



Sentencia 02812 de 2005 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

FUNCIONARIO DE HECHO - Eventos en que se considera su existencia

Se considera que el funcionario de hecho existe en los casos siguientes: a) cuando sin nombramiento ni elección conocidos, un individuo desempeña un puesto público bajo tales circunstancias de reputación o aquiescencia que inducen al público a considerarlo como funcionario legítimo; b) cuando la elección o el nombramiento han existido y son válidos, pero el funcionario ha dejado de cumplir un requisito o condición legal; c) cuando ha habido elección o nombramiento pero el funcionario es inelegible, o falta competencia al órgano que lo nombró o eligió o hubo irregularidad o defecto en el ejercicio de la competencia, y esas circunstancias son desconocidas por el público, y d) cuando el nombramiento o elección se han hecho de acuerdo con una ley que más tarde es declarada inconstitucional.

NULIDAD ELECCION DE CONCEJAL - Procedencia. Ejercicio de autoridad administrativa por funcionario de hecho / FUNCIONARIO DE HECHO - Concepto. Validez de los actos. Inhabilidades. Falta de posesión en el cargo / INHABILIDAD DE CONCEJAL - Ejercicio de autoridad administrativa. Desempeño de cargo como funcionario de hecho / POSESION - Ausencia de prueba genera existencia de funcionario de hecho

El problema que el apelante planteó a la Sala, es el de determinar si el demandado se desempeñó como empleado de hecho, si es posible jurídicamente que un funcionario de esta categoría incurra en la inhabilidad examinada y si en el caso que nos ocupa están probados los presupuestos fácticos de la misma. La doctrina, así como la jurisprudencia de esta Sección han definido a los funcionarios de facto o de hecho, como aquellos que carecen de investidura o que la tienen, pero de manera irregular, desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado y tienen los mismos derechos salariales y prestacionales que el régimen jurídico vigente reconoce a los funcionarios de iure. Los actos administrativos expedidos por ellos son válidos y están amparados por la presunción de legalidad, porque se consideran como si hubieran sido expedidos por funcionarios de derecho y porque ejercen sus funciones en condiciones de plena verosimilitud, tal como lo hacen éstos, de modo que la opinión general cree razonablemente que se trata de funcionarios investidos válidamente de función pública. Igualmente, ha reconocido esta Sección, que los funcionarios de hecho están sujetos a las mismas inhabilidades que corresponden al funcionario de derecho; conforme a lo anterior, están sujetos los empleados de hecho a la inhabilidad prevista por el numeral 2º del artículo 40 de la ley 617. Por ello procederá la Sala a examinar el acervo probatorio para determinar si están demostrados los presupuestos fácticos de la inhabilidad que ocupa su atención. Aunque está probado que el demandado fue nombrado como Gerente encargado del IMEBU, no existe en el proceso prueba alguna que acredite su posesión, razón por la cual puede concluirse verosímilmente que esta no se produjo. Tal circunstancia revela una forma irregular de vinculación del demandado al cargo de Gerente del IMEBU, no obstante lo cual lo ejerció efectivamente desde el día 22 de enero de 2003 hasta el 28 de febrero del mismo año, tal como se acreditó mediante el material probatorio incorporado al proceso. Entrañan el ejercicio de autoridad administrativa, las funciones, atribuidas al cargo que desempeñó el demandado, tales como la dirección del IMEBU, la competencia para celebrar contratos, ordenar gastos y nombrar y remover al personal de la entidad, para señalar las más sobresalientes. Está probado también en el proceso que las funciones de Gerente encargado del IMEBU las desempeñó el demandado en el periodo comprendido entre el 21 de enero de 2003. Y este periodo está comprendido dentro de los doce meses anteriores a la fecha en que se realizó la elección del demandado, 26 de octubre de 2003, presupuesto de la inhabilidad establecida en el numeral 2º del artículo 40 de la ley 617 de 2000. Conforme a los criterios jurisprudenciales expuestos antes, el demandado se desempeñó como un funcionario de hecho en cuya investidura se advierte la irregularidad de no haber tomado posesión del cargo, o no haberse probado esta; no obstante lo anterior, tuvo los mismos derechos y obligaciones de un empleado de derecho, los actos que expidió tuvieron pleno valor y estuvo sujeto a las inhabilidades predicables de los empleados de iure. Como los presupuestos fácticos de la inhabilidad establecida en el numeral 2º del artículo 40 de la ley 617 de 2000 están probados se dará prosperidad al cargo examinado, razón por la cual habrá de revocarse la decisión apelada y en su lugar se declarará la nulidad de la elección demandada.

NOTA DE RELATORIA: Auto 1090 de 13 de enero de 1994. Sección Quinta. Ponente: Dr. Amado Gutiérrez Velásquez. Actor: Otoniel Parra Trujillo. Demandado: Alcalde de Tello.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: REINALDO CHAVARRO BURITICA

Bogotá, D. C., trece (13) de octubre de dos mil cinco (2005)

Rad. No.: 68001-23-15-000-2004-02812-01(3816)

Actor: CESAR AUGUSTO ORDUZ BARRERA

Demandado: CONCEJAL DEL MUNIICPIO DE BUCARAMANGA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de siete (7) de febrero de 2005, dictada por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda.

El demandante, en ejercicio de la acción de nulidad electoral, solicitó que se declare la nulidad de la elección de Henry Gamboa Meza como concejal del Municipio de Bucaramanga para el periodo 2004 - 2007, contenida en las actas general de escrutinio y parcial de escrutinio de votos para Concejo, suscritas por los miembros de la Comisión Escrutadora Municipal de esa localidad el 13 de noviembre de 2003; que se ordene la cancelación de la credencial que lo identifica como concejal de Bucaramanga para el periodo señalado, se ordene llamar a quien deba reemplazarlo en los términos del artículo 226 del C. C. A., y se le otorgue la respectiva credencial.

Para fundamentar fácticamente la demanda manifestó que la Comisión Escrutadora Municipal de Bucaramanga, el 13 de noviembre de 2003, declaró elegido al demandado como concejal de esa localidad y que éste incurrió en las inhabilidades previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 40 de la ley 617 de 2000, en concordancia con los artículos 189 y 190 de la ley 136 de 1994, porque se desempeñó como Jefe de la Oficina Asesora de Planeación Municipal de Bucaramanga durante el año 2002 y hasta el 20 de enero de 2003, ejerciendo las funciones que le asignó la Resolución 008 de 15 de enero de 2003 expedida por el Alcalde de Bucaramanga; que fue nombrado mediante Decreto No. 021 de 17 de enero de 2003 en el cargo de Asesor del Despacho del Alcalde Municipal de Bucaramanga, en el cual se posesionó el 20 de enero del mismo año y que mientras se desempeñaba en el cargo anterior estuvo encargado como Gerente del Instituto Municipal del Empleo y Fomento Empresarial de Bucaramanga - IMEBU -, durante el año 2003, tal como consta en las actas de las sesiones de la Junta Directiva de dicha entidad, ejerciendo las funciones establecidas en el artículo 21 del acuerdo 030 de 19 de diciembre de 2002; que se desempeñó también en el cargo de Secretario Administrativo del Municipio de Bucaramanga, cuyas funciones son las establecidas en el Decreto municipal 175 de 5 de octubre de 2001, entre las cuales figuran las de firmar los acuerdos municipales antes de la sanción del Alcalde y conceder vacaciones a sus subalternos.

Agregó que, de acuerdo con los artículos 5 y 6 del Decreto 0254 de 28 de diciembre de 2001, se creó la estructura administrativa del Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Bucaramanga - INVISBU -, y se determinaron sus funciones generales, y que el demandado, durante el año anterior a su elección como concejal, intervino en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal "o en la celebración de contratos con entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros siempre que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio".

Invocó como normas violadas los artículos 2, 4, 6 y 95 de la Constitución; 84 y 223 del C. C. A., y 40 de la ley 617, numerales 2 y 3.

Como concepto de la violación manifestó que el numeral 2º del artículo 40 de la ley 617 de 2000 establece que "no podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital, 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 gastos en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito" y que el demandado incurrió en las

inhabilidades descritas, porque dentro de los 12 meses anteriores a su elección como Concejal de Bucaramanga se desempeñó en varios cargos que le otorgaron autoridad política y dirección administrativa, tales como Jefe de la Oficina Asesora de Planeación, Gerente del IMEBU y Secretario Administrativo, situación que le permitió obtener ventaja frente a los demás candidatos al Concejo.

Que al desempeñar los cargos anteriores el demandado también incurrió en la inhabilidad prevista por el inciso 3º del artículo 40 de la ley 617 de 2000.

Por las mismas consideraciones de hecho y de derecho solicitó la suspensión provisional del acto acusado.

2. Contestación de la demanda.

El demandado, mediante apoderado, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal (226 a 254 del cuaderno No. 2) y se opuso a las pretensiones de la misma, admitió haber sido elegido concejal de Bucaramanga en la fecha y para el periodo que indicó el demandante y afirmó que reunió las calidades para ser elegido concejal y que no incurrió en las causales de inhabilidad que establecen los numerales 2 y 3 del artículo 40 de la ley 617 de 2000.

Sostuvo que las pruebas aducidas no guardan relación con el concepto de la violación y que el demandante no explicó los fundamentos fácticos de las normas que considera violadas; que el numeral 3º del artículo 40 de la ley 617 de 2000 no fue violado porque el mismo establece una inhabilidad para quienes no tienen la calidad de funcionarios y que él se desempeñó, dentro del año anterior a la elección, como Asesor de Planeación y Asesor del Despacho del Alcalde; que tampoco violó el numeral 2º de la norma mencionada, aunque se haya desempeñado en los empleos anteriores, porque todos los ciudadanos tuvieron la oportunidad de impugnar el acto de su inscripción como candidato ante el Registrador Nacional o sus delegados y el mismo no fue impugnado y porque no es cierto que el cargo de Jefe de la Oficina Asesora grado 05 ni de Asesor del Despacho del Alcalde entrañen el ejercicio de autoridad política, pues ésta corresponde ejercerla a los alcaldes como jefes de la administración municipal, a los secretarios de las alcaldías y a los jefes de departamentos administrativos; que no ejerció autoridad administrativa, porque el legislador no estableció la inhabilidad relacionada con su ejercicio para quienes desempeñaran funciones transitorias que tuvieran relación directa con las actividades desarrolladas por los servidores señaladas en el artículo 190 de la ley 136 de 1994, como sí lo hizo respecto de la autoridad política y que no procede en estas materias la aplicación de normas por analogía; que tampoco ejerció dirección administrativa al desempeñarse como Jefe de la Oficina Asesora de Planeación porque dicho cargo no es de aquellos que, según el artículo 190, la tienen atribuida. Negó haber desempeñado el cargo de Gerente encargado del IMEBU, aunque admitió haber actuado como Secretario de dicho instituto, porque no tenía estatutos y a él lo designaron para elaborar el acta en la que se hacía constar lo discutido, pero que no tomó ninguna decisión política ni ejerció dirección administrativa y que no es cierto que como Secretario Administrativo haya concedido vacaciones ni intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas.

Adujo que la demanda es inepta porque no contiene los requisitos establecidos por los artículos 137 y 229 del C. C. A., puesto que el demandante solicitó la declaración de nulidad de la elección del demandado, que considera un acto intermedio, y no la del que declara la elección, que es el acto administrativo definitivo que debió demandarse, y porque la copia autenticada de éste último con constancia de su publicación, notificación y ejecutoria, no se aportó al proceso. Agregó que el demandante no invocó en el concepto de la violación el artículo 40 numerales 2 y 3 de la ley 136 de 1994 y que como la Jurisdicción Contencioso Administrativa tiene carácter rogado debió rechazarse la demanda, pues no se individualizó el acto acusado y no se explicó el concepto de la violación.

Sostuvo que no estaba inhabilitado para ser elegido concejal, porque es común en la administración pública, para evitar que esta se paralice, que algunos funcionarios que trabajen en una dependencia sean enviados a reuniones de los concejos directivos a representar a otros por el término de una reunión sin que previamente se dicte un acto administrativo de encargo, y que ello no significa que el primero tenga asignada autoridad política ni dirección administrativa; que en su caso particular asistió a una sesión del Consejo Directivo del Instituto Municipal de Empleo y Fomento Empresarial de Bucaramanga el 21 de enero de 2003 donde se limitó a oficiar como Secretario.

Negó haber incurrido en la inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 40 de la ley 617 de 2000 y afirmó que no está probado que haya gestionado negocios ni celebrado contratos en interés propio o de terceros.

3. Actuación procesal.

El Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda y decretó la suspensión provisional del acto acusado mediante auto de 30 de enero de 2004 (fs. 215 a 219 del cuaderno No. 2), el cual fue notificado personalmente al Agente del Ministerio Público (f.219 ibídem) y al demandado (f. 222 ibídem), y fijado en edicto en secretaría durante cinco días (fs. 220, 223 y 224 ibídem,). El demandado apeló el auto anterior (fs. 244 a 254 ibídem), que fue revocado por esta Sección del Consejo de Estado (fs. 260 a 271 ibídem). El Tribunal fijó en lista el proceso durante el término legal (fs.260 del cuaderno No. 1), abrió el proceso a pruebas mediante auto de 2 de julio de 2004 (fs. 262 a 265 ibídem), y mediante auto de 1º de octubre de 2004 dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y entregar el expediente al Agente del Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f.302 ibídem).

4. Alegatos

El demandado, en sus alegatos de conclusión (fs. 303 a 310 del cuaderno No. 1), reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y sostuvo que no están probados los hechos que constituyen los presupuestos fácticos de las normas que se citaron como violadas; que si bien es cierto que el documento fechado el 30 de abril de 2003 contiene su firma, no prueba su desempeño como Secretario Administrativo de la Alcaldía, porque él la estampó como constancia de haber recibido un acuerdo del Concejo dirigido al Alcalde y con ello no ejerció autoridad alguna.

Afirmó que, en el supuesto de que hubiera oficiado como Gerente encargado del IMEBU, lo hizo como funcionario de hecho, sin que hubiera existido acto administrativo que lo encargara; que no ejerció "actos de orden administrativo y político" y que tampoco ostentó el cargo de Secretario de Despacho, porque si bien se aportaron al proceso documentos suscritos en tal condición, no se aportaron al mismo los actos administrativos que efectuaron tales nombramientos ni los documentos que acreditaran su posesión.

El apoderado del demandante afirmó, por su parte, que está probado que el demandado se desempeñó como Gerente del IMEBU durante el año anterior a la elección; que según el testimonio del Doctor César Augusto Romero Molina (f.266 del cuaderno No. 1) aquél participó en dos sesiones del Consejo Directivo del IMEBU en representación del Alcalde y fue Secretario del mismo; que en la Inspección Judicial se incorporaron al proceso oficios suscritos por el demandado en su condición de Gerente encargado del IMEBU fechados el 21 de enero de 2003, así como el Acuerdo 02 de 2003 mediante el cual se adoptó el presupuesto de rentas y gastos de esa entidad, suscrito por el demandado en la misma condición; que el acto administrativo de nombramiento y la posesión del demandado se ocultaron para aparentar que actuó como un funcionario de hecho, pues hasta el 11 de marzo de 2003, fecha en que se posesionó Augusto Alejandro Rueda González como Director del IMEBU, dicho cargo fue desempeñado por aquél.

5. Concepto del Ministerio Público.

El Agente del Ministerio Público solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda porque consideró que el demandado no incurrió en la inhabilidad prevista por el numeral 2º del artículo 40 de la ley 617 de 2000.

Aunque consideró probado que el demandado fue elegido concejal de Bucaramanga para el periodo 2004 -2007 y que éste se desempeñó como Jefe de la Oficina Asesora de Planeación, Nivel Asesor, y como Asesor del Despacho del Alcalde, Nivel Asesor, Código 209, Grado VI, dentro de los dos años anteriores a su elección como concejal de Bucaramanga, en el desempeño de tales destinos no ejerció autoridad política, civil ni administrativa, pues dichos cargos, ni las funciones que tienen asignadas de acuerdo con el certificado expedido por el Secretario Administrativo de la Alcaldía de Bucaramanga, corresponden a los que entrañan su ejercicio conforme a los artículos 188, 189 y 190 de la ley 136 de 1994.

Consideró que tampoco debe prosperar el cargo relacionado con la inhabilidad establecida en el numeral 3º del artículo 40 de la ley 617 de 2000, porque el hecho que presuntamente dio lugar a la misma, la designación del demandado como Gerente del IMEBU dentro del año anterior a su elección como concejal de Bucaramanga, no se probó, puesto que el demandante no aportó al proceso copias de los actos de nombramiento y posesión que demuestren el acceso del primero al servicio público y tampoco pudieron allegarse al proceso mediante la práctica de inspección judicial. Y como algunos documentos incorporados al expediente demuestran que el demandado realizó algunos actos en los que se identificó como Gerente del IMEBU no es posible establecer si actuó como funcionario de facto o como impostor.

Estimó finalmente que el ejercicio del cargo de Secretario Administrativo de la Alcaldía no se probó con la copia de un acuerdo municipal dirigido al Alcalde Municipal que el demandado firmó, porque dicha firma constituye una mera constancia de haber sido recibida en la Secretaría Administrativa de la Alcaldía.

6. La sentencia apelada.

Es la de siete (7) de febrero de 2005, dictada por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda (fs. 324 a 349 del cuaderno No. 1).

El a-quo negó prosperidad al impedimento procesal de ineptitud sustantiva de la demanda alegado por el demandado, porque consideró que el demandante sí solicitó la nulidad del acto que declaró la elección y aunque admitió que éste no explicó el concepto de la violación de los numerales 2 y 3 del artículo 40 de la ley 136 de 1994, tal circunstancia no impide que el juez contencioso administrativo la interprete para hacer efectivo el derecho sustancial. Tampoco dio prosperidad al impedimento mencionado por el hecho de que el demandante no hubiera aportado copia auténtica del acto acusado con constancia de su publicación, notificación y ejecución, porque éste pidió en la demanda que el Tribunal la solicitara, hecho lo cual, la Delegación Departamental de la Registraduría Nacional del Estado Civil la remitió al proceso.

Estimó que la denominada “excepción de inexistencia de inhabilidades” propuesta por el demandado es en verdad un argumento de defensa, por lo que decidió estudiarlo con el fondo del asunto, y excluyó de su análisis la presunta violación del numeral 3º del artículo 40 de la ley 617 de 2000 porque el demandante no explicó el concepto de la violación ni expuso los hechos que sirven de fundamento al cargo.

Al examinar la inhabilidad establecida en el numeral 2º del artículo 40 de la ley 617 de 2000 encontró probado que el demandado fue nombrado en el cargo de Jefe de la Oficina Asesora de Planeación Municipal de Bucaramanga mediante Decreto 02 de 1º de enero de 2001, se posesionó en la misma fecha y se desempeñó en el mismo hasta el 20 de enero de 2003 y que también fue nombrado en el cargo de Asesor del Despacho del Alcalde mediante Decreto 021 de 17 de enero de 2003, en el que se posesionó el 20 de enero de 2003 y que lo desempeñó hasta el 3 de agosto del mismo año, y concluyó que no ejerció autoridad civil, política, ni administrativa, porque los cargos anteriores y las funciones que tienen asignadas no son de aquellos que conforme a los artículos 188, 189 y 190 de la ley 136 de 1994 entrañen su ejercicio.

Consideró que la copia de un acuerdo municipal dirigido al Alcalde, que el demandado firmó como constancia de haberlo recibido en la Secretaría Administrativa, no demuestra que éste se hubiera desempeñado como jefe de esa dependencia.

Y que, aunque estaba probado que el demandado ejerció funciones propias de Gerente del IMEBU, no se demostró que hubiera sido nombrado ni que se hubiera posesionado en ese cargo, por lo que “al parecer se desempeñó en el mismo en virtud de una investidura irregular o de una simple anexión de funciones, circunstancia que tampoco fue demostrada”.

Agregó que la condición de empleado es un presupuesto de la inhabilidad examinada que solo se adquiere mediante la expedición de un acto administrativo de nombramiento y la posesión del nombrado en un empleo que haga parte de una planta de personal, y que tal condición no se probó en el proceso, pues el certificado expedido por el Gerente del IMEBU que obra en el proceso indica que no se encontró en los archivos de la entidad copia del acto de nombramiento ni de la posesión del demandado como Gerente de esa entidad ni constancia de pago a su favor; que tampoco se obtuvo prueba alguna de los actos mencionados en la Inspección Judicial practicada por el a-quo y que si bien el testigo César Augusto Romero Molina sostuvo que el demandado actuó como Gerente del IMEBU, También declaró que no conoció el acto que lo designó como tal ni el acta de su posesión. Aseveró además que tales actos, de conformidad con el artículo 34 del Decreto 1950 de 1973, eran necesarios aún en el evento de que el ejercicio del cargo de gerente se hubiera realizado a título de encargo.

Dispuso finalmente compulsar copias para que la justicia penal investigara si el demandado actuó como Gerente del IMEBU sin tener dicha condición.

7. La apelación.

El demandante apeló la sentencia de primera instancia y sustentó el recurso afirmando que, si bien la inhabilidad establecida en el numeral 2º del artículo 40 de la ley 617 de 2000 presupone la vinculación del demandado a un empleo y su posesión en el mismo, y conforme al artículo 122 de la Constitución dicho empleo debe hacer parte de una planta de personal y existir disponibilidad presupuestal para atender el servicio correspondiente, el artículo 53 constitucional establece el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en materia laboral, aplicable tanto al sector público como al privado; de modo que, si los actos de nombramiento y posesión del demandado fueron ocultados, la prueba del ejercicio del cargo de Gerente encargado del IMEBU debe ser suficiente para declarar la nulidad de su elección como concejal de Bucaramanga, haciendo prevalecer el derecho sustancial sobre las formas establecido en los artículos 229 y 230 de la Constitución, sin darle a actos formales como el nombramiento y la posesión la trascendencia que les dio el Tribunal.

El demandado, mediante apoderado, reiteró en el trámite de la segunda instancia los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, luego de advertir que el expediente estaba incompleto y que resultaba necesario solicitar al Tribunal que remitiera el cuaderno correspondiente al trámite de la suspensión provisional y su apelación, o en su defecto reconstruir el expediente, solicitó que se confirmara el fallo del a-quo.

Manifestó que no debía prosperar el cargo relacionado con la inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 40 de la ley 136 de 1994, porque aunque se probó que el demandado fue nombrado y se posesionó en los cargos de Jefe de la Oficina Asesora de Planeación y Asesor del Despacho del Alcalde, dentro de los doce meses anteriores a su elección como concejal de Bucaramanga, tales cargos y las funciones asignadas a ellos, conforme al certificado que expidió el Secretario Administrativo del Municipio de Bucaramanga, no corresponden a aquellos que de acuerdo con los artículos 188, 189 y 190 de la ley 136 de 1994 y la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado, entrañan el ejercicio de autoridad civil, política y administrativa.

De otra parte, consideró que no se probó que el demandado hubiera sido encargado de la Gerencia del IMEBU; que la suscripción de actas por parte de éste en condición de Secretario de esa entidad no tiene ningún respaldo legal y que como el Subgerente Administrativo y Financiero del IMEBU certificó que no fueron encontrados en los archivos el nombramiento ni el acta de posesión del demandado como Gerente encargado de esa entidad, ni constancias de pagos de salarios u otros emolumentos al mismo en tal calidad, su actuación debe entenderse como la de un usurpador. A la misma conclusión llegó al examinar el resultado de la inspección judicial practicada por el Tribunal.

Manifestó que la inhabilidad predicable del ejercicio de un empleo público tiene como presupuestos el acto de nombramiento y la posesión de quien ha sido designado para servirlo, de modo que las actuaciones que se encuentren fuera de la legalidad escapan del control de legalidad electoral. Agregó que en el caso que nos ocupa no se puede equiparar la situación del demandado a la de un funcionario de hecho, porque la misma supone una investidura irregular por defecto de origen o de causa, como cuando se nombra a un empleado que no reúne las calidades que exige la ley, o cuando inicialmente la investidura se otorga de manera regular y luego de que se pierde se siguen ejerciendo las funciones, bien por ministerio de la ley o por circunstancias de hecho no previstas en la misma, y el demandado nunca fue nombrado ni posesionado como Director del IMEBU, ni como Secretario Administrativo del Municipio de Bucaramanga.

Sostuvo finalmente que la inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 40 de la ley 617 de 2000 no se configuró, porque la misma no tiene como supuesto de hecho el ejercicio de empleos públicos y el demandado fue empleado del municipio dentro de los doce meses anteriores a su elección como concejal de Bucaramanga.

Antes de pasar a las consideraciones advierte la Sala que el Tribunal remitió el cuaderno No. 2 en el que se tramitó la solicitud de suspensión provisional del acto acusado que el Agente del Ministerio Público echó de menos y que éste fue recibido en Secretaría, tal como se advierte a folios 394 y 395 del cuaderno No. 1, por lo cual no resulta necesaria la reconstrucción del expediente y es posible proferir decisión de fondo sin más trámites.

CONSIDERACIONES

El demandante pretende que se declare la nulidad del acto administrativo que declaró la elección del demandado como concejal de Bucaramanga para el periodo 2004 - 2007, contenido en el acta parcial de escrutinio de votos para Concejo suscrita por los miembros de la Comisión Escrutadora Municipal de Bucaramanga el 13 de noviembre de 2003; que se ordene la cancelación de su credencial y se ordene llamar a su reemplazo, a quien se le deberá otorgar la credencial correspondiente.

Conforme a los cargos formulados, el demandado incurrió en la inhabilidad para ser elegido concejal establecida en el numeral 2º del artículo 40 de la ley 617 de 2000, porque ejerció autoridad civil, política y administrativa dentro de los doce meses anteriores a la fecha de su elección como concejal de Bucaramanga para el periodo 2004 - 2007, al desempeñarse como Jefe de la Oficina Asesora de Planeación Municipal de Bucaramanga, Asesor del Despacho del Alcalde de la misma localidad, Gerente encargado del Instituto Municipal del Empleo y Fomento Empresarial de Bucaramanga - IMEBU - y Secretario Administrativo del Municipio de Bucaramanga. E incurrió en la inhabilidad prevista en el numeral 3º de la norma anterior, porque dentro de los doce meses previos a la fecha de su elección gestionó negocios e intervino en la celebración de contratos en interés propio o de terceros que debían ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

El Tribunal denegó las pretensiones de la demanda, expresó que no haría pronunciamiento sobre la inhabilidad del numeral 3º del artículo 40 de la ley 136 de 1994 porque el demandante no indicó los hechos en que se fundamentaba el cargo y que la inhabilidad prevista en el numeral 2º de la norma mencionada no se configuró, puesto que los cargos de Jefe de la Oficina Asesora de Planeación Municipal de Bucaramanga y Asesor del Despacho del Alcalde que el demandado ocupó, así como las funciones que tenían asignados, no son de aquellos que conforme a los artículos 88, 89 y 90 de la ley 136 de 1994 y la jurisprudencia de esta Sección, entrañan el ejercicio de autoridad política, civil o administrativa. Y porque no se probó que el demandado se hubiera desempeñado como Secretario Administrativo del Municipio de Bucaramanga.

Estimó probado que el demandado ejerció funciones del cargo de Gerente del IMEBU, pero no que fuera nombrado ni encargado en ese empleo, por lo que lo consideró que probablemente se desempeñó como funcionario de hecho o usurpador, condición que impide que se configure la inhabilidad mencionada, pues ésta presupone la vinculación legal del demandado a un empleo público.

El apelante, aunque admitió que la inhabilidad examinada presupone la vinculación del elegido a un empleo mediante un acto de nombramiento y su posesión y que en el proceso tal vinculación no se demostró, afirmó que sí se probó que el demandado se desempeñó de hecho como Gerente encargado del IMEBU, por lo que para hacer cumplir los principios de primacía de la realidad sobre las formas en materia laboral y del derecho sustancial sobre los procedimientos, establecidos en los artículos 53, 229 y 230 constitucionales, debe declararse la inhabilidad, sin darle a actos formales como el nombramiento y la posesión la trascendencia que les dio el Tribunal.

El problema que el apelante planteó a la Sala y que ha ocupado a todos los sujetos procesales, es el de determinar si el demandado se desempeñó como empleado de hecho, si es posible jurídicamente que un funcionario de esta categoría incurra en la inhabilidad examinada y si en el caso que nos ocupa están probados los presupuestos fácticos de la misma.

El numeral segundo del artículo 40 de la ley 136 de 1994 establece lo siguiente:

ARTICULO 40. *De las inhabilidades de los concejales.* El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

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

...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..." (Las negrillas son de la Sala)

Para que se configure la inhabilidad anterior es preciso que se demuestren los siguientes presupuestos fácticos: 1). Que el demandado se desempeñó como empleado público dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección; 2). Que en tal condición y para nuestro caso, hubiera ejercido autoridad civil, política o administrativa, y 3). Que dicha autoridad se haya ejercido en el municipio en que fue elegido

concejal.

Antes de examinar si los presupuestos descritos están probados en el presente proceso, la Sala expondrá, a la luz de la jurisprudencia de esta corporación y de la ley 136 de 1994, los conceptos de autoridad política, civil y administrativa y determinará si los empleados de facto pueden incurrir en la inhabilidad objeto de estudio.

2.1. El ejercicio de la autoridad política, civil o administrativa.

Conforme al artículo 189 de la ley 136 de 1994 la autoridad política es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal y quienes ejerzan temporalmente los cargos anteriores.

La autoridad civil, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, en principio, es aquella que no implica el ejercicio de autoridad militar y puede en determinados casos concurrir con otras modalidades de autoridad, como la política y la administrativa¹; se confía a un servidor público por razón de sus funciones y consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección, que se ejerce sobre la generalidad de las personas y que se expresa mediante competencias reglamentarias, de designación y remoción de los empleados, o en potestades correccionales, disciplinarias o de imposición de sanciones distintas, o de control que comporte poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas...".²

El artículo 188 de la ley 136 de 1994 define la misma, en los siguientes términos:

"Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

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

En la sentencia de 5 de mayo de 2005, expediente 3681, se refirió esta Sección al concepto de autoridad administrativa, así:

"...Ha definido la jurisprudencia de esta Corporación la autoridad administrativa, como los poderes decisorios, de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad, inherente al ejercicio de empleos públicos, sea que éstos correspondan a la administración nacional, departamental o municipal, los órganos electorales o de control.³ y ha precisado que quien ejerce funciones de dirección administrativa, definida en el artículo 190 de la ley 136 de 1994, está investido de autoridad administrativa, sin perjuicio de reconocer que éste último concepto es más amplio porque comprende funciones de mando sobre los subordinados o la sociedad no incluidos en los indicados en la norma citada a título enunciativo.⁴ De modo que para determinar si aquella está presente, el fallador deberá recurrir a un análisis concreto de la ubicación del cargo en la estructura administrativa, de la naturaleza de las funciones atribuidas y del grado de autonomía del empleado de que se trate en la toma de decisiones..."⁵

Sobre la autoridad administrativa el artículo 190 *ibídem*, prescribe:

"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.

2.2. El concepto de funcionario de hecho y el régimen de inhabilidades.

La doctrina, así como la jurisprudencia de esta Sección han definido a los funcionarios de facto o de hecho, como aquellos que carecen de investidura o que la tienen, pero de manera irregular⁶, desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado⁷ y tienen los mismos derechos salariales y prestacionales que el régimen jurídico vigente reconoce a los funcionarios de iure. Los actos administrativos expedidos por ellos son válidos y están amparados por la presunción de legalidad, porque se consideran como si hubieran sido expedidos por funcionarios de derecho y porque ejercen sus funciones en condiciones de plena verosimilitud, tal como lo hacen éstos, de modo que la opinión general cree razonablemente que se trata de funcionarios investidos válidamente de función pública.⁸

Los doctrinantes y la Jurisdicción Contencioso Administrativo han aceptado la validez de los actos proferidos por los funcionarios de facto, en aras de la conservación del orden jurídico y las relaciones entre administración y administrados.⁹

Consideran además que el funcionario de hecho existe en los casos siguientes: a) cuando sin nombramiento ni elección conocidos, un individuo desempeña un puesto público bajo tales circunstancias de reputación o aquiescencia que inducen al público a considerarlo como funcionario legítimo; b) cuando la elección o el nombramiento han existido y son válidos, pero el funcionario ha dejado de cumplir un requisito o condición legal; c) cuando ha habido elección o nombramiento pero el funcionario es inelegible, o falta competencia al órgano que lo nombró o eligió o hubo irregularidad o defecto en el ejercicio de la competencia, y esas circunstancias son desconocidas por el público, y d) cuando el nombramiento o elección se han hecho de acuerdo con una ley que más tarde es declarada inconstitucional.¹⁰

Igualmente, ha reconocido esta Sección, que los funcionarios de hecho están sujetos a las mismas inhabilidades que corresponden al funcionario de derecho. Así lo sostuvo en el auto de 13 de enero de 1994, radicación número 1090, al examinar la inhabilidad que establecía el literal e), artículo 5º. de la Ley 78 de 1986, modificada por el Art. 1º, parágrafo segundo, de la Ley 49 de 1987 para "... quien dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial...", en los siguientes términos:

"...En lo que atañe al fundamento mismo del recurso, basta observar que la norma que se aduce violada de modo ostensible con el acto de elección no distingue si el desempeño del empleo oficial, dentro del término allí precisado, es de iure o de Facto. - Se limita a postular el desempeño de la función pública como factor inhabilitante cuando se presenta dentro del término de tres (3) meses anteriores a la elección. - Entonces, como la ley no distingue no le es permitido al juzgador hacer distinciones según lo predica la hermenéutica jurídica.

"Pero, además, a la conclusión dicha se llega por mera lógica, sin necesidad de elucubraciones o análisis. - Absurdo sería, por decir lo menos, que la inhabilidad sólo fuera aplicable a los empleados oficiales en ejercicio legal de la función, consagrando en contrario a una situación de privilegio en favor de los de hecho.-

Conforme a lo anterior, están sujetos los empleados de hecho a la inhabilidad prevista por el numeral 2º del artículo 40 de la ley 617, conforme al cual no podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

"...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".

Por ello procederá la Sala a examinar el acervo probatorio para determinar si están demostrados los presupuestos fácticos de la inhabilidad que ocupa su atención.

2.3. Análisis del acervo probatorio.

La declaración de la elección del demandado como Concejal de Bucaramanga para el periodo 2004 - 2007 está probada en el proceso mediante copias auténticas del acta parcial de escrutinios de votos para Concejo, formulario E-26, suscrito por los miembros la Comisión Escrutadora Municipal de Bucaramanga el 12 de noviembre de 2003 (fs. 131 a 166 del cuaderno No. 2) y de la Resolución No. 022 de 24 de noviembre de 2003 suscrita por los Delegados del Consejo Nacional Electoral en el Departamento de Santander (fs. 167 y 168 *ibídem*).

Está probado, mediante copia autenticada del decreto 021 de 17 de enero de 2003, que el demandado fue nombrado como Asesor del Despacho del Alcalde de Bucaramanga (f.286 del cuaderno No. 1) y mediante copia autenticada del acta 013 de de (sic) 20 de enero de 2003 que se posesionó en el mismo en esa fecha (f.287 *ibídem*). Tales documentos fueron remitidos al proceso por el Secretario Administrativo de la Alcaldía (fs. 281 a 283 *ibídem*). Se demostró igualmente mediante copia del Decreto 0140 de 4 de agosto de 2004 que en esa fecha el Alcalde de Bucaramanga aceptó al demandado la renuncia del cargo anterior que este había presentado; la copia anterior (f.351 *ibídem*) se incorporó al proceso en la inspección judicial practicada por el Tribunal el 19 de agosto de 2004 en las instalaciones de la Secretaría Administrativa de la Alcaldía de Bucaramanga (fs. 348 a 350 *ibídem*).

Igualmente, encuentra la Sala probado que el demandado fue designado como Gerente del IMEBU por parte del Alcalde Municipal de Bucaramanga, mediante copia auténtica del acta No. 001 del Consejo Directivo del IMEBU de 22 de enero de 2003 incorporada al proceso (fs. 61 a 64 del cuaderno No. 2) y examinada en la diligencia de inspección judicial realizada por el Tribunal en las instalaciones del IMEBU el 18 de agosto de 2004 (fs. 323 a 326 del cuaderno No. 1). En dicho documento consta que “concurrieron a la reunión...Henry Gamboa Meza, quien actuó en calidad de Gerente (e) y Secretario del Consejo Directivo...”. De otra parte, que “...Una vez verificada la existencia del quórum se continuó con el orden del día. Para tal efecto se eligió a César Augusto Romero Molina como Presidente del Consejo Directivo, quien actúa como representante del señor Alcalde. Igualmente dio a conocer el Decreto por el cual designa al ingeniero Henry Gamboa Meza como Gerente encargado del Instituto Municipal de Empleo y Fomento Empresarial, quien actuará como Secretario del Consejo Directivo (negrillas son de la Sala)”. Consta también en el acta mencionada que en esa sesión estuvo presente el Alcalde de Bucaramanga, quien es el nominador del demandado e intervino luego de que se informó al Consejo Directivo el nombramiento de éste.

El documento anterior es, conforme a los artículos 251, 252 y 254 del C., de P. C., un documento público y auténtico, y de acuerdo con artículo el 264 *ibídem* hace fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ella haga el funcionario que las autoriza. De modo que, si en el mismo consta que en la sesión de Consejo Directivo del IMEBU de 22 de enero de 2003 se leyó el decreto que nombró al demandado como Gerente encargado del IMEBU, debe tenerse por probado tal hecho aunque el decreto mismo no se haya incorporado al proceso, a menos que otros elementos de prueba infirmen tal hecho, que no es el caso.

En efecto, el testimonio de César Augusto Molina (fs. 266 a 270 del cuaderno No. 1), quien se desempeñó como Presidente del Consejo Directivo y suscribió las actas en las que consta la actuación del demandado como Gerente del IMEBU, no arroja claridad sobre los hechos de que trata, porque es contradictoria, pues sostiene al tiempo que el decreto que nombró al demandado no se dio a conocer en la sesión de 17 de enero de 2003 y que no recuerda si ello se hizo.

Las Inspecciones Judiciales que el a-quo practicó en el IMEBU y en la Secretaría Administrativa de la Alcaldía de Bucaramanga (fs. 323 a 326 y 348 a 350, respectivamente, del cuaderno No. 1), así como las manifestaciones del Gerente del IMEBU (f 270 *ibídem*) y del Secretario Administrativo de la Alcaldía de Bucaramanga (fs. 281 a 283 *ibídem*) dan cuenta, y solo prueban, que no se encontró en dichas dependencias el acto administrativo de nombramiento del demandado en el cargo de Gerente encargado del IMEBU, ni constancia de que se le hubieran hecho pagos en dicha condición, pero no que dicho nombramiento no haya existido. Y como el hecho que constituye tema de prueba no requiere para su acreditación en el proceso de prueba solemne o un medio (sic) de prueba predeterminado en la ley, para demostrar el nombramiento del demandado no es absolutamente necesario aportar el decreto respectivo, pues el acta mencionada antes dio cuenta de ese hecho, y su veracidad está reforzada por otros documentos, tales como la copia auténtica del Decreto No 063 de 6 de marzo de 2003 que establece la planta de personal del IMEBU, suscrito por el Alcalde del Municipio de Bucaramanga, nominador del Gerente del IMEBU, en el que señala que el Presidente del Consejo Directivo es César Augusto Romero Molina y el Secretario de dicho Consejo Henry Gamboa Meza (fs. 314 y 315 del cuaderno No. 1). Y por las actas de la Junta Directiva, cuyas copias auténticas obran a folios 61 a 67 del cuaderno No. 2, y los oficios dirigidos y recibidos por diversos funcionarios de la administración municipal que reconocían al demandado como Gerente encargado del IMEBU y que se detallan adelante. Todos los documentos mencionados son públicos y auténticos conforme a los artículos 251, 252 y 254 del C., de P. C., y de acuerdo con el 264 *ibídem* hace fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ella haga el funcionario que las autorizó.

Aunque está probado que el demandado fue nombrado como Gerente encargado del IMEBU, no existe en el proceso prueba alguna que acredite

su posesión, razón por la cual puede concluirse verosímelmente que esta no se produjo. Tal circunstancia revela una forma irregular de vinculación del demandado al cargo de Gerente del IMEBU, no obstante lo cual lo ejerció efectivamente desde el día 22 de enero de 2003 hasta el 28 de febrero del mismo año, tal como se acreditó mediante el siguiente material probatorio incorporado al proceso.

La copia auténtica del acta No. 01 de la sesión del Consejo Directivo del IMESBU de 22 de enero de 2003 (fs. 61 a 64 del cuaderno No. 2), da cuenta que en la misma se adoptaron los estatutos de dicha entidad y se aprobó su presupuesto, correspondiente a la vigencia fiscal de 1º de enero a 31 de diciembre de 2003 y que fue suscrita por el Presidente del Consejo Directivo y por el demandado en su condición de Gerente y Secretario del mismo.

La copia auténtica del acta No. 02 de la sesión del Consejo Directivo del IMEBU de 28 de febrero de 2003 (fs. 65 a 67 *ibídem*), da cuenta que en la misma se aprobó la planta de personal del IMEBU y que fue suscrita por el Presidente del Consejo Directivo y por el demandado en su condición de Gerente y Secretario del mismo.

También se allegó al proceso copia auténtica del acuerdo número 02 de 22 de enero de 2003, por el cual se aprueba el presupuesto general de rentas y gastos del IMEBU para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2003. (fs. 275 a 292 del cuaderno No. 1), suscrito por el demandado en su condición de Secretario del Consejo Directivo, incorporado además al proceso durante la práctica de la inspección judicial practicada por el a-quo ante el IMEBU el 18 de agosto de 2004 (fs. 323 a 326 *ibídem*).

En el acta de la inspección judicial mencionada consta además que fue examinada el acta 001 de 22 de enero de 2003 de sesión del Consejo Directivo del IMEBU y que esta expresa que el demandado actuó durante esa sesión como Gerente encargado y suscribió el acta como Secretario de dicho Consejo, al igual que en el acta 002 correspondiente a la sesión de 28 de febrero de 2003 en la cual el demandado se identifica de la misma manera. El acta 003 no se encontró en las dependencias del IMEBU y en la 004 de 18 de marzo de 2003 figura ya Augusto Rueda Gonzalez como Gerente del IMEBU y Secretario de su Consejo Directivo, al igual que en el acta 005 de 29 de julio de 2003.

En la misma diligencia el Tribunal examinó la correspondencia enviada por la Gerencia y encontró el oficio de 18 de febrero de 2003 dirigido a la Dra. Lilia Aidé Velasco Abril, suscrito por Henry Gamboa Meza como Gerente encargado del IMEBU y oficio suscrito por Martha Nery Castillo, Asesora del Despacho del Alcalde, dirigida a Henry Gamboa Meza, como Gerente del IMEBU. Y en la carpeta de citaciones a Consejo Directivo se encontraron varias citaciones dirigidas a funcionarios de la Alcaldía Municipal el 21 de enero de 2003, suscritas por el demandado como Gerente encargado del IMEBU. Finalmente, examinó el Tribunal un oficio suscrito por el demandado en su condición de Gerente encargado del IMEBU dirigido a la representante del IFI, en el que le solicita que el corte de un convenio entre el IFI y el Municipio de Bucaramanga se realice el 28 de febrero de 2003.

Las copias auténticas de los oficios suscritos el 21 de enero de 2003 que el Tribunal examinó, mediante los cuales el demandado, obrando como Gerente del IMEBU, cita a sesiones del Consejo Directivo a los Secretarios de Infraestructura, Desarrollo Social y de Hacienda de la Alcaldía de Bucaramanga, al Director del Instituto de Vivienda Municipal, al Jefe de la Oficina Asesora de Planeación, al Director del Instituto de Recreación y Deportes, al Director del Instituto de Recreación y Deportes, obran a folios fs. 74 a 79 del cuaderno No. 2.

El demandante aportó copia de sendos oficios de enero 24 y febrero 4 en los que un funcionario que ocupa el cargo de Profesional Universitario de la Alcaldía le remite al demandado en su condición de Gerente del IMEBU, copias de proyectos de acuerdo presentados por el Alcalde al Concejo Municipal, relacionados con el IMEBU (fs. 40 y 41 del cuaderno No. 2), así como copias de los oficios de 21 de enero de 2003 mediante los cuales el demandado en su condición de Gerente del IMEBU cita a los miembros del Consejo Directivo para sesionar el 22 del mismo mes y año.

El empleo que el demandante desempeñó está establecido en la planta de personal de un establecimiento público, creado conforme a la ley, tal como se advierte al examinar la gaceta del Concejo de Bucaramanga del 19 de diciembre de 2002 en la que se publicó el acuerdo 030 de la misma fecha expedido por el Concejo Municipal de Bucaramanga, que obra a folios 103 a 106 del cuaderno No. 2, examinado por el Tribunal en el curso de la Inspección Judicial practicada en las dependencias del IMEBU (f.324 del cuaderno No. 1) y en la copia auténtica del Decreto 063 de 6 de marzo de 2003, suscrita por el Alcalde Municipal de Bucaramanga, por el cual se aprueba el Acuerdo No. 03 de 2003 que establece la planta de personal del Instituto de Empleo y Promoción Empresarial del Municipio de Bucaramanga (fs. 288y 289 del cuaderno No. 1).

Conforme al acuerdo mencionado antes y el Decreto 271 de 31 de diciembre de 2002, cuya copia auténtica obra a folios 68 a 72 del cuaderno No. 2, que determina la organización interna del IMEBU, es éste un establecimiento público del orden municipal dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, con patrimonio independiente, adscrito a la Secretaría de Desarrollo Social del Municipio de Bucaramanga. Establecen las disposiciones anteriores que el Gerente deberá asistir a las sesiones del Consejo Directivo con voz, pero sin voto, que dicho consejo se reuniría una vez cada dos meses de manera ordinaria y de manera extraordinaria cuando fuera convocado por el Gerente o al menos tres de sus miembros; que los actos del Consejo Directivo serían suscritos por el Presidente y el Secretario del Consejo quien tendría su custodia; que el Gerente es agente del Alcalde, de su libre nombramiento y remoción y es el representante legal de la entidad, expedirá sus actos, celebrará en su nombre los contratos, lo representará judicial y extrajudicialmente, dirigirá y coordinará su actividad con las entidades de distintos niveles y órdenes; elaborará el presupuesto anual y lo presentará a consideración de la Junta Directiva, nombrará y removerá al personal de la entidad y oficiará como secretario del Consejo Directivo, entre otras funciones.

Entrañan el ejercicio de autoridad administrativa, definida previamente en estas consideraciones, las funciones, atribuidas al cargo que desempeñó el demandado, tales como la dirección del IMEBU, la competencia para celebrar contratos, ordenar gastos y nombrar y remover al personal de la entidad, para señalar las más sobresalientes. Y basta con reiterar que la autoridad civil es una especie de la autoridad administrativa para concluir que también ejerció el demandado esta última forma de autoridad.

Es evidente, de otra parte, que el demandado no ejerció autoridad política al desempeñar el cargo de gerente del IMEBU, porque no es uno de aquellos cargos a los que el artículo 189 de la ley 136 de 1994 le atribuye el ejercicio de esa forma de autoridad.

Está probado también en el proceso que las funciones de Gerente encargado del IMEBU las desempeñó el demandado en el periodo comprendido entre el 21 de enero de 2003, fecha en que convocó a los miembros del Consejo directivo a la sesión que se celebró el 22 del mismo mes y año hasta el 28 de febrero, fecha en que se celebró la sesión que consta en el acta 02 del Consejo Directivo de esa fecha; en el acta 04 de 18 de marzo de 2003 ya figura el señor Augusto Rueda González como Gerente del IMEBU. Y este periodo está comprendido dentro de los doce meses anteriores a la fecha en que se realizó la elección del demandado, 26 de octubre de 2003, presupuesto de la inhabilidad establecida en el numeral 2º del artículo 40 de la ley 617 de 2000.

Conforme a los criterios jurisprudenciales expuestos antes, el demandado se desempeñó como un funcionario de hecho en cuya investidura se advierte la irregularidad de no haber tomado posesión del cargo, o no haberse probado esta; no obstante lo anterior, tuvo los mismo derechos y obligaciones de un empleado de derecho, los actos que expidió tuvieron pleno valor y estuvo sujeto a las inhabilidades predicables de los empleados de iure.

Como los presupuestos fácticos de la inhabilidad establecida en el numeral 2º del artículo 40 de la ley 617 de 2000 están probados se dará prosperidad al cargo examinado, razón por la cual habrá de revocarse la decisión apelada y en su lugar se declarará la nulidad de la elección demandada.

Conforme al artículo 226 del C. C. A., se deberá llamar a quien deba reemplazar al demandado, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 134, 261 y 263 A constitucionales...

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto del Procurador Séptimo Delegado ante esta Corporación y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. REVOCASE la sentencia apelada por las razones expuestas en esta providencia y en su lugar se declara la nulidad del acto administrativo que declaró la elección del demandado como concejal de Bucaramanga para el periodo 2004 - 2007, contenido en el acta parcial de escrutinio de votos para concejo suscrita por los miembros de la Comisión Escrutadora Municipal de Bucaramanga el 13 de noviembre de 2003 y se ordena la cancelación de la credencial que lo identifica como concejal para el periodo señalado.

SEGUNDO. COMUNIQUESE esta sentencia al Presidente del Concejo Municipal de Bucaramanga, Departamento de Santander, así como al Registrador Municipal del Estado Civil y al Alcalde de la misma localidad.

TERCERO. En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, devuélvase al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

FILEMON JIMENEZ OCHOA

MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

Presidente

DARIO QUIÑONES PINILLA

REINALDO CHAVARRO BURITICA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de 5 de noviembre de 1991, radicación 413.

2 Sentencia del 1º de febrero de 2000 citada anteriormente

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

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

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

6 Sentencia proferida por la Sala Plena de esta Corporación de 6 de octubre de 1992, radicación AC-273.

7 Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado de 96/08/15, radicación 8886.

8 Sentencia de la sección primera de 91/09/26, radicación 1453.

9 Sentencia de la Sección Segunda de 96/11/28, radicación 13846, sentencia de septiembre 26 de 1991, Exp. 1453

10 Sentencia de Sala Plena 01/09/18, radicación S-472

Fecha y hora de creación: 2025-09-17 04:44:55