



Radicado: 54001-23-33-000-2020-00006-01
Demandante: Tonny Gonzalo Riataga Mazo



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de febrero de dos mil veinte (2020)

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicación: 54001-23-33-000-2020-00006-01
Demandante: TONNY GONZALO RIATAGA MAZO
Demandado: MARIO VICENTE FIGUEROA FERNANDEZ, CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE CÚCUTA
Temas: Suspensión provisional. Autoridad administrativa de los rectores de instituciones educativas públicas.

AUTO – RESUELVE RECURSO DE APELACIÓN

Corresponde a la Sala pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto del 23 de enero de 2020, a través del cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander decretó la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que declaró la elección del señor Mario Vicente Figueroa Fernández como concejal del municipio de Cúcuta, para el periodo 2020-2023.

ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor Tonny Gonzalo Riataga Mazo, actuando por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad electoral previsto en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso





Administrativo, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones¹:

“PRIMERA: Que es NULA la declaración de elección como concejal del Municipio de San José de Cúcuta del señor MARIO VICENTE FIGUEROA FERNÁNDEZ, identificado con la cédula de ciudadanía # 88.261.335, realizada en el formulario E-26 CON expedido por los Delegados del Concejo Nacional Electoral en el Departamento de Norte de Santander el día 18 de noviembre de 2019, que contiene el resultado de las votaciones para Concejo Municipal y declara la elección de todos los Concejales de este Municipio, para el periodo constitucional 2020-2023.

SEGUNDA: Como consecuencia de la nulidad declarada, se cancele de conformidad con lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 288 del CPACA la credencial del Concejal del Municipio de San José de Cúcuta Norte de Santander, del Señor (sic) MARIO VICENTE FIGUEROA FERNÁNDEZ, identificado con la cédula de ciudadanía # 88.261.335”.

2. Hechos

Sostuvo que el pasado 27 de octubre de 2019 se llevaron a cabo las elecciones en todo el país para elegir autoridades territoriales, entre ellas, se realizó la elección de los concejales del municipio de San José de Cúcuta, Norte de Santander.

Anotó que el ciudadano Mario Vicente Figueroa Fernández, fue avalado e inscrito como candidato al Concejo Municipal de Cúcuta, el día 26 de julio de 2019, por el Partido Colombia Renaciente, para las referidas elecciones, tal como consta en el correspondiente formulario de inscripción E-6, inscripción que quedó debidamente consolidada en el registro definitivo de candidatos visible en el respectivo formulario E-8.

Precisó que el señor Figueroa Fernández es hijo de Carmen Rosa Fernández Mora, es decir, tienen un vínculo de parentesco en primer grado de consanguinidad.

Expuso que la señora Carmen Rosa Fernández Mora ejerció el cargo de rectora de la Institución Educativa Pública “*Instituto Técnico Juan Pablo I- Paz y Futuro*” en el municipio de San José de Cúcuta, durante el año anterior a la elección del pasado 27 de octubre de 2019, en las que su hijo participó y fue electo como concejal del mismo municipio.

¹ Folio 2 del cuaderno principal del expediente.



Anotó que la señora Fernández Mora, madre del demandado, ejerció autoridad civil y administrativa dentro del año anterior a la elección de su hijo como concejal del municipio de Cúcuta, en tanto que se desempeñó como rectora de la referida Institución².

3. Normas violadas y concepto de la violación

En criterio del demandante, con el acto acusado se desconocieron: el inciso 3 del artículo 107 de la Constitución Política, el numeral 8 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, numeral 4 del artículo 40 de la ley 617 de 2000 y 189 de la Ley 136 de 1994, por desconocer el régimen de inhabilidades para ser concejal.

Sostuvo que el artículo 40 de la Ley 617 del 2000, que modificó el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, regula las inhabilidades para ser inscrito o elegido concejal municipal y en su inciso 4 señala que no lo podrán ser *“quien tenga vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito”*.

Enunció los elementos que requieren acreditarse para que se configure esta inhabilidad, para señalar que en este caso concurren todos, pues el parentesco de madre –hijo está acreditado, así como el ejercicio de autoridad civil por parte de la señora Carmen Rosa Fernández Mora como rectora de la Institución Educativa de carácter público en el municipio de Cúcuta.

Agregó que, de igual forma, la jurisprudencia ha reconocido de manera especial que los rectores de colegios públicos ejercen autoridad administrativa. Igualmente, enumeró las funciones asociadas a los cargos que comportan el ejercicio de este tipo de autoridad.

Sostuvo que, en el caso concreto, el análisis debe hacerse sobre las funciones atribuidas a los rectores de los colegios públicos establecidas en la Ley 715 de 2001, que en su artículo 10 las detalla claramente.

² Folios 4 a 6 del cuaderno principal del expediente.



Estableció que, de conformidad con la jurisprudencia pacífica y reiterada de la Sección Quinta, las funciones previstas en dicha norma, en especial las enunciadas en los numerales 10.6, 10.7, 10.8, 10.9, 10.10 y 10.11, implican el ejercicio de autoridad administrativa.

Resaltó que ello es así, en tanto que los rectores efectivamente tienen funciones disciplinarias, de ordenación del gasto y la celebración de contratos.³

4. Solicitud de suspensión provisional

El demandante solicitó, en acápite expreso de la demanda, que se decretara como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del acto de elección del señor Mario Vicente Figueroa Fernández como concejal del municipio de Cúcuta.

Para sustentar su petición, precisó que, en este caso en particular la violación de las normas invocadas resulta evidente por cuanto, el señor Mario Vicente Figueroa Fernández, incurrió en la inhabilidad alegada, en tanto que su madre, la señora Carmen Rosa Fernández ejerció autoridad civil y administrativa en el municipio de Cúcuta, en el cual fue electo como concejal el demandado, dentro de los 12 meses anteriores a las elecciones territoriales, que tuvieron lugar el 27 de octubre de 2019. Dicha circunstancia se encuentra plenamente probada en esta etapa procesal, para lo cual enuncia los documentos aportados con la demanda.

Anotó que los rectores de las instituciones educativas públicas ejercen autoridad administrativa, pues esta es una postura pacífica y reiterada por la jurisprudencia electoral, tal y como se expuso ampliamente en el concepto de la violación de la demanda.

Concluyó que en este caso se encuentran acreditados todos los elementos de la inhabilidad alegada, esto es: el parentesco, el ejercicio de autoridad, el temporal y el territorial.

5. La decisión recurrida

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante auto del 23 de enero de 2020, resolvió la medida cautelar deprecada, en el sentido de declarar la suspensión provisional de los efectos del acto de elección demandado.

³ Folios 7 a 23 del expediente.



Como fundamento de dicha decisión, precisó lo siguiente:

Advirtió que, conforme a los precedentes de la Sección Quinta del Consejo de Estado, entre otros, la sentencia del 21 de abril de 2016, radicado 47001-23-33-000-2015-00492-01, y la providencia del 18 de diciembre de 2019, radicación 15001-23-33-000-2019-00579-01, es claro que, en el caso de los rectores de las instituciones educativas públicas, se entiende que estos ejercen funciones de autoridad administrativa, ya que es ordenador del gasto de los recursos del Fondo, celebra contratos deben pagarse con los recursos públicos, decide sobre ciertas situaciones administrativas de los docentes y puede imponer sanciones disciplinarias.

Explicó que en el presente caso se tiene probado que, efectivamente existe un vínculo de consanguinidad en primer grado entre el demandado, señor Mario Vicente Figueroa Fernández y la señora Carmen Rosa Fernández Mora, quien fungiera hasta diciembre de 2019 como rectora de una Institución Educativa del municipio de Cúcuta, lo que conllevaría la configuración de la causal de inhabilidad.

Estableció que se encuentra acreditado que la señora Fernández Mora trabajó como rectora de la Institución Educativa Instituto Técnico Juan Pablo I – Paz y Futuro, del municipio de Cúcuta, tal y como se evidencia a folios 65 y 75 del expediente, de conformidad con la Resolución 842 del 28 de junio de 2004 y el acta de posesión correspondiente.

Destacó que, igualmente, conforme con las pruebas aportadas al expediente, desde enero a diciembre del año 2019, la señora Carmen Rosa Fernández Mora se desempeñó como rectora del Colegio Juan Pablo I del municipio de Cúcuta⁴.

6. La impugnación

Inconforme con dicha decisión, el demandado interpuso recurso de apelación en contra de la misma. Como fundamento del recurso expresó lo siguiente:

Indicó que el demandante omitió una circunstancia importante en este caso y es que, la señora Rosa Fernández Mora, rectora de la Institución Educativa Pública “Instituto Tecnológico Juan Pablo I – Paz y Futuro”, en el municipio de San José de Cúcuta, ejerce el mismo en virtud del principio del mérito tras haber superado la convocatoria correspondiente.

⁴ Folios 85 a 89 del cuaderno principal del expediente.



Acotó que mediante Decretos 514 y 951 de 2002, se prueba que la señora Carmen Rosa Fernández desempeña el cargo de rectora en propiedad, tras estar inscrita en el escalafón propio de la carrera docente, de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 2277 de 1979, la ley 115 de 1994 y la Ley 715 de 2001.

Sustentó que, habida cuenta que el cargo de rectora que detenta la señora Carmen Rosa Fernández se ejerce en virtud de los derechos de carrera administrativa, esto impide la configuración de la inhabilidad, pues ella accedió a la carrera docente desde el año de 1980 y dadas las reestructuraciones y necesidades del servicio ha sido trasladada a diversos planteles educativos.

Afirmó que no es cierto que la señora Fernández Mora ejerza autoridad administrativa en tanto que el control interno disciplinario lo ejerce la Secretaría Municipal de Educación de Cúcuta.

Comentó que en este caso se están restringiendo los derechos civiles y políticos del demandado, al predicarse una inhabilidad que no se configura e impedirle acceder a cargos públicos por el hecho de que su mamá detenta un cargo de carrera.⁵

7. Traslado del recurso

La Secretaría del Tribunal Administrativo de Norte de Santander corrió traslado al actor del recurso de apelación. Sin embargo, guardó silencio.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sección es competente para conocer la apelación interpuesta contra la providencia que resuelve la solicitud de medidas cautelares, según lo dispuesto en el artículo 150⁶ y el inciso final del artículo 277⁷ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁵ Folios 92 a 104 del expediente.

⁶ “Artículo 150. Modificado Ley 1564 de 2012, art. 615. **El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación (...)**”. (Negritas fuera del texto).

⁷ Artículo 277. “**Contenido del auto admisorio de la demanda y formas de practicar su notificación. Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá:**



2. Oportunidad

El artículo 244 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aplicable por remisión del artículo 296⁸ de la misma codificación, regula para el caso en concreto el trámite del recurso de apelación contra autos diferentes al de rechazo de la demanda⁹ en los siguientes términos:

“La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.

3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano.

4. Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso”.

(...)

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”.

⁸ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. **Artículo 296. Aspectos no regulados.** *En lo no regulado en este título se aplicarán las disposiciones del proceso ordinario en tanto sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral.*

⁹ El término para apelar el rechazo de la demanda o de su reforma es de 2 días de conformidad con lo establecido en el artículo 276 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



En este orden de ideas, el recurso de apelación contra una decisión notificada por estado, diferente al rechazo de la demanda, debe interponerse dentro de los 3 días siguientes.

En el caso concreto, la decisión recurrida fue proferida por el *a quo* el 23 de enero de 2020 y notificada personalmente al demandado el 27 de enero siguiente¹⁰, por lo que el término para recurrirla venció el 30 de enero de la presente anualidad.

El escrito de apelación fue presentado el día 28 de enero de 2020 según consta a folio 92 del cuaderno principal del expediente, por lo que es claro que fue radicado en forma oportuna y por ende, hay lugar a pronunciarse sobre el mismo.

3. Cuestión previa

Antes de efectuar el análisis de fondo del asunto de la referencia, la Sala advierte que el apoderado del demandado radicó un memorial en el que pone de presente una providencia del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, del 6 de febrero de 2018, mediante la cual se resuelve una solicitud de nulidad, en el sentido de negarla.

Sobre el particular, alega que el Tribunal negó dicha solicitud desconociendo el debido proceso del demandado en tanto que no corrió traslado de la solicitud de suspensión provisional previo a su resolución ni tampoco justificó que la medida fuera de carácter urgente para omitir dicho traslado.

Al respecto, la Sala debe precisar que, la nulidad del trámite propuesta por el apoderado del demandado es un asunto que le compete resolver únicamente al Tribunal, sin que en esta instancia la Sección Quinta del Consejo de Estado deba pronunciarse sobre ello en tanto que: i) no fue objeto del recurso de apelación y ii) en todo caso, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander resolvió dicha solicitud de nulidad mediante auto del 6 de febrero de 2020, de manera que, cualquier reparo sobre tal decisión deberá ser ventilado ante el *a quo*, mediante los mecanismos o recursos judiciales que dispone la ley para tal fin.

4. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar, con base en los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación, si en este caso hay lugar a confirmar, revocar o

¹⁰ Folio 82 del cuaderno principal del expediente.



modificar la decisión de decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto de elección del demandado como concejal del municipio de Cúcuta para el periodo 2020-2023, adoptada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

Para el efecto, habrá de establecerse en el caso concreto si se reúnen los requisitos para el decreto de la medida cautelar solicitada, específicamente determinar si el señor Mario Vicente Figueroa Fernández fue electo como concejal municipal de Cúcuta pese a la inhabilidad que recaía sobre él, consistente en que su mamá, la señora Carmen Rosa Fernández Mora, ejerció autoridad administrativa en el municipio de Cúcuta durante los 12 meses anteriores a su elección, lo que, según afirma el demandante, resulta violatorio del inciso 3 del artículo 107 de la Constitución Política, el numeral 8 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, numeral 4 del artículo 40 de la ley 617 de 2000 y 189 de la Ley 136 de 1994.

5. De la medida cautelar de suspensión provisional en materia electoral

En el Capítulo XI del Título V de la Parte Segunda del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se consagró la posibilidad de decretar medidas cautelares dentro de todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, sin que dicho acto implique prejuzgamiento alguno.

En materia de suspensión provisional, en su artículo 231 la Ley 1437 de 2011 fijó una serie requisitos en los siguientes términos:

“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. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos...”

De manera concreta, en materia de nulidad electoral el artículo 277 de la precitada normativa estableció que la solicitud de suspensión provisional debe elevarse en la demanda y que aquella debe resolverse en el auto admisorio.



Sin embargo, 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 ser presentada en escrito anexo a esta, pero siempre y cuando se haga dentro del término de caducidad.

De manera concreta en oportunidad anterior se estableció:

“Entonces, 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 -siempre que el/los cargo(s) estén comprendidos en la demanda y que se encuentre en término para accionar- 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.

(...)

En este sentido, según lo allí dispuesto, existe la posibilidad de que en forma cautelar se suspendan los efectos jurídicos de los actos administrativos de naturaleza electoral, cuando se cumplan las siguientes exigencias: (i) que así lo pida la parte actora en la demanda o con escrito anexo a la misma; (ii) que la infracción al ordenamiento jurídico surja de la valoración que se haga al confrontar el acto con las normas invocadas por el actor; y, (iii) que para ello pueden emplearse los medios de prueba aportados por el interesado¹¹”.

De la interpretación armónica de las normas que rigen la figura, se tiene que para que se pueda decretar la suspensión provisional de un acto en materia electoral debe realizarse un análisis del acto demandado frente a las normas superiores invocadas como vulneradas en la demanda o en la solicitud, según corresponda, para así verificar si hay una violación de aquellas con apoyo en el material probatorio con el que se cuente.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 13001-23-33-000-2016-00070-01. Providencia del 3 de junio de 2016. M.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.



No obstante, resulta del caso precisar que no cualquier desconocimiento normativo implica *per se* la suspensión provisional del acto acusado por cuanto es claro que debe analizarse en cada caso concreto la implicación del mismo con el fin de determinar si tiene o no la entidad suficiente para afectar la aplicabilidad del acto y en últimas su legalidad.

Además, se hace necesario reiterar que el pronunciamiento que se emita con ocasión de una solicitud de medida cautelar en manera alguna implica prejujuicio, por lo que nada obsta para que la decisión adoptada varíe en el curso del proceso y para que incluso, la decisión definitiva sea diferente.

6. Caso concreto

En este evento, el recurrente pretende que se revoque la decisión conforme a la cual se suspendió provisionalmente los efectos del acto de elección del señor Mario Vicente Figueroa Fernández como concejal del municipio de Cúcuta para el periodo 2020-2023, con fundamento en que, no es cierto que su mamá, la señora Carmen Rosa Fernández Mora, haya ejercido autoridad administrativa en el referido municipio, durante los 12 meses anteriores a la elección.

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander accedió al decreto de la medida cautelar, al constatar que, conforme con los documentos que se aportaron con la demanda, la señora Carmen Rosa Fernández se desempeñó como rectora del Instituto Técnico Juan Pablo I – Paz y Futuro, institución educativa con sede en la ciudad de Cúcuta, dentro de los 12 meses anteriores a las elecciones llevadas a cabo el 27 de octubre de 2019, cargo que comporta el ejercicio de administrativa conforme a las labores asignadas y contempladas en la Ley 715 de 2001 y de cara a los precedentes que sobre el particular ha fijado la Sección Quinta de esta Corporación.

En tales condiciones, corresponde a la Sala verificar si en esta instancia procesal es posible advertir la inhabilidad prevista en el numeral 4 de la Ley 617 de 2000 que modificó el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, la cual, según el demandante, recae en el concejal demandado.

De manera concreta la norma en cita establece:

“ARTÍCULO 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:



(...)

4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha."

De lo anterior se desprende que, la inhabilidad en comento está conformada por varios elementos que deben verificarse uno a uno para su configuración, en tanto que, como lo ha sostenido esta Sala de Decisión, dichos presupuestos son concurrentes¹²:

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 7 de febrero de 2019. Radicado 11001-03-28-000-2018-00048-00. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 26 de agosto del 2004, Rad. 07001-23-31-000-2003-00007-01, M.P. Filemón Jiménez Ochoa; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de julio del 2004, Rad. 13001-23-31-000-2003-0004-01, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 14 de abril del 2005, Rad. 13001-23-31-000-2003-00024-01, M.P. Filemón Jiménez Ochoa; Consejo de Estado; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 17 de marzo del 2005, Rad. 15001-23-31-000-2003-02963-02, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 10 de marzo del 2005, Rad. 17001-23-31-000-2003-01553-01, M.P. Darío Quiñones Pinilla; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 17 de marzo del 2005, Rad. 25000-23-24-000-2003-01112-01, M.P. Darío Quiñones Pinilla; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de febrero del 2005, Rad. 25000-23-24-000-2003-01125-01, M.P. Darío Quiñones Pinilla; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 9 de septiembre del 2005, Rad. 41001-23-31-000-2003-01299-02, M.P. Darío Quiñones Pinilla; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 9 de septiembre del 2004, Rad. 44001-23-31-000-2003-0866-01, M.P. Darío Quiñones Pinilla; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de abril del 2006, Rad. 52001-23-31-000-2003-01700-02, M.P. Filemon Jimenez Ochoa; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de mayo del 2006, Rad. 08001-23-31-000-2004-00017-01, M.P. Reinaldo Chavarro Buritica; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de febrero del 2010, Rad. 50001-23-31-000-2007-01129-01, M.P. Filemón Jimenez Ochoa; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 31 de julio del 2009, Rad. 13001-23-31-000-2007-00785-01, M.P. Mauricio Torres Cuervo; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 20 de febrero del 2009, Rad. 13001-23-31-000-2007-00800-01, M.P. Susana Buitrago Valencia; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de abril del 2013, Rad. 13001-23-31-000-2007-00800-01, M.P. Susana Buitrago Valencia; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de diciembre del 2016, Rad. 47001-23-33-000-2015-00492-



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

Debe precisarse que, sobre el elemento temporal de esta causal, basta con que la autoridad civil, política o administrativa se haya ejercido o detentado en cualquier momento durante el periodo inhabilitante.

Sobre el elemento objetivo o de autoridad, esta Sección ha precisado lo siguiente, puntualmente en lo que corresponde a la autoridad administrativa lo siguiente:

“Específicamente, la Sección Quinta, en sentencia del 7 de febrero y 30 de mayo de 2019 reiteró lo señalado por la Sala Plena en sentencia de 9 junio de 1998, para indicar que la autoridad administrativa se refiere a poderes decisorios de mando o imposición de sanciones que ostentan quienes se encuentran en cargos de administración nacional, departamental, municipal o de los órganos electorales y de control con capacidad para hacer que la administración funciones, también ejerciendo mando y dirección sobre los órganos del aparato administrativo, nombrando y removiendo agentes, celebrando contratos, supervigilando la prestación de servicios, castigando infracciones al reglamento, etc. Todo eso y más es la autoridad administrativa”¹³.

02, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 26 de mayo del 2016, Rad. 47001-23-33-002-2015-00434-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 5 de mayo del 2016, Rad. 54001-23-33-000-2015-00530-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 28 de julio del 2016, Rad. 63001-23-33-000-2015-00377-01, M.P. Rocío Araújo Oñate; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de octubre del 2016, Rad. 76001-23-33-000-2015-01395-01, M.P. Lucy Jeannette Bermudez Bermudez; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 7 de julio del 2016, Rad. 76001-23-33-000-2015-01487-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de noviembre del 2016, Rad. 13001-23-33-000-2016-00078-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de octubre del 2016, Rad. 13001-23-33-000-2016-00114-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

¹³ Ibídem



Ahora, resulta del caso destacar que la autoridad administrativa está determinada desde el punto de vista funcional, por tener a cargo las siguientes facultades¹⁴:

- Celebrar contratos o convenios
- Ordenar gastos con cargo a fondos municipales
- Conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas.
- Trasladar horizontal o verticalmente a funcionarios subordinados.
- Reconocer horas extras
- Vincular persona supernumerario
- Fijarle nueva sede al personal de planta
- Funcionarios de las unidades de control interno

De manera que, en consideración a lo que a previsto la Sala y los elementos de la causal invocada, resulta del caso determinar si en este asunto se cumplen los presupuestos enunciados, empezando por el parentesco.

En el caso concreto, se tiene que, en efecto, la señora Carmen Rosa Fernández Mora es la madre del señor Mario Vicente Figueroa Fernández, tal y como consta en el registro civil de nacimiento aportado con la demanda, visible a folio 62 del expediente, de modo que el vínculo o parentesco de consanguinidad en primer grado se encuentra probado.

Que el demandado fue elegido como concejal del municipio de Cúcuta, de acuerdo con lo acreditado con el formulario E-26 expedido por los delegados del Concejo Nacional Electoral correspondientes.

De otra parte, en cuanto al cargo desempeñado por la señora Carmen Rosa Fernández Mora, se tiene que, fue designada como rectora de la Institución Educativa “*Instituto Técnico Juan Pablo I – Paz y Futuro*” del municipio de Cúcuta, mediante Resolución 342 del 22 de junio de 2004, suscrita por los secretarios de Educación y General del municipio de San José de Cúcuta.

Igualmente, mediante certificación expedida por el subsecretario de Talento Humano del municipio de Cúcuta, visible a folio 63 del expediente, consta que la señora Carmen Rosa se desempeñó como rectora de la referida institución de enero a diciembre de 2019.

Ahora bien, partiendo del hecho que la señora Fernández Mora, madre del demandado, se desempeñó como rectora de la institución educativa en

¹⁴ Artículo 190 inciso 2 de la Ley 136 de 1994



comento, durante el periodo inhabilitante, esto es, 12 meses anteriores a la elección del concejal demandado, en el municipio de Cúcuta en el que resultó electo, debe examinarse si este cargo comporta el ejercicio de autoridad administrativa en el municipio de Cúcuta en el que fue electo su hijo, tal y como lo advirtió el *a quo*.

En efecto, las funciones atribuidas a los rectores de colegios públicos están contempladas en la Ley 715 de 2001, que en el artículo 10 establece:

“Artículo 10. Funciones de Rectores o Directores. El rector o director de las instituciones educativas públicas, que serán designados por concurso, además de las funciones señaladas en otras normas, tendrá las siguientes:

10.1. Dirigir la preparación del Proyecto Educativo Institucional con la participación de los distintos actores de la comunidad educativa.

10.2. Presidir el Consejo Directivo y el Consejo Académico de la institución y coordinar los distintos órganos del Gobierno Escolar.

10.3. Representar el establecimiento ante las autoridades educativas y la comunidad escolar. 10.4. Formular planes anuales de acción y de mejoramiento de calidad, y dirigir su ejecución. 10.5. Dirigir el trabajo de los equipos docentes y establecer contactos interinstitucionales para el logro de las metas educativas.

10.6. Realizar el control sobre el cumplimiento de las funciones correspondientes al personal docente y administrativo y reportar las novedades e irregularidades del personal a la secretaría de educación distrital, municipal, departamental o quien haga sus veces.

10.7. Administrar el personal asignado a la institución en lo relacionado con las novedades y los permisos.

10.8. Participar en la definición de perfiles para la selección del personal docente, y en su selección definitiva.

10.9. Distribuir las asignaciones académicas, y demás funciones de docentes, directivos docentes y administrativos a su cargo, de conformidad con las normas sobre la materia. 10.10. Realizar la evaluación anual del desempeño de los docentes, directivos docentes y administrativos a su cargo.

10.11. Imponer las sanciones disciplinarias propias del sistema de control interno disciplinario de conformidad con las normas vigentes.

10.12. Proponer a los docentes que serán apoyados para recibir capacitación.

10.13. Suministrar información oportuna al departamento, distrito o municipio, de acuerdo con sus requerimientos.

10.14. Responder por la calidad de la prestación del servicio en su institución.

10.15. Rendir un informe al Consejo Directivo de la Institución Educativa al menos cada seis meses.

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



10.17. *Publicar una vez al semestre en lugares públicos y comunicar por escrito a los padres de familia, los docentes a cargo de cada asignatura, los horarios y la carga docente de cada uno de ellos.*

10.18. *Las demás que le asigne el gobernador o alcalde para la correcta prestación del servicio educativo.*

Parágrafo 1°. El desempeño de los rectores y directores será evaluado anualmente por el departamento, distrito o municipio, atendiendo el reglamento que para tal fin expida el Gobierno Nacional. La no aprobación de la evaluación en dos años consecutivos implica el retiro del cargo y el regreso al ejercicio de la docencia en el grado y con la asignación salarial que le corresponda en el escalafón”.

Como se lee, las funciones asignadas a los rectores de instituciones educativas de carácter público, especialmente los apartes destacados en la cita anterior, comportan el manejo del personal administrativo, docente y directivo, bienes o patrimonio a su cargo, aplicación a las medidas necesarias para el cumplimiento inmediato de las normas y la satisfacción y preservación de las necesidades e intereses de sus administrados. Además es quien ejerce la función de evaluación de desempeño de docentes y directivos docentes, administra el personal, pone a disposición los funcionarios para traslados, asigna horas extras y ordena el gasto de los recursos. Igualmente, tiene la potestad de contratar.

Ahora bien, la Ley 136 de 1994 en su artículo 190 dispone sobre la autoridad administrativa, 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”.

La Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia del 28 de julio de 2016, proferida dentro del expediente 2015-00377-01, con ponencia de la doctora Rocío Araújo Oñate, manifestó que esta norma está compuesta por un criterio orgánico y otro funcional, el primero, referido a los cargos que por disposición legal se sobre entiende ejercen autoridad administrativa y, el



segundo, referido a la capacidad de adoptar decisiones que implican ejercicio de esa facultad.

En términos generales, esta Sala ha precisado que la autoridad administrativa hace referencia a *“los poderes decisorios de mando o imposición que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, departamental y municipal o de los órganos electorales y de control”*¹⁵ con capacidad para *“hacer que la administración funcione, también ejerciendo mando y dirección sobre los órganos del aparato administrativo, nombrando y removiendo sus agentes, celebrando contratos, supervigilando la prestación de servicios, castigando infracciones al reglamento, etc. Todo eso y más, es la autoridad administrativa.”*¹⁶

En este sentido debe señalarse que, precisamente, una de las actividades que configura autoridad administrativa es la relativa a la facultad contractual y gerencia de servicios públicos –como el de educación– que puede detentar determinado servidor público.

Sobre el particular, en el caso puntual de los rectores de instituciones públicas educativas y el ejercicio de autoridad que estos detentan, esta Sección ha precisado lo siguiente:

“(…) De igual forma en el artículo 2.3.1.6.3.3 del decreto 1075 de 2015 se establece que el rector o coordinador rural en coordinación con el consejo directivo del establecimiento educativo estatal administra el Fondo de Servicios Educativos de acuerdo con las funciones otorgadas por la ley; en el artículo 13 de la ley 715 de 2001 se dispone que el rector o director celebrará los contratos que hayan de pagarse con cargo a los recursos vinculados a los Fondos, en las condiciones y dentro de los límites que fijen los reglamentos y; en el artículo 2.3.1.6.3.4 del decreto 1075 de 2015 se señala que el rector o director rural es el ordenador del gasto del Fondo de Servicios Educativos.

Con base en estas normas, en lo dicho por esta Sección en anteriores pronunciamientos¹⁷, y de las pruebas que obran en el expediente, el Tribunal concluyó que los rectores de las instituciones educativas ejercen autoridad administrativa, porque cuentan con la atribución de decidir sobre determinadas situaciones administrativas pues además de ser ordenadores del gasto de los recursos del Fondo, celebran contratos que deben pagarse con los recursos del fondo, deciden sobre ciertas situaciones administrativas de los docentes vinculados al plantel.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 7 de febrero de 2019. Radicado 11001-03-28-000-2018-00048-00.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de junio 9 de 1.998. Exp. AC-5779.

¹⁷ Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia del 12 de agosto de 2013, M.P. Alberto Yepes, expediente 52001233100020110066301.



Ahora bien, en cuanto a las pruebas aportadas por el apoderado de la parte demandante, el Tribunal dijo que esas pruebas no desvirtúan el ejercicio de funciones de autoridad administrativa en su calidad de rectora de la institución.

*Frente al argumento expuesto en el recurso de apelación consistente en que las decisiones de fondo que pudieran tener incidencia política no las toma el rector, sino otras instancias como el Ministerio de Educación, gobernadores, alcaldes, secretarios de educación e incluso los consejos directivos de las instituciones educativas, **debe decirse que de las funciones establecidas en la ley y en el decreto -antes mencionados-, se encuentra que el rector sí ejerce funciones de autoridad administrativa, ya que se reitera es ordenador del gasto, puede celebrar contratos, otorgar permisos a los docentes, imponer sanciones disciplinarias, entre otras, y hasta este estado del proceso no se demostró lo contrario por la parte demandada.***

*De otra parte, en relación con el ejercicio material de las funciones, esta Sección ha dicho que para la configuración de la inhabilidad originada en el ejercicio de autoridad por parientes, no se requiere el ejercicio material de las funciones propias del cargo para que se pueda predicar la existencia de la autoridad, sino que este requisito se debe tener como demostrado si las **solas funciones atribuidas al cargo implican el ejercicio de autoridad**¹⁸¹⁹.*

Nótese que esta Sala Electoral ha sostenido de manera reiterada y pacífica²⁰ que la persona que se desempeña como rector de un colegio públicos sí ejerce funciones de autoridad administrativa, ya que es ordenador del gasto, puede celebrar contratos, otorgar permisos a los docentes, imponer sanciones disciplinarias, entre otras.

Con todo, el recurrente afirma que, el *a quo* no tuvo en cuenta que la señora Carmen Rosa Fernández Mora ejerció el cargo de rectora en virtud de los derechos de carrera que ostenta desde 1980, y que, por cuestiones de restructuración, fue designada en la rectoría de dicha institución, sin tener intención alguna de favorecer electoralmente a su hijo, por lo que deben respetarse los derechos políticos del demandado de acceder a cargos públicos.

¹⁸ Ver sentencia de 3 de noviembre de 2016, expediente 13001-23-33-000-2016-00078-01, M.P. Alberto Yepes

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de diciembre de 2016, radicación número 47001-12-33-30-000-2015-00492-02. Magistrado ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 12 de agosto de 2013, radicación 52001-23-31-000-2011-00663-01, Magistrado ponente: Alberto Yepes Barreiro.



Pues bien, al respecto debe precisarse que esta Sala de Decisión ha sido enfática al sostener que para efectos de la configuración de la causal de inhabilidad de concejales bajo estudio, **resulta irrelevante el título jurídico con el que se detenta la función o el cargo**, de forma que, *“a cualquier título, se configura la inhabilidad, vale decir, no solo cuando se ejerce en propiedad sino también mediante otra forma de provisión, como por ejemplo, en provisionalidad, en comisión o por encargo, porque la norma hace referencia al ejercicio y no a la titularidad del cargo. Sobre el punto, la siguiente es la línea jurisprudencial: A cualquier título, se configura la inhabilidad, no solo cuando se ejerce en propiedad sino también mediante cualquier forma de provisión, como por ejemplo, en provisionalidad, en comisión o por encargo”*²¹.

Asimismo, en un caso similar al que ahora se estudia se concluyó lo siguiente:

*“Frente al argumento del recurso consistente en que no se tuvo en cuenta la forma de vinculación de la señora Mónica Patricia Tausa Ramírez, debe decirse que la norma no establece distinción alguna por la forma de vinculación, sino que solo exige que haya sido funcionaria con autoridad administrativa, lo cual se encontró demostrado en este caso”*²².

En tales condiciones, la Sala encuentra que los argumentos del recurrente no están llamados a prosperar, pues independientemente del título jurídico de vinculación al cargo de rector, la señora Carmen Rosa Fernández Mora, madre del demandado, ejerció autoridad administrativa en el municipio de Cúcuta, durante los 12 meses anteriores a la elección del señor Mario Vicente Figueroa Fernández como concejal de dicho municipio, tal y como quedó expuesto en párrafos precedentes.

Así las cosas, la providencia objeto de apelación será confirmada en su totalidad.

Lo anterior, sin perjuicio de que una vez surtidas las restantes etapas del proceso y se haga el estudio de fondo propio de la sentencia pueda arribarse a una conclusión diferente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de julio de 2016. Radicado 76001-23-33-000-2015-01487-01. Magistrado ponente: Alberto Yepes Barreiro.

²² Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de diciembre de 2016, radicación número 47001-12-33-30-000-2015-00492-02. Magistrado ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio.



Radicado: 54001-23-33-000-2020-00006-01
Demandante: Tonny Gonzalo Riataga Mazo

RESUELVE

PRIMERO: Confírmase el auto de enero 23 de 2020 dictado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante el cual decretó la suspensión provisional de los efectos del acto de elección del señor Mario Vicente Figueroa Fernández como concejal municipal de San José de Cúcuta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado