



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

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., 10 de noviembre de 2016

Expediente 23001-23-33-000-2015-00521-01

Demandante: Aroldo Enrique Díaz Ballesteros

Demandado: Farid Abraham Saker Pérez

NULIDAD ELECTORAL - FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del señor Farid Abraham Saker Pérez, contra la sentencia del 10 de agosto de 2016, proferida por la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, en la que se declaró la nulidad de su elección como concejal del municipio de Santa Cruz de Lorica, para el periodo constitucional 2016-2019, contenida en el formulario E-26 del 30 de octubre de 2015.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El señor Aroldo Enrique Díaz Ballesteros, actuando en nombre propio, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, en la cual elevó las siguientes pretensiones:

*“2.1. Que se declaren nulos parcialmente los actos administrativos por medio de los cuales la COMISIÓN ESCRUTADORA DEL MUNICIPIO DE LORICA declaró la elección del Sr. **FARID ABRAHAM SAKER PÉREZ** como Concejal del Municipio de Lorica para el periodo 2016-2019 por el Partido Cambio Radical, contenidas en los **FORMATOS E-27 y FORMATO E-26 CON** de fecha 30 de octubre de 2015.*

*2.2 Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene la cancelación de la credencial como concejal al Sr. **FARID ABRAHAM SAKER PÉREZ** y, se declare la elección del suscrito **AROLDO ENRIQUE DÍAZ BALLESTEROS**, por haber obtenido la segunda votación dentro de la lista del Partido Cambio Radical”.*

2. Hechos

Manifestó que el señor Farid Abraham Saker Pérez se inscribió como candidato al concejo del municipio de Santa Cruz de Lorica por el partido Cambio Radical y, en las votaciones del 25 de octubre de 2015, fue elegido concejal.

Afirmó que el demandado estaba inhabilitado para ser elegido concejal porque dentro de los 12 meses anteriores a la elección su padre, Farid Saker García, se desempeñó como director del Departamento Administrativo de Planeación del departamento de Córdoba, para lo cual tomó posesión el 10 de junio de 2015.

3. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante señaló como vulnerado el numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000¹.

¹ “**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: (...)”

Indicó que la elección de Farid Abraham Saker Pérez se encuentra incurso en la causal quinta de nulidad del artículo 275² del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo porque su padre, en calidad de director del Departamento Administrativo de Planeación del departamento de Córdoba, ejerció autoridad política y administrativa atendiendo las funciones que desempeñaba en el departamento.

Adujo que, en consecuencia, el demandado desconoció el régimen de inhabilidades y, por ello, se debe declarar la nulidad de su elección.

4. Contestaciones a la demanda

Del señor Farid Abraham Saker Pérez

El apoderado judicial del demandado solicitó negar las pretensiones de la demanda para lo cual hizo un recuento jurisprudencial³ acerca de lo que el Consejo de Estado ha entendido por autoridad civil o administrativa, sin concretar por qué su prohijado no se encuentra inmerso en la causal de nulidad alegada por el demandante.

Manifestó que, en este asunto, se debía analizar si la *“circunscripción territorial, sí incluye el ejercicio de autoridad civil o política en un cargo,*

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 (...).

² **“ARTÍCULO 275. CAUSALES DE ANULACIÓN ELECTORAL.** Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo [137](#) de este Código y, además, cuando: (...)

5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad (...).

³ Se debe aclarar que el apoderado del demandado realiza varias transcripciones pero no establece fecha de la providencia, número de expediente y magistrado ponente.

bien del orden departamental o bien del orden municipal siempre que pertenezca al mismo departamento”.

Expuso que de conformidad con el Decreto departamental 2457 de 2010, las funciones del director del Departamento Administrativo de Planeación de Córdoba tienen como propósito consolidar y desarrollar el sistema departamental de planeación para el cumplimiento del plan de desarrollo departamental, emitir conceptos técnicos, evaluar y realizar seguimiento a la ejecución de los planes de desarrollo de los municipios y verificar que los proyectos que se presenten se ajusten al método empleado por el Departamento Nacional de Planeación.

Informó que, además de lo anterior, el cargo tiene las siguientes funciones especiales: asesorar, dirigir, elaborar y presentar ante el gobernador del departamento y demás instancias el plan general de desarrollo económico; elaborar, en coordinación con la Secretaría de Hacienda, el plan operativo anual de inversiones y el financiero; determinar el sistema de control de gestión y resultados; compilar los planes de desarrollo; asesorar a la administración en la realización de estudios técnicos y, responder a los requerimientos que le haga la alta dirección y los entes de control.

Sostuvo que las citadas funciones no implican ejercicio de autoridad civil o administrativa.

Explicó que la función de interventoría y supervisión de contratos y convenios, no faculta al padre del demandado para su celebración, por tanto, tampoco ejerció autoridad administrativa en este campo.

Destacó que solo las funciones de un cargo llevan implícito el ejercicio de autoridad y, por ello, es necesario examinar cada empleo para determinar si se ejerce *“mando y dirección sobre los órganos del aparato administrativo nombrando y removiendo sus agentes, celebrando contratos, castigando infracciones al reglamento, decretando vacaciones, ordenando pagos etc”.*

De la Registraduría Nacional del Estado Civil

La apoderada de la entidad propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, porque de los hechos y pretensiones no se endilga actuación atribuible a la Registraduría Nacional del Estado Civil, quien solo cumple funciones secretariales ante las comisiones escrutadoras.

5. Actuación procesal

Por auto del 14 de enero de 2016⁴, la ponente de la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba admitió la demanda, negó la medida cautelar solicitada y, ordenó notificar al señor Farid Abraham Saker Pérez, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, al ministerio público y a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, con el fin de que en el término de ley ejercieran su derecho a la defensa.

El señor Farid Abraham Saker Pérez y la Registraduría Nacional del Estado Civil, a través de apoderados judiciales, contestaron la demanda mediante escritos visibles en los folios 63 a 78 y 85 a 98 del cuaderno 1 del expediente, respectivamente. Las demás entidades guardaron silencio.

Por medio de proveído del 16 de marzo de 2016⁵, se fijó fecha para celebrar la audiencia inicial prevista en el artículo 283 de la Ley 1437 de 2011, la cual se llevó a cabo el 5 de abril del presente año⁶.

En la audiencia se fijó el litigio de la siguiente manera:

“La cuestión litigiosa se centrará en establecer, de un lado i) si conforme al plexo de funciones y/o competencias a cargo del Director del Departamento Administrativo de Planeación del Departamento de Córdoba ejerce funciones políticas y/o administrativas y, ii) de contera si se configura la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 4 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, modificada por el artículo 43 de la Ley 136 de 1994 (sic)”.

⁴ Folios 44 a 47 del cuaderno 1 del expediente.

⁵ Folio 110 del cuaderno 1 del expediente.

⁶ Folios 122 a 125 del cuaderno 1 del expediente.

Asimismo, se tuvieron como pruebas los documentos allegados con la demanda y su contestación y, además, a petición de la parte actora se ordenó librar oficio al gobernador del departamento de Córdoba para que certificara si al señor Farid Saker García tuvo facultades para investigar disciplinariamente, trasladar o decretar vacaciones de los funcionarios del Departamento Administrativo de Planeación del departamento de Córdoba.

Igualmente para que informara si estaba autorizado para celebrar contratos o convenios, ordenar gastos con cargo a los fondos territoriales, conferir comisiones, licencias no remuneradas, suspender vacaciones, reconocer horas extras, vincular personal y fijar sedes a los funcionarios de la entidad.

De oficio solicitó una copia del manual de funciones y de la ordenanza o acto administrativo en el que apareciera la estructura y organización de la administración del departamento de Córdoba.

El 18 de abril de 2016⁷ se celebró la audiencia de pruebas, la cual se suspendió y se reanudó el 5 de mayo de la misma anualidad⁸.

El 14 de junio de 2016⁹ se celebró la audiencia de alegaciones y juzgamiento, en la cual la magistrada ponente manifestó que el fallo se dictaría por escrito dentro de los 30 días siguientes.

Mediante sentencia del 10 de agosto de 2016¹⁰, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, accedió a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, declaró la nulidad del acto demandado.

Inconforme con la decisión adoptada, el apoderado judicial del demandado interpuso recurso de apelación, el cual se concedió en providencia del 8 de septiembre de 2016¹¹ y se ordenó la remisión del expediente a esta Corporación.

⁷ Folios 140 y 141 del cuaderno 1 del expediente.

⁸ Folios 122 y 123 del cuaderno 1 del expediente.

⁹ Folios 239 y 240 del cuaderno 1 del expediente.

¹⁰ Folios 242 a 255 del cuaderno 1 del expediente.

¹¹ Folio 270 del cuaderno 1 del expediente.

Por auto del 28 de septiembre de 2016¹², el magistrado ponente de la Sección Quinta del Consejo de Estado adoptó las siguientes decisiones: **(i)** admitió el recurso; **(ii)** ordenó a la secretaría de la Sección que lo pusiera a disposición de la parte demandante por el término de 3 días; **(iii)** ordenó que vencido el plazo anterior, permaneciera el expediente en secretaría por otros 3 días para que las partes presentaran alegatos de conclusión y, **(iv)** ordenó poner el expediente a disposición del ministerio público con el fin de que rindiera concepto dentro de los 5 días siguientes.

6. Sentencia de primera instancia

Corresponde a la dictada por la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba el 10 de agosto de 2016, mediante la cual accedió a las súplicas de la demanda.

Indicó que conforme a las pruebas, Farid Saker García era el padre del demandado y fue el director del Departamento Administrativo de Planeación del departamento de Córdoba desde el 10 de junio de 2015 al 31 de diciembre de la misma anualidad.

Expresó, con fundamento en sentencia del 20 de febrero de 2009, dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro del expediente 2007-00800-01¹³, que el concepto de autoridad política previsto en el artículo 189 de la Ley 136 de 1994¹⁴ se extendía a los funcionarios del nivel departamental en virtud del principio de integración normativa, norma que consagraba que los jefes de los departamentos administrativos ejercían tal autoridad.

Aludió a la misma sentencia para señalar que la autoridad administrativa consistía en la potestad que ejercen quienes desempeñan cargos en la administración, los cuales implican poder decisorio, de mando o de *“imposición”* sobre sus subordinados o la sociedad.

¹² Folio 275 del cuaderno 2 del expediente.

¹³ M.P. Susana Buitrago Valencia

¹⁴ **“ARTÍCULO 189. AUTORIDAD POLÍTICA.** Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

Transcribió las funciones del director del Departamento Administrativo de Planeación de Córdoba, previstas en los decretos departamentales 2457 de 2010 y 243 de 2014, mediante los cuales el gobernador de la entidad territorial delegó en el citado funcionario facultades de contratación.

Sostuvo que de acuerdo al manual de funciones, el señor Farid Saker García, padre del demandado, no ejerció autoridad administrativa porque en este no se le otorgaron facultades de decisión, poder o mando sobre sus subordinados o la comunidad, toda vez que estas se referían a la coordinación de la entidad de acuerdo a los verbos rectores relativos a coordinar, evaluar, apoyar, formular, organizar y compilar.

Afirmó que no se predicaba lo mismo de las atribuciones que le confirió el Decreto departamental 243 de 2014, debido a que a través de éste se facultó para adelantar procesos contractuales, adjudicar y suscribir contratos, vigilar y controlar los contratos, aspectos que implicaban autoridad administrativa.

Destacó que por la naturaleza del cargo que desempeñó Farid Saker García, ejerció autoridad política conforme al artículo 189 de la Ley 136 de 1994.

Con fundamento en los anteriores argumentos concluyó que Farid Abraham Saker Pérez violó el régimen de inhabilidades y, por ello, declaró la nulidad de su elección como concejal del municipio de Santa Cruz de Lorica para el periodo 2016-2019.

7. Recurso de apelación del señor Farid Abraham Saker Pérez

El apoderado del actor, mediante escrito del 22 de agosto de 2016¹⁵, apeló la sentencia de primera instancia, con apoyo en los siguientes argumentos:

Indicó que en el fallo de primera instancia se aseguró que el director

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo”.

¹⁵ Folios 260 a 268 del cuaderno 1 del expediente.

del Departamento Administrativo de Planeación de Córdoba, por la sola existencia de las funciones conferidas en el acto de delegación que hizo el gobernador, ejerció autoridad administrativa, asunto que, en su criterio, se debe ver desde otra perspectiva.

Explicó que de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 996 del 2005¹⁶, durante los cuatro meses anteriores a la elección está prohibida la contratación directa por parte de todas las entidades del Estado, salvo en materias relacionadas con la defensa y la seguridad del Estado, las cuales resulta lógico que no ejerce el director de planeación de un departamento.

Sostuvo que están exentos de la ley de garantías los contratos suscritos para emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como los necesarios para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones y aquellos imprescindibles para no afectar el funcionamiento de la administración, facultades que no delegó el gobernador de Córdoba.

Afirmó que en los términos del artículo 32¹⁷ de la Ley 996 de 2005, durante las elecciones se suspende cualquier vinculación que afecte la nómina del Estado, durante los cuatro meses anteriores a la elección, aspecto que se complementa con el párrafo del artículo 38¹⁸ de la Ley 996 de 2005, según el cual la nómina de los entes

¹⁶ **“ARTÍCULO 33. RESTRICCIONES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.** Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias”.

¹⁷ **“ARTÍCULO 32. VINCULACIÓN A LA NÓMINA ESTATAL.** Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.

PARÁGRAFO. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos”.

¹⁸ **“ARTÍCULO 38. PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS.** A los empleados del Estado les está prohibido:

(...)

PARÁGRAFO. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro

territoriales o de las entidades no se puede modificar dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones mediante voto popular, salvo que se trate de la provisión de cargos de manera definitiva por las situaciones que allí se describen; tampoco pueden ejercer las facultades de contratación, facultades que no delegó el gobernador de Córdoba en su director de Planeación.

Manifestó que el Tribunal obvió la situación anterior, pues estimó que Farid Saker García ejerció autoridad administrativa con ocasión del acto de delegación emitido por el gobernador de Córdoba, sin tener en cuenta para ello que de conformidad con la Ley 996 de 2005, las facultades para contratar quedaron suspendidas durante 4 meses.

Explicó que si las funciones son una expresión de la autoridad política o administrativa, en aplicación de la ley ***“opera como la figura administrativa de suspensión de los efectos del acto administrativo que las otorgó, o en otras palabras, si el acto administrativo conlleva la autoridad en cabeza del Gobernador transmitida a su Director del Departamento Administrativo de Planeación, para contratar en el campo específico de Ciencia y Tecnología, no se puede dividir el acto de delegación en el sentido de que la veda para la contratación no suspendió la autoridad administrativa del Gobernador (sic), porque esta es inescindible, esto es, que la ley de garantías electorales le suspendió el poder decisorio, pues si no puede contratar por disposición legal, tampoco ostenta el poder delegado durante los cuatro meses anteriores a las elecciones”***.
(Negrita fuera de texto)

de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa”.

Agregó que, conforme con lo expuesto, Farid Saker García no ejerció autoridad política o administrativa dentro del departamento de Córdoba y, por ello, no se configuró inhabilidad alguna en cabeza de su hijo Farid Abraham Saker Pérez que le impidiera ser elegido concejal del municipio de Santa Cruz de Lorica y, en esa medida, se debe revocar el fallo dictado en primera instancia para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

8. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Del señor Farid Abraham Saker Pérez

El apoderado del demandado en los alegatos de conclusión reiteró los argumentos que expuso en el escrito mediante el cual sustentó el recurso de apelación.

De la Registraduría nacional del Estado Civil

La apoderada de la entidad reiteró los argumentos que expuso en la contestación a la demanda y, en consecuencia, solicitó nuevamente declarar que la Registraduría Nacional de Estado Civil carece de legitimación en la causa por pasiva.

Del señor Aroldo Enrique Díaz Ballesteros

Vencido el término concedido para alegar de conclusión, guardó silencio.

9. Concepto del Ministerio Público

El procurador séptimo delegado ante el Consejo de Estado, solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, para lo cual expuso los siguientes argumentos:

Consideró que el *a quo* acertó cuando señaló que Farid Saker García, padre del demandado, sí ejerció autoridad política y administrativa al haber ocupado el cargo de director del Departamento Administrativo de Planeación del departamento de

Córdoba.

Expresó que conforme al artículo 40 de la Ley 136 de 1994, para que se configure la inhabilidad es necesario que el funcionario inhabilitante haya ejercido autoridad dentro de los 12 meses anteriores a la elección y, dentro del expediente, existe prueba de que el padre del demandado se posesionó el 10 de junio de 2015 como director del Departamento Administrativo de Planeación del departamento de Córdoba.

Sostuvo que si bien Farid Saker García no desempeñó sus funciones directamente en el municipio de Santa Cruz de Lorica, estas se ejercieron a nivel departamental, territorio en el que se encuentra el ente territorial para el cual fue elegido concejal Farid Abraham Saker Pérez.

Aseguró que no hay duda que la causal de inhabilidad establecida en el numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, se configuró en este caso y, por ello, el demandado trasgredió el régimen de inhabilidades para los concejales.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Según el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 615 de la ley 1564 de 2012, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del demandado, contra la sentencia del 10 de agosto de 2016, proferida por la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, en la que se declaró la nulidad de la elección del señor Farid Abraham Saker Pérez como concejal del municipio de Santa Cruz de Lorica - Córdoba, para el periodo constitucional 2016-2019.

2. Problema jurídico

Le corresponde a esta Corporación resolver, en los precisos términos expuestos en el recurso de apelación, si acertó la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, al acceder a las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad electoral inició el señor Aroldo Enrique Díaz Ballesteros, en procura de obtener la nulidad de la elección del Farid Abraham Saker Pérez, como concejal del municipio de Santacruz de Lórica para el periodo constitucional 2016-2019.

3. El caso concreto

En esta instancia, el apoderado del actor no controvierte el hecho de que el padre de su poderdante tenía funciones que implicaban el ejercicio de autoridad administrativa, de acuerdo con el Decreto 243 de 2014, por medio del cual el gobernador de Córdoba delegó en el director del Departamento Administrativo de Planeación del departamento algunas funciones en materia contractual.

Lo que cuestiona es que a diferencia de lo que concluyó el *a quo*, en su criterio el ejercicio de esa autoridad quedó suspendida durante 4 meses, al haberse activado la prohibición de contratación que establece la Ley 996 de 2005.

Sostiene que se debe entender que al operar la citada restricción para los entes territoriales, quedaron suspendidos los efectos del Decreto 243 de 2014 y, toda vez que el señor Farid Saker García se posesionó el 10 de junio de 2015 de manera que no ejerció autoridad administrativa en el departamento de Córdoba y por tanto Farid Abraham Saker Pérez no estaba inhabilitado para ser elegido concejal del municipio de Santa Cruz de Lórica.

Para iniciar el estudio que corresponde, debe tenerse en cuenta que en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994 el legislador dejó plasmado quienes ejercen autoridad administrativa.

La citada norma determina que la dirección administrativa la detentan los alcaldes, los secretarios de las alcaldías, los jefes de departamento administrativo, los gerentes o jefes de las entidades del nivel descentralizado y los jefes de las unidades administrativas

especiales.

Además de los funcionarios descritos en precedencia, la ley señala que también ejercen autoridad administrativa los empleados oficiales que se encuentren autorizados para celebrar contratos, convenios, ordenar gastos, conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones o suspenderlas, trasladar horizontal o verticalmente a los funcionarios subordinados, reconocer horas extras etc. Al efecto la norma dispone:

“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”.* (Negrita fuera de texto)

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 la norma está compuesta por un criterio orgánico y otro funcional, el primero, referido a los cargos que por disposición legal se sobreentiende ejercen autoridad administrativa y, el segundo, referido a la capacidad de adoptar decisiones que implican ejercicio de esa facultad.

En concreto, esta Sala señaló:

“Esta sección ha determinado con fundamento en el artículo 190 arriba transcrito que el concepto de autoridad administrativa comprende dos criterios:

1. Criterio orgánico: *Es el ejercicio de algunos de los cargos señalados en el precepto normativo, o el ejercicio de los máximos niveles decisorios de la respectiva dependencia o entidad.*

2. Criterio funcional: *Corresponde a la capacidad decisoria referente a los aspectos relativos a: (i) manejo del personal vinculado con la institución, (ii) ordenación del gasto, (iii) facultad para investigar faltas disciplinarias, entre otras funciones”.*

En la misma providencia, se recordó que esta Sección en sentencia del 6 de mayo de 2013, con ponencia del doctor Alberto Yepes Barreiro, al hablar sobre el ejercicio de autoridad administrativa, señaló que únicamente se necesita que tal facultad se ejerza al interior del territorio, esto es, que se ejerza dentro del departamento para que se configure, para este caso, la causal de inhabilidad para los concejales prevista en el numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, la cual, es idéntica en su texto a la prevista para los gobernadores en el numeral 5 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000.

Sobre el particular, la Sección Quinta del Consejo de Estado, expuso:

“Ahora bien, sobre el elemento territorial consagrado en el artículo 30 numeral 5 de la Ley 617 de 2000, se encuentra que sólo es necesario que la autoridad se “ejerza” al interior del territorio al que se refiere la causal de manera que no es requerimiento que la autoridad se ostente respecto de todo el departamento, sino que basta que tal circunstancia se presente dentro o al interior de éste, así, con claridad esta Sección ha dicho que:

“Como elemento territorial, el numeral 5º del artículo 30 de la ley 617 de 2000 establece que el funcionario inhabilitante debió ejercer autoridad en el respectivo departamento (...).

*“(...) la norma legal que establece la inhabilidad no exige que el funcionario haya ejercido la autoridad mediante el desempeño de un cargo del orden departamental, en forma tal que los servicios se hayan prestado de manera exclusiva en el departamento, como lo plantea el apoderado del demandado. **En realidad, se exige que el funcionario haya ejercido autoridad en el respectivo departamento,** lo cual significa que esa autoridad puede provenir del desempeño de un cargo del orden nacional, como en este caso.*

*“En efecto, el numeral 5° del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 señala que la inhabilidad se establece respecto de funcionarios que “... hayan ejercido autoridad en el respectivo departamento ...”, lo cual permite afirmar que sólo indica el territorio en el que los funcionarios deben haber ejercido la autoridad para que se conviertan en inhabilitantes para su pariente, cónyuge o compañero permanente que sea candidato o hubiere resultado elegido gobernador, **más no señala el cargo que se debe desempeñar ni el orden a que pertenezca [...]**¹⁹²⁰. (Negrillas propias del texto original). Con la misma lógica de la sentencia en cita, y atendiendo al alcance del concepto jurídico de territorio, concluye la Sala que para que se configure el elemento espacial del caso objeto de estudio es preciso que, la autoridad se ejerza al interior del departamento de Caldas, del cual, por supuesto, hacen parte todos sus municipios, incluida su Capital”.*

Lo anterior resulta relevante, pues la autoridad administrativa se detenta por el hecho de que exista la facultad que implique su ejercicio, consagrada en la ley o en un acto administrativo vigente, en otras palabras, que subsista en el ordenamiento jurídico porque no ha sido derogada, revocada o suspendido sus efectos.

Así mismo en esa providencia se sostuvo 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 autoridad²¹.

Ahora, si bien es cierto que en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, se determinó que los directores de las entidades descentralizadas del orden municipal, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones no pueden celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades que se encuentren a su cargo, lo cierto es que para esta Sala la restricción, a diferencia de lo que plantea el apoderado del apelante, no suspende transitoriamente los efectos de los actos

¹⁹ En relación con este pronunciamiento, vale la pena señalar que la Corte Constitucional, mediante la providencia T-167 del 2005, respaldó la tesis del Consejo de Estado, al considerar que no se había incurrido en vía de hecho al interpretar el numeral 5° del artículo 30 de la ley 617 de 2000.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejero Ponente Dr. Darío Quiñones Pinilla, sentencia de 29 de abril de 2005, número de radicación 11001-03-28-000-2003-00050-01(3182).

administrativos en los cuales se hayan otorgado facultades para celebrar convenios o contratos estatales, pues la ley no dispuso una consecuencia en tal sentido.

El párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, es del siguiente tenor:

“PARÁGRAFO. *Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.*

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa”.

No hay lugar a otra interpretación porque en la misma ley, concretamente en el artículo 40, dispuso que el funcionario que trasgreda, entre otras, la prohibición de contratación directa, será objeto de la imposición gradual de las sanciones previstas en el Código Disciplinario Único o Ley 734 de 2002.

²¹ Ver sentencia de 3 de noviembre de 2016, expediente 13001-23-33-000-2016-00078-01, M.P. Alberto Yepes

La norma en comento, establece:

“ARTÍCULO 40. SANCIONES. *Incumplir con las disposiciones consagradas en este capítulo, será sancionable gradualmente de conformidad con lo establecido en la Ley 734 de 2002 y según la gravedad del hecho”.*

Lo anterior significa que los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades del nivel descentralizado del orden territorial, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones tienen la posibilidad de celebrar convenios interadministrativos, solo que al desconocer la restricción legal, serán acreedores de las sanciones disciplinarias a que haya lugar.

Ahora bien, lo dicho implica que la prohibición está consagrada en el ámbito de la contratación directa, pero no para las demás modalidades de contratación, en específico las que se adelantan mediante licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada, invitación pública etc., en concreto, el ejercicio de autoridad administrativa, tratándose de contratación, sigue en cabeza de la persona que la ostenta quien, además de lo anterior, en relación con los contratos suscritos antes de entrar en vigor la prohibición establecida en la ley de garantías, sí puede prorrogarlos, modificarlos, adicionarlos y liquidarlos, siempre con sujeción a los principios de planeación y transparencia.

Conforme con lo expuesto, ante la Sección Quinta del Consejo de Estado no puede prosperar el argumento según el cual el señor Farid Saker García, en su calidad de director del Departamento Administrativo de Planeación del departamento de Córdoba, durante los cuatro meses anteriores a la elección de su hijo Farid Abraham Saker Pérez no ejerció autoridad administrativa, puesto que, como quedo expuesto, esa facultad no se suspende aún bajo la prohibición del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, y además tal como se ha dicho en varias oportunidades por esta Sección para la configuración de esta inhabilidad no se requiere el ejercicio material de las funciones del cargo, sino que se ostenten.

Así las cosas, en el asunto bajo examen está acreditado a folio 33 del cuaderno 1 del expediente, que Farid Saker García es el padre

de Farid Abraham Saker Pérez, pues así se aprecia en el registro civil de nacimiento 24717610 de la Notaría Única de Lórica.

De igual manera, a folio 26 del cuaderno 1 del expediente, se encuentra el formulario E-26 CON del 30 de octubre de 2015, mediante el cual se declara a Farid Abraham Saker Pérez como concejal electo del municipio de Santa Cruz de Lórica para el periodo 2016-2019, por el partido cambio radical, de acuerdo con las elecciones llevadas a cabo el 25 de octubre de la misma anualidad.

A su vez, en los folios 210 y 211 del mismo cuaderno, existe certificación expedida por la directora administrativa con funciones de personal de la gobernación de Córdoba, en la que hace constar que Farid Saker García *“ejerció el cargo denominado Director de Departamento Administrativo de Planeación, Código 55, Grado 03, de la Planta Global de cargos del Nivel de la Gobernación del Departamento de Córdoba, a partir del día 10 de junio de 2015, fecha del Acta de Posesión, hasta el día 30 de diciembre de 2015”*.

El aparte transcrito demuestra que el padre del demandado ocupó el empleo dentro de los 12 meses anteriores a la elección de su hijo y que sus funciones las ejerció dentro del departamento de Córdoba, a donde pertenece el municipio de Santa Cruz de Lórica.

En el mismo documento se indica que las funciones del director del Departamento Administrativo de Planeación de ese ente territorial son las consagradas en el Decreto 2457 de 2010, mediante el cual se ajustó el manual específico de funciones y competencias laborales de la planta global de la gobernación, así como las señaladas en el Decreto 243 de 2014.

Como lo señaló el tribunal de la primera instancia, del Decreto 2457 de 2010 no es posible endilgar al padre del actor el ejercicio de facultades administrativas, en tanto las funciones que allí se le confirieron están previstas para la elaboración, entre otros, de proyectos de ordenanza, asesoramiento a las dependencias del nivel central y descentralizado, coordinación y evaluación de la inversión pública, compilación de los planes de desarrollo, asesoramiento en estudios de carácter técnico, emisión de

conceptos, participar en las reuniones del consejo de gobierno, etc., las cuales no se pueden entender como el ejercicio de facultades administrativas, en los términos expuestos en esta providencia.

No sucede lo mismo con el Decreto 243 de 2014, *“Por medio del cual se realiza una delegación de funciones en el titular del Departamento Administrativo de Planeación y se dictan otras disposiciones”*, el cual consagra en el artículo quinto, lo siguiente:

*“Deléguese en el titular del Departamento Administrativo de Planeación o quien haga sus veces, **la realización del trámite requerido para desarrollo y celebración de los procesos de contratación, a saber las etapas precontractual, contractual y poscontractual, celebración y suscripción de contratos y convenios, así como también la ordenación del gasto para la contratación de temas a cargo de su dependencia y de la contratación realizada con recursos provenientes de Regalías, exclusivamente en los temas de ciencia y tecnología**”.*
(Negrita fuera de texto)

Para la Sala, sin lugar a equívocos, las facultades que se acaban de describir, implican el ejercicio de autoridad administrativa, en la medida que todas se relacionan con la posibilidad de desarrollar procesos de contratación desde la etapa precontractual hasta la poscontractual.

Conforme con lo anterior, al igual que lo concluyó el Tribunal Administrativo de Córdoba, para la Sección Quinta del Consejo de Estado se configura en el señor Farid Abraham Saker Pérez la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, según el cual 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; (...)**”.*

Bajo las consideraciones expuestas, se confirmará con efectos *ex nunc*, la sentencia del 10 de agosto de 2016, dictada por la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante la cual se declaró nula la elección de Farid Abraham Saker Pérez como concejal del municipio de Santa Cruz de Lorica, para el periodo constitucional 2016-2019.

De otra parte, se precisa que en cuanto al argumento que esbozó la Registraduría Nacional del Estado Civil en los alegatos de segunda instancia, atinente a que se declare su falta de legitimación en la causa por pasiva -que también había invocado como excepción y no fue analizada por el a quo- comoquiera que dicha situación no fue objeto de apelación, resulta extemporánea.

Para finalizar el estudio de la apelación, el apoderado del demandado apoya los argumentos del recurso contra la sentencia de primera instancia en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, sin embargo, la Sala no adelantará pronunciamiento particular en relación con esta norma, porque la prohibición y excepciones a la facultad de contratación que esta contiene, solo opera durante las elecciones presidenciales, aspecto sustancialmente diferente al que se encuentra bajo examen, el cual tiene que ver con el ejercicio de facultad administrativa como causal inhabilitante dentro de las elecciones del nivel territorial.

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

FALLA

PRIMERO: Confírmase la sentencia del 10 de agosto de 2016, que dictó la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante la cual declaró nula la elección de Farid Abraham Saker Pérez como concejal del municipio de Santa Cruz de Lorica para el periodo constitucional 2016-2019, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado