Fecha en que le fue aceptada la renuncia al demandado, conforme el Decreto No. 1000-21/202 del 12 de abril de 2019, la cual empezó a surtir efectos a partir del 22 de abril de 2019.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 9 de febrero de 2017, M.P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicado No. 05001-23-33-000-2015-02491-01.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 9 de junio de 1999, M.P: Germán Rodríguez Villamizar. Radicado No. AC-5779.





86. Así lo ha entendido esta Sección, en donde ha establecido que hay dos criterios definitorios del ejercicio de ese tipo de poder: el orgánico y el funcional¹⁹, así: *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 administrativa²⁰.*

87. El punto de controversia, radica en que el empleo del cual se predica el ejercicio de autoridad administrativa, no tiene funciones que se enmarquen en dicho concepto. Para ello, se propone el estudio del manual de funciones aportado por la parte actora, para determinar, bajo los criterios orgánico y funcional si éste contempla atribuciones de tal naturaleza.

88. El Decreto 1000-21/158 de 2017 “*Por medio del cual se ajusta y establece el manual de funciones y competencias laborales para la planta de empleos de la administración central del municipio de Villavicencio*”, establece como función del empleo de director técnico 009, grado 01, de la Dirección de apoyo a la Gestión, dependiente del Secretario de Despacho de Desarrollo Institucional, las siguientes:

- **Propósito principal:** Dirigir, ejecutar y evaluar la ejecución de las políticas, planes y programas e instrumentos establecidos para la gestión de recursos físicos, servicios generales y gestión documental y archivo requeridos para el normal desarrollo de las funciones propias de la Administración Municipal.
- **Descripción de funciones esenciales:** 1) Dirigir y coordinar la administración, custodia y conservación de predios, bienes inmuebles y bienes muebles de la entidad. 2) Coordinar, ejecutar y controlar las actividades relacionadas con la adquisición, almacenamiento, custodia, seguros, mantenimiento, distribución e inventarios de los bienes muebles e inmuebles, parque automotor, y demás bienes y servicios necesarios para el funcionamiento normal de la Administración. 3) Formular y ejecutar planes integrales de mantenimiento de la infraestructura de las instalaciones y parque automotor, que permitan condiciones favorables para el desarrollo de las funciones propias de la Entidad. 4) Organizar la operación del sistema de atención al ciudadano, peticiones, quejas y reclamos, de manera que se brinde la debida atención a los requerimientos de la ciudadanía. 5) Dirigir y controlar la correcta y oportuna prestación de los servicios de aseo, cafetería, vigilancia, correspondencia, mensajería, fotocopiado, comunicaciones y seguros que se requieran para apoyar la

¹⁹ Ídem.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 23 de septiembre de 2013, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicado No. 41001-23-31- 000-2012-00048-01.





gestión misional de la administración. 6) Elaborar y ejecutar el Plan Anual de Compras, de la entidad conforme a los lineamientos y procedimientos establecidos y los requerimientos de las dependencias de la entidad. 7) Dirigir y controlar la elaboración del plan de mantenimiento de la plataforma tecnológica, para el desarrollo de las funciones propias de la Entidad en coordinación con la Dirección de Sistemas de Información. 8) Las demás funciones que le sean asignadas por norma legal o autoridad competente de acuerdo con el propósito principal del empleo.

89. De las funciones de empleo, no se observa que pueda conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones o suspenderlas, trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados, reconocer horas extras, vincular personal supernumerario conforme lo señala el artículo 190 *ídem*.

90. No obstante ello, existe duda si la función relativa a la de coordinar, **ejecutar** y controlar las actividades relacionadas **con la adquisición**, almacenamiento, custodia, seguros, mantenimiento, distribución e inventarios de los bienes muebles e inmuebles, parque automotor, y demás bienes y servicios necesarios para el funcionamiento normal de la administración, comprenda de suyo la capacidad de celebrar contratos o convenios y con ello ordenar el gasto.

91. Al respecto, indicó la parte demandada que en el municipio quien ordena el gasto es el Alcalde, quien delegó en los secretarios y jefe de contratación municipal la facultad de celebrar contratos en nombre del ente territorial.

92. Para resolver el planteamiento de defensa, se debe partir del estudio del artículo 315.9 de la Constitución Política, que señala que el alcalde tiene la facultad de ordenar los gastos municipales de acuerdo con el plan de inversión y el presupuesto. A su vez, el Decreto 111 de 1996, en su artículo 110 señala que: *“Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. **Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo, o quien haga sus veces**, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes...”*

93 Como fundamento de lo anterior, el demandado aportó la Resolución No. 1000-56.11/95 del 24 de agosto de 2017, *“Por medio de la cual se delega la función específica en materia de contratación, ordenación de gasto y se desconcentran los trámites propios para la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión de personas naturales”*, en la que en su artículo delegó en los secretarios de despacho código 020 grado 02, la ordenación del gasto y celebración de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con persona natural que celebre el municipio de Villavicencio, en los términos del artículo 32 numeral 3° de la Ley 80 de 1993²¹, artículo 4 literal h) de la

²¹ Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán



Ley 1150 de 2007²², reglamentado por el artículo 2.2.1.2.1.4.9 del decreto 1082 de 2015.

94. A su turno, aportó la Resolución No. 174 de mayo 31 de 2012 en la que en su artículo quinto ordenó la desconcentración en cabeza del jefe de la oficina de contratación código 006, grado 02 la competencia para suscribir todos los contratos y convenios que celebra el municipio de Villavicencio, con lo que en este estado procesal permite concluir que no ostenta frente a estas actividades la autoridad deprecada.

95. De otra parte, la jurisprudencia de la Sección han establecido que si las funciones y el diseño jerárquico del cargo le otorgan a su titular potestad de mando y de dirección con **autonomía decisoria**²³, se puede concluir que el servidor público ejerce autoridad administrativa. *No obstante ello, las potestades que se confieren a un determinado empleo en lo concerniente a **dirigir** las actividades de coordinación, programación de los procesos de administración de personal, seguridad industrial, y relaciones laborales (num. 2); dirigir la ejecución de los programas de selección, inducción, capacitación (num. 3); controlar y evaluar la ejecución de las políticas, planes y programas de gestión presupuestal (num. 5); dirigir la elaboración del plan financiero de fuentes y usos de recursos de la entidad (num. 6), y dirigir, coordinar y controlar la adecuada prestación de los servicios (num. 9), **asignaciones todas estas precedidas del verbo dirigir**, no implican, por esta sola característica terminológica, que constituyan funciones que conlleven, que tengan inmerso o implícito —per se— autonomía con poder en función de mando que incluya posibilidad de coerción. Porque no se desprende de tales atribuciones nominales que por ostentar esta clase de competencias el jefe administrativo y financiero goce de facultades que le concedan autonomía funcional para tomar decisiones en campos tales como: nombrar o remover personal de la corporación, conferir comisiones y traslados, sancionar disciplinariamente, comprometer el presupuesto, celebrar contratos, imponer medidas de obligatorio acatamiento²⁴.*

96. En este caso, el *a-quo* señaló que el hecho que tuviera la función de elaborar y ejecutar el plan anual de compras, formulara y ejecutara planes de mantenimiento y dirigiera la elaboración del plan de sostenimiento de la plataforma tecnológica, denota el ejercicio de la autoridad administrativa, sin que se observe un estudio del carácter funcional del cargo, esto es, del tipo de ocupaciones que tiene asignadas y el grado de autonomía jerárquica para la toma de decisiones que ostenta en la estructura del organismo.

celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

²² h) Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, incluida la atención de los respectivos grupos familiares, programas de atención a población desplazada por la violencia, programas de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamientos violentos de diferente tipo, y población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo, incluidos los contratos fiduciarios que demanden;

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 28 de febrero de 2002, radicado 2804, M.P. Darío Quiñones Pinilla.

²⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 3 de mayo de 2013, M.P.: Susana Buitrago Valencia, Radicado No. 23001-23-31-000-2008-00087-03 (IJ)





97. Lo anterior, toda vez que el manual de funciones mencionado, establece que el Secretario de Despacho, Secretaría de Desarrollo Institucional, tiene como propósito en su condición de jefe inmediato del director técnico (empleo ejercido por el demandado) planear, dirigir, ejecutar y evaluar las políticas, planes y programas e instrumentos en materia administrativa relacionados con los recursos físicos, servicios generales y la gestión documental, mismos que se predicen del empleo que se analiza.

98. A su vez, el mencionado secretario tiene a cargo planear, dirigir y controlar la elaboración y ejecución del plan anual de compras de la entidad (hoy plan anual de adquisiciones)²⁵ y su correspondiente actualización cuando sea necesario, en coordinación con la Secretaría de Hacienda; mientras que el director técnico lo elabora y ejecuta, o sea, se encuentra supeditado a los lineamientos de su jefe inmediato.

99. De otra parte, se debe recordar que el plan anual de adquisiciones es una **herramienta de planeación**²⁶ que permite facilitar, identificar, registrar, programar y divulgar las necesidades de bienes, obras y servicios de las entidades sujetas al régimen de contratación estatal.

100. Es así como, se debe determinar si el verbo ejecutar referente al plan de adquisiciones, se refiere a ordenar el gasto, o denota el hacer cumplir la herramienta de planeación, esto es, que las líneas que se programaron para la respectiva vigencia fiscal se adelanten a través de la presentación de los estudios previos para iniciar los procesos contractuales programados en la vigencia anterior por cada área requirente (estudios de necesidad y conveniencia), lo cual de suyo, no implica la facultad de disposición de recursos.

101. El anterior cuestionamiento, no puede ser resuelto en este estado del proceso, por lo que se impone su estudio en la correspondiente sentencia, en donde se cuenta con el suficiente material probatorio.

102. Frente a la función de dirigir y controlar la elaboración del plan de mantenimiento de la plataforma tecnológica, para el desarrollo de las funciones propias de la entidad en coordinación con la Dirección de Sistemas de Información, no se observa autonomía decisoria, toda vez que debe ser manejado de manera armónica con el área técnica, como oficinas de apoyo a la gestión de las áreas misionales de la entidad, para el cabal cumplimiento del cometido institucional.

²⁵ **Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.1.4.1. Plan Anual de Adquisiciones.** Las Entidades Estatales deben elaborar un Plan Anual de Adquisiciones, el cual debe contener la lista de bienes, obras y servicios que pretenden adquirir durante el año. En el Plan Anual de Adquisiciones, la Entidad Estatal debe señalar la necesidad y cuando conoce el bien, obra o servicio que satisface esa necesidad debe identificarlo utilizando el Clasificador de Bienes y Servicios, e indicar el valor estimado del contrato, el tipo de recursos con cargo a los cuales la Entidad Estatal pagará el bien, obra o servicio, la modalidad de selección del contratista, y la fecha aproximada en la cual la Entidad Estatal iniciará el Proceso de Contratación. Colombia Compra Eficiente establecerá los lineamientos y el formato que debe ser utilizado para elaborar el Plan Anual de Adquisiciones.

²⁶ <https://colombiacompra.gov.co/ciudadanos/preguntas-frecuentes/plan-anual-de-adquisiciones>





103. Así las cosas, si bien se acreditó que el empleo es del nivel directivo, no emana diáfano que al haber sido director técnico 009, grado 01, de la Dirección de apoyo a la Gestión, dependiente del Secretario de Despacho de Desarrollo Institucional, implicara de suyo el ejercicio de autoridad administrativa, puesto que frente al factor funcional no se observa potestad alguna que implique *prima facie* el ejercicio mencionado.

104. Conforme con lo anterior, se tiene que de las pruebas allegadas a este estado del proceso, no emana claro el ejercicio de autoridad administrativa bajo el criterio orgánico toda vez que, no fungió como servidor público en uno de los empleos enlistados en el artículo 190 *ejúsdem* y, de las funciones propias de su cargo no se establece con claridad el ejercicio de actividades que impliquen la actividad que proscribe la norma inhabilitante en su criterio funcional.

105. Así las cosas, se impone verificar si como lo estableció el *a-quo*, el ejercicio de funciones de supervisión en materia de contratación estatal y el otorgamiento de permisos y calificaciones de desempeño, se encuadran en la autoridad administrativa.

2.5.3 No fungió como ordenador de gasto.

106. Indicó que el Tribunal de primera instancia estableció que el señor Barbosa Posada, en su cargo de Director Técnico aprobaba o daba visto bueno a los estudios previos de conveniencia y oportunidad y los análisis del sector que firmaba la Secretaría de Desarrollo Institucional, tal como se observa en los contratos que se aportaron por la parte demandante, actuaciones que implican ejercicio de autoridad administrativa.

107. Para la parte demandada, no se puede predicar que se incurrió en la inhabilidad para aspirar al cargo de concejal por la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, ya que ésta se predica en términos generales de los empleados con potestad reservada por el ordenamiento jurídico al “*jefe de cada órgano*”, esto es a los funcionarios que dentro de la administración pública son identificados como los representantes legales de cada entidad, o a los empleados a quienes se les ha designado esta función mediante delegación y, en este caso no ostenta esa facultad ni por el manual de funciones ni por delegación.

108. Al respecto se debe señalar, que la norma que regula el criterio funcional del ejercicio de autoridad administrativa, expresamente estableció que lo compone, en materia de contratación estatal, el de celebrar contratos o convenios y ordenar el gasto.

109. Frente a la celebración de contratos o convenios, no se tiene material probatorio que así lo acredite, por el contrario, de lo alegado por el demandante, es que el señor Barbosa Posada fue supervisor, estructurador de la necesidad y evaluador de las propuestas, mas no se alegó el ejercicio de ordenación.



110. Frente al ejercicio de la supervisión de contratos, se debe tener en cuenta, que quienes fungen como tal, tienen el *control y vigilancia sobre la ejecución contractual de los contratos vigilados, dirigida a verificar el cumplimiento de las condiciones pactadas en los mismos y como consecuencia de ello están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, impartir instrucciones al contratista y hacer recomendaciones encaminadas a lograr la correcta ejecución del objeto contratado. Es obligatorio para el interventor o supervisor entregar sus órdenes por escrito y los requerimientos o informes que realice deben publicarse en el SECOP. En ningún caso los interventores o supervisores en ejercicio de sus funciones pueden sustituir a la Entidad Estatal en la toma de decisiones sobre el contrato vigilado por lo que las mismas siempre deben ser tomadas por el representante legal de la Entidad Estatal con base en lo que los primeros hubieran informado sobre la ejecución de las obligaciones contractuales*²⁷.

111. Es decir, la supervisión si bien conlleva a la posibilidad que se impartan instrucciones al contratista, ello no puede implicar sustituir las obligaciones contractuales previamente pactadas ni mucho menos generar direccionamientos contrarios al objeto contractual, por el contrario, sus lineamientos deben buscar la ejecución exitosa del acuerdo de voluntades, sin que esto implique disposición de los recursos que es una función propia del ordenador del gasto.

112. Entonces, de esta función no se extrae la materialización de la autoridad administrativa que reguló el artículo 190 de la Ley 136 de 1994.

113. En lo que hace a las aprobaciones de los análisis del sector y de los estudios previos de conveniencia y oportunidad que se elaboraban para la contratación por parte de la Secretaria de Desarrollo Institucional, el *a-quo* determinó que tenía la capacidad de influir en las decisiones de la entidad, sin indicar cómo esa circunstancia deviene en ejercicio de autoridad, ya que no se estableció cómo el ejercicio de la supervisión contractual y el establecimiento de la necesidad estatal, implica para quien funge como director técnico, ser titular de la potestad de mando y de dirección con autonomía decisoria.

114. Es por lo que, se estima necesario que en la sentencia se determine, con el material probatorio obrante en el proceso y las normas que rigen la actividad contractual, si en este caso, quien estructura el estudio previo, en virtud del principio de planeación, con miras a determinar con certeza la necesidad estatal, actúa con total autonomía y potestad de mando, teniendo como fundamento los manuales de funciones de cada empleo, los actos administrativos de delegación y los instrumentos contractuales que en razón del cumplimiento misional se suscribieron con participación del demandado, ya sea en la etapa precontractual como suscriptor del estudio de necesidad, en su función de evaluador de las propuestas o en el desarrollo del contrato como supervisor.

2.5.4 Manejo de personal

²⁷ Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos del Estado, https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_para_el_ejercicio_de_las_funciones_de_supervision_e_interventoria_de_los_contratos_del_estado.pdf





115. Para finalizar, el impugnante aseveró que al director técnico nivel directivo, código 009, grado 01 de la dirección de apoyo a la gestión, dependiente de la secretaria de desarrollo institucional, se le están atribuyendo funciones que jamás realizó, como otorgar permisos y licencias, esto como fundamento en la existencia de personal a su cargo, el otorgamiento de permisos y calificación del desempeño de funcionarios.

116. Al respecto se debe tener en cuenta, que esta Sección frente a las mencionadas funciones señaló²⁸: *Para esta Sección es claro, que frente al tema de los 25 cargos que pertenecen a la Subdirección Fomento Deportivo y Recreativo, lo cuales fueron subalternos del hoy demandado, no se puede predicar la existencia de autoridad administrativa, por la función de «{c}oncertar los objetivos para el debido seguimiento y evaluación de desempeño laboral de los servidores a su cargo», pues esta función corresponde a la coordinación natural que debe existir frente a empleados directos de un cargo del nivel directivo y a la verificación del cumplimiento de las metas propuestas al interior de una dependencia administrativa. Pero, para que frente a subalternos se puede hablar de ejercicio de autoridad administrativa, ha sostenido la jurisprudencia de esta Sala²⁹, que las funciones asignadas deben otorgar las facultades para el nombramiento y remoción de empleados, o para resolver aspectos como comisiones de servicios, licencias no remuneradas, autorización y suspensión de vacaciones de los empleados, traslados, horas extras y la vinculación de supernumerarios a la entidad, fijar sede a personal de planta o tener asignada la potestad disciplinaria frente aquellos, a la luz de lo establecido por el inciso segundo del artículo 190 de la Ley 136 de 1994. En el caso concreto, al revisar la función alegada por el actor y las demás del Subdirector de Fomento de Deporte y Recreativo del INDER, ninguna de ellas le otorga las potestades expresadas en el párrafo anterior, para predicar el ejercicio de autoridad administrativa frente a los 25 empleados que pertenecen directamente a dicha dependencia.»*

117. Revisado el material probatorio, se observa que si bien el demandado otorgó autorizaciones para ausentarse de la sede laboral de algunos funcionarios como consecuencia de permisos médicos y compensatorios, así como también calificó el desempeño de estos, no se erige claro que tales circunstancias conlleven el ejercicio de autoridad administrativa que se proscribe en este caso, ya que no se observa potestad nominadora ni el otorgamiento de comisiones de servicios, licencias no remuneradas, autorización y suspensión de vacaciones de los empleados, traslados, horas extras y la vinculación de supernumerarios a la entidad, fijar sede a personal de planta o tener asignada la potestad disciplinaria frente aquellos, a la luz de lo establecido por el inciso segundo del artículo 190 de la Ley 136 de 1994.

118. No obstante ello, corresponderá al fallador de primera instancia en la sentencia, determinar si conforme lo ha señalado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el demandado ha hecho que la administración funcione, ejerciendo mando y dirección sobre los órganos del aparato administrativo, nombrando y removiendo sus agentes, celebrando contratos, supervisando la prestación de

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 9 de febrero de 2017, M.P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicado No. 05001-23-33-000-2015-02491-01.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 24 de noviembre de 2016; M. P. Carlos Enrique Moreno Rubio; expediente No. 76001-23-33- 002-2015-01625-02.





servicios, castigando infracciones al reglamento, etc., ya que todo eso y más, es la autoridad administrativa³⁰.

119. En conclusión, con los argumentos de defensa y los documentos aportados por los sujetos procesales para decidir la petición cautelar, no se observa la materialización del criterio funcional –autoridad administrativa- necesario para la estructuración de la inhabilidad³¹ consagrada en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994³² modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000³³.

120. Siendo que no se encontró demostrado, en este estado del proceso, el ejercicio de la autoridad administrativa, la Sala se releva del estudio de los demás argumentos de impugnación, por no encontrarse mérito suficiente para el decreto de la petición cautelar por no existir concurrencia de los elementos que materializan la inhabilidad endilgada al demandado.

2.6 Conclusión

121. Por lo señalado, se revocará la decisión adoptada por la Sala Cuarta Oral del Tribunal Administrativo del Meta, respecto de acceder al decreto de la medida cautelar de suspensión provisional del acto acusado conforme las razones presentadas en la parte motiva de este proveído.

Por todo lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta en uso de facultades constitucionales y legales,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión contenida en el auto de 13 de marzo de 2020 de la Sala Cuarta Oral del Tribunal Administrativo del Meta, consistente en decretar la suspensión provisional del acto que declaró la elección del señor David Fernando Barbosa Posada, como concejal de Villavicencio, para el período 2020-2023, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

³⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 9 de junio de 1999, M.P. Germán Rodríguez Villamizar. Radicado No. AC-5779

³¹ Por manera que, se debe estudiar por parte de la primera instancia si de las funciones que tenía a cargo el demandante se puede predicar autoridad administrativa bajo la égida de la potencialidad o se enmarca de forma directa en el ejercicio de dicha atribución .

³² Frente a la potencialidad, se ha pronunciado la Sección Quinta del Consejo de estado, entre otras, en las siguientes providencias: Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia de Julio 14 de 2005. C.P. Reinaldo Chavarro Buritica Rad. 170012331000200301538-01 (3681); Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 11 de junio de 2009 C.P. María Nohemí Hernández Pinzón Rad. 68001-23-15-000-2007-0067702; Consejo de Estado, Sección Quinta sentencia de 17 de febrero de 2005 María Nohemí Hernández Pinzón Rad. 27001-23-31-000-2003-00764-02(3441); Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de mayo de 2013 C.P. Alberto Yepes Barreiro Rad. 17001-23-31-000-2011-00637-01 (Acumulado) y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 17 de octubre de 2013, CP. Alberto Yepes Barreiro Rad. 19001-33-31-006-2011-00442-01.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 28 de febrero de 2002, radicado 2804, M.P. Darío Quiñones Pinilla.





SEGUNDO: EXHORTAR a la Sala Cuarta Oral del Tribunal Administrativo del Meta, para que en lo sucesivo, tratándose del medio de control de nulidad electoral, resuelva en el mismo auto la admisión de la demanda y la medida cautelar, conforme lo enseña el artículo 277 de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CUARTO: ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada
Salva voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado
Aclara voto

SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Requisitos para su decreto / SUSPENSIÓN PROVISIONAL – La solicitud debe exponer las razones por las que se considera que hay violación del ordenamiento / SUSPENSIÓN PROVISIONAL – La solicitud adolece de la carga argumentativa necesaria para ser estudiada de fondo

El artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 establece que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud, cuando la violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de





las pruebas allegadas con la solicitud. Así las cosas, es necesario que en la solicitud de la medida cautelar se haga el respectivo análisis de las razones por las que se considera que el acto acusado viola alguna norma del ordenamiento jurídico, o se realice un estudio de las pruebas aportadas, puesto que como el acto demandado está cobijado por una presunción de legalidad, para que en sede de una medida cautelar se puedan suspender sus efectos, es necesario que se argumenten debidamente las razones para que se pueda hacer el respectivo estudio de fondo, requisito que debe ser más riguroso cuando la solicitud se haga en escrito separado de la demanda. (...). Si bien en el auto se dice que la petición cautelar cumple con los requisitos para ser estudiada de fondo, lo cierto es que al revisar la solicitud presentada no se encuentra un estudio de las razones por las que se considera que el demandado está incurso en la inhabilidad, ya que no basta con mencionar la norma o aportar las pruebas que pueden demostrar tal vulneración, sino que es necesario que se aleguen las razones por las que se considera que hay tal violación del ordenamiento superior, puesto que se recalca el acto demandado está cobijado por una presunción de legalidad que debe ser desvirtuada. (...). [C]omo este caso se alegó que el demandado está incurso en la inhabilidad establecida en el numeral 2 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994. (...). De esta causal de inhabilidad de extraen a su vez, dos causales: (...). [S]i se alega la primera debe señalarse si la inhabilidad se da por haber ejercido como empleado con jurisdicción o por haber tenido autoridad política, civil, administrativa o militar y a su vez explicar las razones por las que se cree que la persona demandada pudo ejercer ese tipo de autoridad dentro del periodo inhabilitante, de acuerdo con las funciones del empleo que ostentó, es decir, indicar todas las razones por las que se considera que ejerció alguno de esos tipos de autoridad. (...). [S]i se alega la segunda, esto es, por ser empleado público, explicar las razones por las que en ejercicio de ese cargo tuvo funciones de ordenador del gasto o de celebrar de contratos que deban ejecutarse o cumplirse en el municipio. Así las cosas, considero que en este caso, en la medida cautelar, no se señaló en cual de las dos posibilidades de inhabilidad incurrió el demandado y tampoco se explicaron las razones por las que se demuestra que el demandado está incurso en la misma, y por tanto carece de la carga argumentativa necesaria para ser estudiada de fondo.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231 / LEY 136 DE 1994 - ARTÍCULO 43 NUMERAL 2

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO DE CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá D.C., siete (7) de octubre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 50001-23-33-000-2020-00012-01

Actor: ALEJANDRO HERNÁNDEZ BETANCOURT Y OTRO

Demandado: DAVID FERNANDO BARBOSA POSADA - CONCEJAL DE VILLAVICENCIO, PERÍODO 2020-2023





ACLARACIÓN DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación y aunque comparto la decisión adoptada por la Sala de revocar el auto del 13 de marzo de 2020 de la Sala Cuarta Oral del Tribunal Administrativo del Meta, en cuanto decretó la suspensión provisional del acto que declaró la elección del señor David Fernando Barbosa Posada, como concejal de Villavicencio para el período 2020-2023, aclaro mi voto en los siguientes términos:

Me aparto de las razones por las cuales se revocó la providencia antes mencionada, puesto que considero que la razón de tal revocatoria reside en que en este caso no hay carga argumentativa en la medida cautelar, para hacer el estudio de fondo.

El artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 establece que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda **o en la solicitud**, cuando la violación surja del **análisis** del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del **estudio** de las pruebas allegadas con la solicitud.

Así las cosas, es necesario que en la solicitud de la medida cautelar se haga el respectivo **análisis** de las razones por las que se considera que el acto acusado viola alguna norma del ordenamiento jurídico, o se realice un estudio de las pruebas aportadas, puesto que como el acto demandado está cobijado por una presunción de legalidad, para que en sede de una medida cautelar se puedan suspender sus efectos, es necesario que se argumenten debidamente las razones para que se pueda hacer el respectivo estudio de fondo, requisito que debe ser más riguroso cuando la solicitud se haga en escrito separado de la demanda.

En este punto, es necesario precisar que la jurisdicción contencioso administrativo es de carácter **rogado**, y por tanto el estudio de legalidad de los actos se hace de conformidad con lo planteado en la demanda, o en el caso de las medidas cautelares, según lo argumentado en la solicitud.

Precisado lo anterior, se tiene que en la providencia de la cual aclaro mi voto, se sostiene:

“**70. Radicado No. 2020-00012-01**³⁴: Luego de citar las normas constitucionales y legales que rigen la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, señaló que en el caso concreto el demandado se encuentra inmerso en la inhabilidad consagrada en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

³⁴ file:///D:/Documents/Downloads/d500012333000202000012013expedientedigital202091203651%20(4).pdf



71. Aseveró que, la violación de los anteriores preceptos normativos se materializa en que el Estado Colombiano a través de la expedición del E-26 está permitiendo la elección de una persona que no cumple con las calidades para ser concejal de la ciudad de Villavicencio, toda vez, que para el momento de la elección se encontraba inhabilitado; circunstancia grave para los fines constitucionales del Estado, pues va en contra de la moralidad pública, de la igualdad en certámenes electorales y de la correcta integración de las instituciones del país.

72. Concluyó, que frente a las pruebas y notificaciones se solicita tener en cuenta las relacionadas en los correspondientes acápite dentro de la acción de nulidad electoral incoada.

73. De la petición cautelar aludida en el medio de control con radicado No. 2020-00012-01 se tiene que cumple con los requisitos adjetivos consagrados en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, ya que la misma (i) se solicitó en escrito separado (ii) invocó la norma presuntamente trasgredida con la expedición del acto y, (iii) allegó pruebas con las que pretende sustentar su solicitud.

74. Así las cosas, es procedente el estudio cautelar frente a esta petición, con lo cual se entiende que no prospera el argumento de impugnación frente al presente escrito.”

Si bien en el auto se dice que la petición cautelar cumple con los requisitos para ser estudiada de fondo, lo cierto es que al revisar la solicitud presentada no se encuentra un estudio de las razones por las que se considera que el demandado está incurso en la inhabilidad, ya que no basta con mencionar la norma o aportar las pruebas que pueden demostrar tal vulneración, sino que es necesario que se aleguen las razones por las que se considera que hay tal violación del ordenamiento superior, puesto que se recalca el acto demandado está cobijado por una presunción de legalidad que debe ser desvirtuada.

Entonces, como este caso se alegó que el demandado está incurso en la inhabilidad establecida en el numeral 2 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, se tiene que esta norma dispone:

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.

De esta causal de inhabilidad de extraen a su vez, dos causales:





- La primera para quien dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección, haya ejercido como empleado público con jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito, o

- La segunda para quien dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de elección haya ejercido como empleado público del orden nacional, departamental o municipal y haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

Ahora bien, si se alega la primera debe señalarse si la inhabilidad se da por haber ejercido como empleado con jurisdicción o por haber tenido autoridad política, civil, administrativa o militar y a su vez explicar las razones por las que se cree que la persona demandada pudo ejercer ese tipo de autoridad dentro del periodo inhabilitante, de acuerdo con las funciones del empleo que ostentó, es decir, indicar todas las razones por las que se considera que ejerció alguno de esos tipos de autoridad.

De otra parte, si se alega la segunda, esto es, por ser empleado público, explicar las razones por las que en ejercicio de ese cargo tuvo funciones de ordenador del gasto o de celebrar de contratos que deban ejecutarse o cumplirse en el municipio.

Así las cosas, considero que en este caso, en la medida cautelar, no se señaló en cual de las dos posibilidades de inhabilidad incurrió el demandado y tampoco se explicaron las razones por las que se demuestra que el demandado está incurso en la misma, y por tanto carece de la carga argumentativa necesaria para ser estudiada de fondo.

En estos términos dejo expuesta mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”

SUSPENSIÓN PROVISIONAL – El auto proferido incurrió en un exceso al considerar una de las solicitudes que no estaba debidamente sustentada /





SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Su sustentación es una expresión del principio de la jurisdicción rogada

[L]a decisión de 2 de octubre de 2020 –que motiva este salvamento de voto– resolvió el recurso de apelación formulado por el demandado contra la determinación referida, revocándola, bajo el argumento de que, contrario a lo expuesto por el Tribunal, el ejercicio de autoridad administrativa por parte del Director de Apoyo a la Gestión de Villavicencio no resultaba del todo claro en esta primigenia etapa del proceso, tal y como se desprendía del análisis detallado de las funciones atribuidas a ese cargo. Bajo ese panorama, y como lo manifesté en los debates que precedieron la adopción mayoritaria de esa decisión, encontré que la providencia de 2 de octubre de 2020 dio por acreditada la carga argumentativa propia de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto, a pesar de que la solicitud cautelariva elevada por el demandante del proceso N°. 2020-00012-01, no cumplía, a decir verdad, con las previsiones contenidas en el artículo 231 del CPACA, por lo que consideré que el auto proferido por la Sala incurrió en un exceso, desconocedor de la jurisprudencia de esta Corporación. (...). En efecto, expresé que la revocación de la providencia dictada por el Tribunal Administrativo del Meta, lejos de fundamentarse en razones que giraban en torno a la certeza o no del ejercicio de autoridad administrativa por parte del demandado en esa fase temprana del trámite, debía concentrarse en la falta de motivación de las medidas cautelares deprecadas por los demandantes, ya que, como correctamente lo había indicado el demandado en su recurso de apelación, las cautelas solicitadas no habían sido sustentadas conforme lo exigía la ley procesal y el derecho pretor construido por la Sección Quinta. (...). [L]a obligación de sustentar en debida forma los pedimentos de suspensión provisional responde a 2 de los más importantes referentes axiológicos que gobiernan el desarrollo de las competencias constitucionales y legales que han sido atribuidas a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues, por un lado, se muestra como una de las expresiones del principio de la jurisdicción rogada que impone que los demandantes esbozen las cuerdas argumentales sobre las que pretenden quebrar la presunción de legalidad de los actos administrativos; por otro, se presenta como una manifestación del deber de colaboración de quienes pretenden acceder a la administración de justicia para la resolución de sus asuntos litigiosos, estatuido en el numeral 7° del artículo 95 de la Constitución de 1991 y reproducido en el inciso final del artículo 103 del CPACA. En ese orden, la ausencia del concepto de violación de la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto ha llevado a esta Sala, en reiteradas ocasiones, a desestimar la procedencia de este tipo de solicitudes. (...). De esta forma, y a la manera como sucede con el concepto de violación de la demanda, el sustrato argumentativo que caracteriza al pedimento cautelar debe conjugar en su contenido la referencia a las normas vulneradas por el acto, pero a la vez establecer las circunstancias fácticas, esto es, las condiciones de modo, tiempo y lugar, en el que se materializa la transgresión, pues ante la ausencia de cualquiera de estos presupuestos, el operador judicial está obligado a denegar las súplicas de la suspensión de cara a su falta de motivación. (...). En ese orden, el “exceso” en que incurre la decisión de 2 de octubre de 2020, lo iteró, se cristaliza en el abrupto cambio del tratamiento dado a la medida cautelar elevada por el demandante en el trámite identificado con el número de radicado 2020-00012-01, frente a la que la mayoría de los miembros de la Sala admitió que cumplía con los presupuestos argumentales exigidos para su conocimiento de fondo, a pesar de que la revisión detenida del escrito de suspensión denotaba la ausencia de los motivos fácticos que, en sentir del peticionario, debían llevar a impedir la producción de efectos del acto acusado durante el plazo del juicio de legalidad formulado contra la elección del Concejal Hernández Betancourt. En otros términos, la Sala suplió intempestivamente las





deficiencias argumentativas del demandante del proceso 2020-00012-01, al dar por sentado el cumplimiento del presupuesto factual del concepto de violación. (...). Así, no podía la Sección Quinta del Consejo de Estado proceder al análisis de la suspensión provisional propuesta por la parte actora del proceso N°. 2020-00012-01, ante la inobservancia de los elementos necesarios para el efecto, generando la sensación de que para el conocimiento de esta medida cautelar tan solo basta la mención de las normas presuntamente infringidas, sin reseñar las circunstancias de modo, tiempo y lugar que materializan la transgresión; y sin remitir expresamente al concepto de violación de la demanda.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la suspensión provisional y que ésta se debe fundamentar en el concepto de violación de la demanda o en lo que el demandante sustente en escrito separado, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia de 11 de julio de 2013, auto de 11 de julio de 2013, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 11001-03-28-000-2013-00021-00. En cuanto a que la medida cautelar se debe fundar en el concepto de violación de la demanda o que el demandante la sustente en escrito separado, precisando que la petición debe tener argumentación específica y propia o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el mismo concepto de violación, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 11001-03-28-000-2014-00081-00, tesis reiterada en providencia de 18 de septiembre de 2014, Rad. No. 11001-03-28-000-2014-00099-00. Sobre la improcedencia de la solicitud de suspensión provisional por falta de concepto de violación de la medida cautelar, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Susana Buitrago Valencia, Rad. 11001-03-28-000-2014-00097-00; Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 18 de febrero de 2016, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 11001-03-28-000-2016-00014-00.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 95 NUMERAL 7 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 103 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

SALVAMENTO DE VOTO DE LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 50001-23-33-000-2020-00012-01

Actor: ALEJANDRO HERNÁNDEZ BETANCOURT Y OTRO

Demandado: DAVID FERNANDO BARBOSA POSADA - CONCEJAL DE VILLAVICENCIO, PERÍODO 2020-2023

Referencia: NULIDAD ELECTORAL

AUTO – SALVAMENTO DE VOTO





Con el debido respeto, manifiesto las razones por las cuales salvo mi voto respecto del auto de 2 de octubre de 2020, por medio del cual la Sección Quinta del Consejo de Estado revocó la providencia de 13 de marzo de esta anualidad, con la que el Tribunal Administrativo del Meta decretó la suspensión provisional de los efectos del acto declarativo de la elección del señor **DAVID FERNANDO BARBOSA POSADA**, como Concejal del Municipio de Villavicencio para el periodo 2020-2023, empleando para ello la cuerda argumental que sigue:

I. DE LOS PUNTOS SOBRE LOS QUE RECAE LA DISIDENCIA

Como se desprende de los antecedentes del proveído que genera este voto disidente, la elección del demandado como Concejal de Villavicencio fue cuestionada a través del ejercicio de 2 demandas de nulidad electoral, identificadas con los números de radicado 2020-00012-01³⁵ y 2020-00022-01³⁶.

En ellas, los accionantes inculparon al accionado de haber incurrido en la inhabilidad descrita en el ordinal 2° del artículo 40³⁷ de la Ley 617 de 2000, pues, dentro de los 12 meses anteriores a su elección, el señor **BARBOSA POSADA** había fungido como Director de Apoyo a la Gestión al interior de la Alcaldía de Villavicencio, con competencias que comportaban autoridad administrativa.

Las demandas fueron acompañadas de **escritos separados** en los que se solicitó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, y cuya presentación dio lugar a la expedición del auto de 13 de marzo de 2020, mediante el cual el *a quo* accedió a la pretensión suspensiva de los actores.

Así, la decisión de 2 de octubre de 2020 –que motiva este salvamento de voto– resolvió el recurso de apelación formulado por el demandado contra la determinación referida, revocándola, bajo el argumento de que, contrario a lo expuesto por el Tribunal, el ejercicio de autoridad administrativa por parte del Director de Apoyo a la Gestión de Villavicencio no resultaba del todo claro en esta primigenia etapa del proceso, tal y como se desprendía del análisis detallado de las funciones atribuidas a ese cargo.

Bajo ese panorama, y como lo manifesté en los debates que precedieron la adopción mayoritaria de esa decisión, encontré que la providencia de 2 de octubre de 2020 dio por acreditada la carga argumentativa propia de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto, a pesar de que la solicitud cautelariva elevada por el demandante del proceso N°. 2020-00012-01³⁸, no cumplía, a decir verdad, con las previsiones contenidas en el artículo 231 del CPACA, por lo que consideré que el auto proferido por la Sala incurrió en un exceso, desconocedor de la jurisprudencia de esta Corporación.

En ese orden, las consideraciones de este salvamento de voto se centrarán en explicar la situación enunciada, como paso a hacerlo enseguida:

II. DEL “EXCESO” EN EL QUE INCURRIÓ LA DECISIÓN

Observé durante las discusiones de la Sala Virtual de 2 de octubre de 2020 que la decisión de la mayoría de los integrantes de la Sección Quinta, reflejada en el auto de esa fecha, desconocía el tratamiento jurisprudencial que a la suspensión

³⁵ Actor: Alejandro Hernández Betancourt.

³⁶ Actora: Omaira Lizeth Velásquez Rojas.

³⁷ Modificadorio del artículo 43 de la Ley 136 de 1994.

³⁸ Señor Alejandro Hernández Betancourt.





provisional de los efectos del acto censurado había ofrecido durante años³⁹ esta Sala.

En efecto, expresé que la revocación de la providencia dictada por el Tribunal Administrativo del Meta, lejos de fundamentarse en razones que giraban en torno a la certeza o no del ejercicio de autoridad administrativa por parte del demandado en esa fase temprana del trámite, debía concentrarse en la falta de motivación de las medidas cautelares deprecadas por los demandantes, ya que, como correctamente lo había indicado el demandado en su recurso de apelación, las cautelas solicitadas no habían sido sustentadas conforme lo exigía la ley procesal y el derecho pretor construido por la Sección Quinta.

Así las cosas, estimé que la decisión de 2 de octubre de 2020 suplía, de forma desconocida, la carga argumentativa que pacíficamente había sido exigida a los solicitantes de la suspensión provisional de los efectos de los actos de elección demandados, al superar la inexistencia del concepto de violación sobre el que se cimentaba una de las dos peticiones cautelares –aquella del proceso N°. 2020-00012-01– en una dinámica de “excesos”, que podía ser agrupada a otro tipo de inconsistencias advertidas en causas judiciales del pasado, en las que, v. gr., la Sala aceptó que cuando la medida cautelar estaba contenida en la demanda, así el actor no lo expusiera de manera expresa, la sustentación de la suspensión provisional sería la argumentación formulada en el mismo escrito inicial⁴⁰.

Y es que con base en las novedades normativas traídas por la Ley 1437 de 2011, especialmente en materia de medidas cautelares⁴¹, la Sala Especializada en Asuntos Electorales del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que, habida cuenta del principio dispositivo⁴² que orienta este tipo de instrumentos procesales –y que impide en principio su decreto oficioso–, la suspensión provisional de los efectos del acto demandado debe estar siempre mediada por el concepto de violación esgrimido por el demandante, dotando de liberalidad el cumplimiento de esta exigencia, como quiera que el solicitante podrá fundarse en aquel expuesto en la demanda o en el que sea plasmado en un escrito separado.

Así, la Sección afirmó en providencia de 11 de julio de 2013:

“Entonces, la nueva norma [CPACA] precisa que: 1°) La medida **cautelar se debe solicitar, ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado.** Exige que la petición contenga una sustentación específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el mismo concepto de violación. 2°) La procedencia de la suspensión provisional de los

³⁹ Por lo menos, desde la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, como se demostrará enseguida.

⁴⁰ Aclaración de voto a: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2020-00045-00. Auto de 12 de marzo de 2020. Demandados: LAURA ANDREA RAMOS Y OTRO, Representantes de las Entidades Sin Ánimo de Lucro ante el Consejo Directivo de CARDER.

⁴¹ Por ejemplo, la expansión del catálogo de las medidas que pueden ser adoptadas por los jueces contencioso–administrativos o la supresión de la expresión de “manifiesta infracción” para el decreto de la suspensión provisional de los efectos del acto demandado. Ver, en ese sentido: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2020-00057-00. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Auto de 3 de septiembre de 2020. Todo ello con fundamento en los artículos 229 y s.s. de la Ley 1437 de 2011.

⁴² Respecto de éste, la Corte Constitucional ha enseñado: “En términos generales puede decirse que el *modelo dispositivo* caracterizó la configuración de los códigos desde el liberalismo clásico hasta bien entrado el siglo XX, bajo una concepción privatista e individualista de los fines del proceso donde se acentuó la capacidad de las partes para dar inicio, impulsar y llevar a su culminación las diligencias judiciales.” C-086 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio P.





efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la violación de las disposiciones invocadas surge, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal -cuando el proceso apenas comienza-, como conclusión del: i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.”⁴³ (Negrilla y subrayas fuera de texto)

De lo anterior se tiene que, para esta Sala de Decisión, el concepto de violación de la medida cautelar ha sido un requisito indispensable que permite al operador judicial conocer los motivos de tipo normativo y fáctico sobre los que las partes sustentan sus peticiones suspensivas, y que pueden conllevar excepcionar el carácter ejecutivo y ejecutorio⁴⁴ de los actos administrativos y, por ende también, estos atributos respecto del acto electoral.

En ese mismo orden, la Sección Quinta ratificó, en providencia de 13 de agosto de 2014⁴⁵, esta misma *ratio* que, incluso, ha sido replicada en nuestros días⁴⁶:

“...las disposiciones precisan que **la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado o en la misma demanda**, pero en todo caso que sea **específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación y ii)** al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud” (Negrilla fuera de texto).

Lejos de constituirse en un producto del azar, la obligación de sustentar en debida forma los pedimentos de suspensión provisional responde a 2 de los más importantes referentes axiológicos que gobiernan el desarrollo de las competencias constitucionales y legales que han sido atribuidas a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues, por un lado, se muestra como una de las expresiones del principio de la jurisdicción rogada que impone que los demandantes esbocen las cuerdas argumentales sobre las que pretenden quebrar la presunción de legalidad de los actos administrativos⁴⁷; por otro, se presenta como una manifestación del deber de colaboración de quienes pretenden acceder a la administración de justicia para la resolución de sus asuntos litigiosos,

⁴³ Auto de 11 de julio de 2013, Rad. No. 11001-03-28-000-2013-00021-00, actor: Tito Llerena Salazar, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁴⁴ Art. 89 del CPACA: “Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional.”

⁴⁵ Rad. No. 11001-03-28-000-2014-00081-00. Actor: Juan Sebastián Franco Reyes. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Tesis reiterada en providencia de 18 de septiembre de 2014, Rad. No. 11001-03-28-000-2014-00099-00, actor: Moisés Orozco Vicuña.

⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2020-00057-00. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Auto de 3 de septiembre de 2020.

⁴⁷ Corte Constitucional. SU-061 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.





estatuado en el numeral 7° del artículo 95⁴⁸ de la Constitución de 1991 y reproducido en el inciso final del artículo 103⁴⁹ del CPACA.

En ese orden, la ausencia del concepto de violación de la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto ha llevado a esta Sala, en reiteradas ocasiones⁵⁰, a desestimar la procedencia de este tipo de solicitudes.

Al respecto, la Sección negó, mediante providencia de 18 de febrero de 2016, la suspensión provisional del acto de elección del rector de la Universidad de Córdoba, periodo 2015-2018, al considerar que el actor omitió sustentarla o remitir al concepto de la violación de la demanda, en los términos que se reproducen enseguida:

“Conviene precisar, que el actor propuso en el escrito de demanda la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto acusado únicamente en los siguientes términos:

“Honorable Magistrado, solicitamos que decrete la suspensión provisional de los actos administrativos contenidos en el Acuerdo N. 118 de fecha diciembre 18 de 2015, expedido por el Consejo Superior de la Universidad de Córdoba ´por el cual se designa al señor Jairo Torres Oviedo como rector de la Universidad de Córdoba, Código 0045, Grado20, para un periodo de tres años, a partir del 19 de diciembre de 2015` y el Acta de Posesión de fecha diciembre 18 de 2015 “Por el cual el señor Jairo Torres Oviedo, toma posesión del cargo de rector de la Universidad de Córdoba, Código 0045, Grado 20, designado por el Acuerdo N. 118 de fecha diciembre 18 de 2015”.

Resulta evidente que la parte demandante **omitió cumplir con la carga de sustentar su petición de suspensión provisional y tampoco anunció que para estos efectos la Sala se remitiera a los fundamentos de la demanda, situación que impone que su solicitud sea desestimada pues, el incumplimiento de este requisito deviene en el desconocimiento de las razones normativas y fácticas por las cuales se pretende que los efectos jurídicos del acto de designación acusado deben ser suspendidos**⁵¹. (Negrilla y subraya fuera de texto)

Nótese que el incumplimiento de la carga argumentativa imputable al solicitante de la medida se traduce, a juicio de la Sección, en el desconocimiento no solo de los fundamentos normativos que explican la petición cautelar, sino a la vez en la incomprensión de su sustento fáctico, en una exigencia dual que busca que, además de la identificación de las disposiciones normativas presuntamente vulneradas por los actos acusados, los usuarios de la administración de justicia expongan los hechos que le adviertan al juez la necesidad de decretar la suspensión de sus efectos con el propósito de proteger el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia⁵².

⁴⁸ “Son deberes de la persona y del ciudadano: (...) 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia...”.

⁴⁹ “Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código.”

⁵⁰ Rad. No. 11001032800020140009700, actor: Fabián Leonardo Reyes Porras, M.P. Susana Buitrago Valencia.

⁵¹ Auto de 18 de febrero de 2016, Rad. No. 11001-03-28-000-2016-00014-00, Actor: José Gabriel Flórez Barrera, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁵² Art. 229 CPACA.





De esta forma, y a la manera como sucede con el concepto de violación de la demanda⁵³, el sustrato argumentativo que caracteriza al pedimento cautelar debe conjugar en su contenido la referencia a las normas vulneradas por el acto, pero a la vez establecer las circunstancias fácticas, esto es, las condiciones de modo, tiempo y lugar, en el que se materializa la transgresión, pues ante la ausencia de cualquiera de estos presupuestos, el operador judicial está obligado a denegar las súplicas de la suspensión de cara a su falta de motivación, como incluso fue aceptado en la providencia generadora de la disidencia que, al desestimar la pretensión cautelariva en el proceso N°. 2020-00022-01, refirió:

“77. Al no contener la solicitud de suspensión provisional **los fundamentos de hecho, de derecho y el sustento fáctico en que se sustenta**, no es viable su estudio ya que no es factible hacer un pronunciamiento oficioso de ésta conforme la regla establecida en el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

En ese orden, el “exceso” en que incurre la decisión de 2 de octubre de 2020, lo itero, se cristaliza en el abrupto cambio del tratamiento dado a la medida cautelar elevada por el demandante en el trámite identificado con el número de radicado 2020-00012-01, frente a la que la mayoría de los miembros de la Sala admitió que cumplía con los presupuestos argumentales exigidos para su conocimiento de fondo, a pesar de que la revisión detenida del escrito de suspensión denotaba la ausencia de los motivos fácticos que, en sentir del peticionario, debían llevar a impedir la producción de efectos del acto acusado durante el plazo del juicio de legalidad formulado contra la elección del Concejal **HERNÁNDEZ BETANCOURT**.

En otros términos, la Sala suplió intempestivamente las deficiencias argumentativas del demandante del proceso 2020-00012-01, **al dar por sentado el cumplimiento del presupuesto factual del concepto de violación** de esta medida, aunque las referencias efectuadas por el accionante en su memorial tan solo se refirieron a:

- Las normas constitucionales y legales que regulan la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.
- Precisiones jurisprudenciales en torno del régimen de inhabilidades y el medio de control de nulidad electoral.
- La invocación de las normas presuntamente violadas por el acto.
- Las pruebas enlistadas con la demanda.

Para posteriormente concluir su petición en los siguientes términos:

“La violación de los anteriores preceptos normativos, se materializa en que el Estado Colombiano a través de la expedición del Acto Administrativo E- 26 y E- 27 está permitiendo la elección de una persona que no cumple con las calidades para ser Concejal de la ciudad de Villavicencio, toda vez, que para el momento de la elección se encontraba inhabilitado; Circunstancia grave para los fines constitucionales del Estado, pues va en contra de la moralidad pública, de la igualdad en certámenes electorales, y de la correcta integración de las instituciones del país.”

⁵³ Para profundizar en el concepto de violación de la demanda, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2014-00111-00(S). M.P. Alberto Yepes Barreiro. Auto de Sala de 11 de diciembre de 2014.





Así, no podía la Sección Quinta del Consejo de Estado proceder al análisis de la suspensión provisional propuesta por la parte actora del proceso N°. 2020-00012-01, ante la inobservancia de los elementos necesarios para el efecto, generando la sensación de que para el conocimiento de esta medida cautelar tan solo basta la mención de las normas presuntamente infringidas, sin reseñar las circunstancias de modo, tiempo y lugar que materializan la transgresión; y sin remitir expresamente al concepto de violación de la demanda.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones que me llevaron a apartarme del auto de 2 de octubre de 2020.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ.
Magistrada

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”

