



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A**

Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., 7 de noviembre de 2018

Radicación: 05001-23-33-000-2012-00334-01
N. ° Interno: 1122-2015
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Jorge Cardona Bravo y Joaquín David Berrio Gómez
Demandado: Nación, Procuraduría General de la Nación.

Ley 1437 de 2011

Sentencia O- 214-2018

ASUNTO

La Sala de Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 12 de diciembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que denegó las pretensiones de la demanda.

LA DEMANDA¹

Los señores Jorge Cardona Bravo y Joaquín David Berrio Gómez, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 del CPACA, formularon las siguientes

Pretensiones:

¹ Folios 1 a 11 del cuaderno 1.

«[...] **PRIMERA:** Se declare la nulidad de la Resolución No. 12 de 2011, por medio de la cual el Procurador Provincial de Puerto Berrio, Antioquia profirió fallo de primera instancia en contra de los señores: JOAQUÍN DAVID BERRIO GÓMEZ [...] y JORGE CARDONA BRAVO [...], sancionándolos con suspensión por el término de seis (6) meses e inhabilidad especial para ejercer el cargo por el mismo término de seis (6) meses, por haber encontrado probado el cargo único calificado como **grave a título de dolo**.

SEGUNDA: Se declare la nulidad del fallo de segunda instancia con fecha de 1º de diciembre de 2011 (acto administrativo), por medio del cual el Procurador Regional de Antioquia confirmó la decisión calendada el 5 de septiembre de 2011 proferida por el Procurador Provincial de Puerto Berrio, Antioquia.

TERCERA: Como consecuencia de la nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordene el levantamiento de la anotación o registro realizado por la División de Registro y Control de la sanción Disciplinaria, igualmente se condene al pago de perjuicios morales los cuales se tasan en las (sic) suma de \$15.000.000 para cada (sic) de los demandantes, consistente en el desprestigio y daño moral que se le causó la sanción a cada uno de los solicitantes, igualmente se condene en costas y agencias en derecho.

CUARTA: Igualmente se ordenará que a la sentencia se le dé cumplimiento en los términos del artículo 176 y 177 del C.C.A. y a los valores reconocidos en la conciliación se les ajustará tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor conforme a los dispuesto en el artículo 179 ibídem, así como a las costas y agencias en derecho.

QUINTO: Se condenará en costas a la entidad demandada.» (ortografía, mayúsculas y negrillas del texto original)

Fundamentos fácticos relevantes

1. Los señores Joaquín David Berrio Gómez y Jorge Cardona Bravo se desempeñaron como concejales del municipio de Cisneros, Antioquia, para el período constitucional 2008-2011.
2. En sesiones del 11 y 15 de mayo de 2009, los miembros del Concejo Municipal de Cisneros, en aplicación del Acuerdo 022 de 2003 «por medio del cual se adopta el nuevo Reglamento Interno del Concejo Municipal de Cisneros Antioquia», revocaron el mandato de la presidenta de aquella corporación, señora Fabiola Romero Jaimes y en su reemplazo, se designó al señor Jaime Andrés Aguirre Castrillón.

3. El Tribunal Administrativo de Antioquia decretó la suspensión provisional de la elección de Jaime Andrés Aguirre Castrillón, para lo cual inaplicó el Acuerdo 022 de 2003, al resolver el recurso de apelación formulado en contra del auto por el cual el juez de primera instancia denegó el decreto de la medida.

4. El Juzgado Diecinueve Administrativo de Medellín, mediante sentencia del 9 de noviembre de 2009, declaró la nulidad de la mencionada elección y ordenó la compulsa de copias a la Procuraduría Provincial de Puerto Berrio.

5. A través de la Resolución 12 de 2011, la Procuraduría Provincial de Puerto Berrio declaró responsables disciplinariamente a los demandantes, por vulneración del artículo 29 de la Constitución Política y los artículos 28, 31 y 51 de la Ley 136 de 1994, en la remoción de la presidenta del Concejo Municipal de Cisneros, Antioquia. En consecuencia, les impuso sanción de suspensión en el ejercicio de las funciones por 6 meses e inhabilidad especial por el mismo término.

6. La decisión sancionatoria fue confirmada por la Procuraduría Regional de Antioquia, mediante decisión del 1 de diciembre de 2011.

7. Los señores Jorge Cardona Bravo y Joaquín David Berrio Gómez demandaron la nulidad de los actos sancionatorios, por considerar que fueron expedidos con falsa motivación, por los siguientes razonamientos:

- **La conducta no es típica:** afirmaron que con su proceder no incurrieron en desconocimiento del artículo 12² de la Ley 136 de 1994, toda vez que la decisión reprochada estuvo dirigida a revocar el nombramiento de la señora Fabiola Romero Jaimes como presidente de la Junta Directiva del Concejo Municipal, lo cual, no se relaciona con su periodo como concejal.

- **La conducta no es dolosa:** En este sentido explicaron que para revocar el cargo de presidenta del Concejo municipal de la señora Fabiola Romero Jaimes atendieron el artículo 12 del Acuerdo 022 de 2003, el cual estaba investido de la presunción de legalidad y su inaplicación por inconstitucional o ilegal requería un conocimiento especializado en el área jurídica, el cual no tenían los demandantes comoquiera que eran «campesinos, comerciantes».

Además, la contradicción de dicho acto frente a normas superiores no era «palmaria y manifiesta», pues ni siquiera fue advertida por el juez administrativo que inicialmente resolvió la medida de suspensión provisional, dentro del proceso electoral que se inició en contra del nombramiento de Jaime Andrés Aguirre Castrillón, a lo que se agrega que la excepción de ilegalidad no le correspondía aplicarla a la autoridad administrativa sino a los jueces de la República.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

² Así se indicó en el escrito de demanda, sin embargo, puede entenderse que se trata del artículo 51 de la Ley 136 de 1994, referido a las faltas absolutas de los concejales.

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.³

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)⁴

«[...] **Se tiene que de acuerdo a los hechos de la demanda y su contestación, la disconformidad** de las partes se fundamenta en determinar si es procedente declarar que los señores Joaquín David Berrio y Jorge Cardona Bravo, en su calidad de concejales del municipio de Cisneros para el periodo 2008 a 2011, no incurrieron en falta disciplinaria al revocar el mandato de la presidenta del Concejo Municipal de Cisneros – Antioquia quien para la época era la señora Fabiola Romero Jaimes, en sesión del 11 de mayo de 2009 y nombrar como nuevo presidente de la Corporación Edilicia al señor Jaime Andrés Aguirre Castrillón y en consecuencia, ordenar la nulidad de los actos administrativos Resolución N° 12 del 5 de septiembre de 10 Proferida por la Procuraduría Provincial de Puerto Berrío(sic), mediante la cual se ordenó sancionar a los demandantes en su condición de concejales del municipio de Cisneros, periodo 2008 a 2011, con suspensión por el término de seis (06) meses e inhabilidad especial para ejercer el cargo por el mismo término y la Resolución proferida por la Procuraduría Regional de Antioquia el 1 de diciembre de 2011, a través de la cual se confirmó el fallo disciplinario de primera instancia.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó la parte demandante que se ordene el levantamiento de la anotación de la sanción disciplinaria realizada por la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación en el certificado de antecedentes disciplinarios de los actores y adicionalmente, el pago de los perjuicios morales causados por la imposición de la sanción, los cuales estimó en una suma de quince millones de pesos (\$15.000.000) para cada uno de los accionantes. [...]».⁵ (negrillas del original)

³ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015) EJRLB.

⁴ La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última. Hernández Gómez William, actualmente Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

⁵ El acta de la audiencia inicial folios 742 a 748 y CD folio 749 del cuaderno 2.

SENTENCIA APELADA⁶

El Tribunal Administrativo de Antioquia, en sentencia escrita del 12 de diciembre de 2014, denegó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las razones que a continuación se resumen:

Luego de hacer referencia a las pruebas que obran en el expediente y de realizar un recuento de los argumentos de las sanciones disciplinarias, indicó que no se evidencia que los actos administrativos demandados hubieran sido expedidos con falsa motivación, pues existió correspondencia entre la decisión que se adoptó y los motivos que le sirvieron de sustento, además se expusieron las razones de hecho y de derecho que llevaron a la responsabilidad disciplinaria de los demandantes.

En ese sentido, observó que las providencias disciplinarias sancionaron a los investigados en calidad de concejales del municipio de Cisneros, Antioquia, por encontrar probado que el 11 de mayo de 2009 revocaron la designación de la presidenta del Concejo Municipal, sin adelantar un debido proceso para ello, con desconocimiento de la presunción de inocencia así como de los derechos de contradicción y defensa, comportamiento que se constituye en la falta tipificada en los artículos 34-1 y 35-1 de la Ley 734 de 2002, relacionados con el cumplimiento de la Constitución y las leyes, razón por la cual su conducta se definió como grave cometida a título de dolo, por el conocimiento y voluntad de dirigir su acción contra el ordenamiento jurídico.

Así mismo, el *a quo* indicó que no es recibo el argumento según el cual los disciplinados no son eruditos en temas relacionados con derecho constitucional y la ley, pues consideró que admitirlos sería tanto como «entregar una patente de corso» a los miembros de los concejos municipales para omitir o extralimitarse en el ejercicio de sus funciones.

Por lo demás, el Tribunal Administrativo se pronunció respecto de la inconformidad de los demandantes frente a la calificación de la falta atribuida, respecto de lo cual expuso que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es una instancia más para reabrir el debate propio del proceso disciplinario, además, el titular de la acción disciplinaria tiene independencia y autonomía y puede hacer uso de las reglas de interpretación de las normas jurídicas, dentro de los límites impuestos por la Constitución y la ley, tal y como lo admitió la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷.

⁶ Folios 769 a 784 del cuaderno 2.

⁷ Al respecto, citó la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 11 de julio de 2013, radicación: 520012331000200400188-02(1982-09).

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN⁸

La parte demandante presentó recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, mediante escrito en el que solicitó que se revoque la sentencia del *a quo*, con base en los siguientes argumentos:

Precisó que el Concejo Municipal de Cisneros adoptó su reglamento interno mediante Acuerdo 022 del 2 de diciembre de 2003, conforme con el artículo 313 de la Constitución Política y el artículo 3 de la Ley 136 de 1994, y fue sometido a revisión del gobernador, en virtud del artículo 82 *ibidem*, quien no formuló objeción alguna, por tanto, goza de presunción de legalidad.

En relación con el mencionado acuerdo, explicó que el artículo 12 previó que en los siguientes eventos, la mesa directiva o su presidente podrían ser revocados por la mayoría de los concejales:

- «1. Cuando la mesa Directiva entorpezca la buena marcha de los proyectos que mejore la calidad de vida y el bienestar de la Comunicad(sic) de Cisneros.
2. Se rehúse a citar a los Concejales en los periodos ordinarios o sesiones extraordinarias.
3. Cuando con sus actuaciones viole el Reglamento Interno, el Código de Ética de los Concejales o ponga en entredicho el buen nombre de la Corporación.
4. De todas formas en los casos que genere conflicto.» (ortografía y mayúsculas del original)

En su criterio, se garantizó el debido proceso de la señora Fabiola Romero Jaimes, presidenta del Concejo Municipal, como quiera que para efectos de revocar su nombramiento, se atendieron las causales contempladas en el Acuerdo precitado. Anotó además que ellos no participaron en la elaboración ni discusión del Acuerdo 22 de 2003.

Igualmente, insistieron en que no tenían la capacidad de determinar, con grado de certeza, que lo consignado en el Reglamento Interno de la Corporación era contrario a la Constitución Política y a la Ley 136 de 1994, toda vez que no tienen la formación necesaria para definir si se debe aplicar la excepción de ilegalidad o inconstitucionalidad del artículo 12 del Acuerdo 022 de 2003, máxime si se tiene en cuenta que cuando fue demandada la elección del nuevo presidente del Concejo de Cisneros, el Juez 19 Administrativo de Medellín negó la medida de suspensión provisional, decisión que fue revocada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, de lo cual se colige que no es palmaria y manifiesta la contradicción del artículo 12 en cuestión frente a normas de rango superior, de esta manera, el error que se les endilga no tiene la entidad suficiente para constituir falta disciplinaria.

⁸ Folios 787 a 791 del cuaderno 2.

De otra parte, los apelantes insistieron en que los actos sancionatorios están falsamente motivados, habida cuenta de que no existe en el proceso disciplinario prueba alguna que demuestre que su conducta fue desplegada de forma dolosa, motivo por el cual sostuvieron que debe declararse su nulidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Nación – Procuraduría General de la Nación⁹

El apoderado de la parte demandada expuso que la actuación disciplinaria desplegada se adelantó con sujeción a las normas aplicables y con plena garantía del debido proceso y del derecho de defensa, además de que están revestidas por la presunción de legalidad, y agregó que las diferencias interpretativas que se presenten entre el titular de la facultad sancionadora y los demandantes, por sí mismas, no son suficientes para invalidar la decisión administrativa.

Adicionalmente, manifestó lo siguiente:

- Tanto la Procuraduría Provincial de Puerto Berrio como la Procuraduría Regional de Antioquia tenían competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad disciplinaria de los demandantes, según lo previsto por el Decreto ley 262 de 2000 y la Resolución 213 de 2003.
- El proceso disciplinario se originó en la información suministrada por la señora Fabiola Romero Jaimes y luego en la compulsa de copias que efectuó el Juzgado 19 Administrativo de Medellín.
- Se garantizó el derecho de contradicción y defensa de los disciplinados durante todo el trámite.
- Se definió la responsabilidad disciplinaria de los demandantes conforme las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, de acuerdo con las cuales la remoción de la señora Romero Jaimes, como presidente del Concejo de Cisneros, estuvo inspirada en intereses de tipo político, distintos a aquellos que fueron expuestos en el acto administrativo que adoptó la decisión de retirarla de aquella dignidad.

En efecto, para calificar la falta como dolosa, la Procuraduría General de la Nación tuvo en cuenta que en la sesión donde revocaron la elección de la presidenta del Concejo, el señor Cardona Bravo refirió que no se trataba de un asunto personal, pero que preferían tener un presidente que fuera de su equipo político, y a su turno, el señor Berrio Gómez dijo que era algo político, no personal y que la

⁹ Folios 816 a 823 del cuaderno 2.

mayoría decidía en ese tipo de corporaciones, de lo cual, se concluye que fueron intereses políticos los que motivaron la decisión de revocatoria.

- El hecho de que no sean especialistas en materias jurídicas por ser «campesinos comerciantes» no exime a los disciplinados de responsabilidad, puesto que juraron cumplir con la Constitución y las leyes, además, la ignorancia de la ley no sirve de excusa para su desconocimiento.

- No se configuran los cargos de falsa motivación y desviación de poder, puesto que en los actos administrativos se indicó su objeto y sustento legal, además, se profirieron en el marco de las facultades constitucionales y legales sancionatorias que tiene la Procuraduría General de la Nación.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal tal y como se desprende del informe secretarial que obra en el folio 825 del cuaderno principal.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁰, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

CUESTIÓN PREVIA

1. Competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones disciplinarias que comporten restricciones a los derechos políticos de servidores públicos de elección popular

Mediante sentencia del 15 de noviembre de 2017, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹¹ estudió la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar disciplinariamente a los servidores públicos de elección popular con destitución, suspensión e inhabilidad general y especial.

¹⁰ 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, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

¹¹ Sentencia del 15 de noviembre de 2017, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente 1131-2014, radicado 11001032500020140036000, demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego.

En dicha oportunidad, la Corporación concluyó que la sentencia C-028 de 2006 proferida por la Corte Constitucional constituyó cosa juzgada constitucional de manera parcial en cuanto dispuso que la competencia del mentado órgano de control para investigar y sancionar disciplinariamente a servidores públicos de elección popular se acompasa con el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto el objeto de su actuación sea prevenir hechos de corrupción o conjurar actos que promuevan o constituyan casos de tal naturaleza.

De esta forma, el Consejo de Estado advirtió que la atribución de sancionar inhabilitando el ejercicio de derechos políticos a funcionarios de elección popular por conductas no constitutivas de corrupción no había sido objeto de análisis por el máximo juez constitucional, asunto que procedió a revisar, concluyendo lo siguiente:

«[...] [A] la luz de las facultades otorgadas por la Constitución de 1991 al poder judicial, y de la integración de estas con la salvaguarda a los derechos políticos que ostentan los servidores públicos de elección popular, es dable establecer que, a la luz del artículo 23 convencional, solo los jueces de la República resultan competentes para imponer las sanciones que impliquen la destitución y la inhabilidad general de derechos políticos cuando quiera que estas provengan de acciones u omisiones que, no obstante ser contrarias a derecho, no constituyan casos de corrupción.

En este sentido, la interpretación que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado hace del artículo 277 de la Constitución Política, en su numeral 6, que dispone como una de las funciones del Procurador General de la Nación la de “ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”, debe corresponder a una hermenéutica que mejor armonice con la protección de los derechos humanos, en aplicación del principio de favorabilidad o *pro hominem*, en este caso, de los derechos políticos de los servidores de elección popular. Derechos que, conforme con el artículo 23.2 de la CADH, no pueden ser restringidos sino por un funcionario con jurisdicción, mediante una sentencia judicial dictada dentro de un proceso de la misma naturaleza.

De acuerdo con lo anterior, el numeral 6 del artículo 277 de la Constitución Política debe interpretarse así: **“las respectivas sanciones” que puede imponer el Procurador General de la Nación “conforme a la Ley”, tratándose de servidores públicos de elección popular, como resultado de una investigación disciplinaria cuyo origen no se trate de conductas constitutivas de actos de corrupción, son todas aquellas establecidas en el ordenamiento interno, distintas a las señaladas en el artículo 44 del CDU, que implican restricción de derechos políticos de tales servidores, como la destitución e inhabilidad general (numeral 1) y la**

suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial (numeral 2) [...]

Según puede observarse, para ese caso particular se adujo que, tratándose de faltas disciplinarias que no involucren actos de corrupción, la competencia de la Procuraduría General de la Nación respecto de funcionarios públicos de elección popular tan solo se encuentra restringida cuando la sanción a imponer suponga una limitante a los derechos políticos de aquellos, lo que sucede con la destitución e inhabilidad general, así como con la suspensión en el ejercicio del cargo y la inhabilidad especial.

[...]

Dicho lo anterior, es de vital importancia señalar que la sentencia del 15 de noviembre de 2017, proferida por esta Corporación, fue clara en el sentido de indicar que esta no implicaba en modo alguno despojar de competencia al órgano de control. En primer lugar, en virtud de los efectos *inter partes* de la decisión, pero además porque se exhortó «[...] al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación, para que en un término razonable, de dos (2) años, procedan a responder ante dicho Sistema, a evaluar y a adoptar las medidas que fueren pertinentes, en orden a armonizar el derecho interno con el convencional y a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos [...]».

Así las cosas, aunque eventualmente y de acuerdo a la regulación que se expida en cumplimiento de dicha orden llegare a cobrar gran importancia la identificación de aquellas conductas constitutivas de actos de corrupción, lo cierto del caso es que hoy en día, en punto a definir la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar disciplinariamente a los servidores públicos de elección popular, este órgano de control no ha visto modificadas las atribuciones que le asisten en la materia.

Por el contrario, a raíz de los mencionados efectos y del plazo concedido, el Consejo de Estado concluyó que, mientras que se adoptan los ajustes en el ordenamiento interno, la competencia de la Procuraduría General de la Nación para destituir e inhabilitar servidores públicos de elección popular se mantiene incólume.

En el mismo sentido, en auto del 13 de febrero de 2018, por medio del cual se resolvió la solicitud de aclaración que formuló la Procuraduría General de la Nación respecto del mencionado fallo, la Corporación, aunque negó tal petición, expuso lo siguiente en los considerandos de la providencia:

«[...] El control de convencionalidad solo surte efecto directo entre las partes de este proceso, lo que quiere decir, que el criterio hermenéutico que adoptó la Sala sobre la interpretación del artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 conforme a la norma convencional, no puede significar que

esta hubiere hecho un pronunciamiento con vocación erga omnes respecto de la pérdida de vigencia de las normas de derecho interno que fijan la competencia a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones que comporten restricción a los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular [...]»¹²

Así las cosas, a pesar de que en el caso objeto de estudio se revisa la legalidad de la sanción disciplinaria de suspensión e inhabilidad para el ejercicio de cargos de elección popular, como lo es el de concejal municipal, la competencia del ente sancionador no podría ponerse en entredicho bajo el hipotético argumento de que las conductas estudiadas no envuelven actos de corrupción. Lo anterior porque las atribuciones de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a servidores públicos de elección popular no fueron restringidas, modificadas, ni suprimidas mediante la sentencia del 15 de noviembre de 2017.

Finalmente, vale la pena resaltar las consideraciones de la sentencia C-222 de 1999 en la cual la Corte Constitucional, sobre el tema puntual de la competencia de la Procuraduría para conducir los procesos disciplinarios que hayan de seguirse contra los concejales, afirmó:

«[...] Respecto de los concejales municipales, la Constitución consagra en forma enfática (art. 312 C.P.) que "los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos". No obstante, en el artículo 123 **Ibídem** sí se establece con claridad que los miembros de las corporaciones públicas **son servidores públicos**. Y es que no es lo mismo pertenecer a este género (servidor público) -que abarca a todos los que mantienen un vínculo laboral con el Estado, bien desde el punto de vista legal y reglamentario o puramente contractual- que ser catalogado como empleado público, una especie de aquél, que se caracteriza por una relación legal y reglamentaria, de modo que el nexo con el Estado tiene lugar por nombramiento y posesión y no por contrato. Los empleados públicos son servidores públicos. Los concejales también, pero sin tener el carácter específico de empleados públicos, dado el origen de su vinculación, por elección popular, que difiere del de aquéllos.

Esto significa que los concejales municipales, aun no siendo empleados públicos, sí son servidores del Estado y, en realidad, puesto que desempeñan funciones al servicio del mismo, son "funcionarios". Con este término se define en general a quien cumple una función y, en la materia de la que aquí se trata -la disciplinaria- comprende a quienes, por su vínculo laboral con el Estado y en razón de las responsabilidades que contraen (art. 123 C.P.), están sujetos a la vigilancia de la Procuraduría General de la Nación.

¹² Auto del 13 de febrero de 2018, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, radicado 11001032500020140036000, expediente 1131-2014, demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego.

La Constitución de 1991 ha utilizado la expresión genérica ya mencionada -servidores públicos- para resaltar que quienes pertenecen a esta categoría están al servicio del Estado y de la comunidad (art. 123 C.P.) y que no desempeñan los cargos o empleos -por importantes que ellos sean- en su propio beneficio e interés, sino en el colectivo, siendo por tanto depositarios de la confianza pública, que no pueden defraudar, respondiendo en consecuencia por sus acciones u omisiones (art. 6 C.P.).

Pero con ello no se quiere decir que en la terminología legal esté proscrita la utilización del vocablo "funcionarios", como sinónimo de "servidores públicos", que es justamente lo que ocurre en este caso.

Ahora bien, del hecho de que la Constitución Política manifieste en forma clara e inequívoca que los concejales municipales no son empleados públicos no se desprende que les pueda ser suprimido o ignorado su carácter de "funcionarios", término que utiliza la norma demandada en el entendido de que alude a "servidores públicos", de lo cual surge con meridiana claridad que están sujetos a la vigilancia del Ministerio Público, a cargo de la dependencia del mismo que la ley señale.

Las procuradurías provinciales tienen, pues, competencia para conducir los procesos disciplinarios que hayan de seguirse contra los concejales, y ello no se opone a la Carta Política sino que la desarrolla. Además, existe concordancia entre esta regla y la consagrada en el literal g) del artículo 68 de la misma Ley 201 de 1995, que atribuye, en cuanto a los concejales, una competencia supletiva o residual a la que se ha asignado para las departamentales. [...]»

Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿La conducta desplegada por los señores Jorge Cardona Bravo y Joaquín David Berrio Gómez, en calidad de concejales del municipio de Cisneros, Antioquia, al participar de la decisión de revocar el mandato de la presidente de la Corporación, es típica?
2. ¿Se encuentra demostrado que la conducta fue dolosa?
3. ¿La presunción de legalidad del artículo 12 del Acuerdo 022 de 2003 constituía un error invencible para los demandantes de que su conducta no configuraba falta disciplinaria?

4. ¿La falta de preparación en áreas jurídicas se constituye en eximente de la responsabilidad disciplinaria de los demandantes?

Primer problema jurídico

¿La conducta desplegada por los señores Jorge Cardona Bravo y Joaquín David Berrio Gómez, en calidad de concejales del municipio de Cisneros, Antioquia, al participar de la decisión de revocar el mandato de la presidente de la Corporación, es típica?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: La conducta de los demandantes configuró es típica, por las razones que pasan a explicarse:

La tipicidad en el derecho disciplinario

La tipicidad como categoría dogmática del derecho disciplinario encuentra su razón de ser en el principio de legalidad como expresión del debido proceso que implica que nadie puede ser juzgado si no por una infracción, falta o delito descrito previamente por la ley. En efecto, el artículo 29 de la Constitución Política impone que «nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio». En términos de la Corte Constitucional¹³ este principio «cumple con la función de garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro proteger la seguridad jurídica».

Así las cosas, le corresponde exclusivamente al legislador definir, de forma abstracta y objetiva, qué conductas desplegadas por quienes tienen a su cargo el ejercicio de funciones públicas deben ser objeto de sanción por afectar el correcto desarrollo del servicio que le ha sido encomendado o por el abuso en su ejercicio¹⁴.

El proceso de adecuación típica supone la comprobación lógica y razonada de la relación de subsunción entre la descripción legal de la conducta disciplinable y la efectivamente desplegada por el sujeto activo, de lo cual surge a su vez, una relación de contrariedad entre el comportamiento de quien tiene a su cargo el ejercicio de funciones públicas y el deber presuntamente incumplido.

El análisis de la tipicidad es un apartado fundamental en la motivación del acto administrativo que impone una sanción disciplinaria, acto en el que la autoridad cuenta con un margen de interpretación más amplio que el que se encuentra en el

¹³ Sentencia C-769 de 1999. Corte Constitucional.

¹⁴ El artículo 6 de la Constitución Política prevé: *Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.*

derecho penal, pues la precisión con la cual deben estar descritos los comportamientos disciplinariamente reprochables tiene una mayor flexibilidad al concebido en materia criminal, ante la dificultad de que la ley haga un listado detallado de absolutamente todas las conductas constitutivas de falta¹⁵; como consecuencia de ello se ha avalado, desde un punto de vista constitucional¹⁶, la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados y la formulación de los tipos abiertos y en blanco que están redactados con una amplitud tal que hace necesario remitirse a otras normas en las que se encuentren consagrados los deberes, las funciones o las prohibiciones que se imponen en el ejercicio del cargo, y que exigen un proceso de hermenéutica sistemática lógica que demuestre en forma congruente cómo la conducta investigada se subsume en la descrita por la ley.

Conviene aclarar que los conceptos jurídicos indeterminados, entendidos como «aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas»¹⁷, son admisibles en la forma de consagrar infracciones administrativas siempre que las remisiones a otras normas o a otros criterios permitan determinar los comportamientos censurables, pues de permitirse que el operador sea quien defina la conducta sancionable de manera discrecional sin referentes normativos precisos se desconocería el principio de legalidad¹⁸.

Ahora bien, en cuanto a los tipos abiertos y los tipos en blanco¹⁹, se observa que la jurisprudencia constitucional se ha referido a ellos de manera indistinta, para dar a entender que se trata de aquellas descripciones legales constitutivas de falta disciplinaria, que precisan la remisión a otras normas a fin de completar el sentido del precepto.

¹⁵ Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C-404 de 2001 indicó «la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados, la teleología de las facultades sancionatorias, los sujetos disciplinables y los efectos jurídicos que se producen frente a la comunidad, hacen que la tipicidad en materia disciplinaria admita -en principio- cierta flexibilidad»¹⁵, posición reiterada en sentencias C-818 de 2005 y C-030 de 2012.

¹⁶ Frente a este punto se pueden ver varias sentencias de la Corte Constitucional, entre ellas, la C-393 de 2006.

¹⁷ Véanse las sentencias C-818 de 2005, C-762 de 2009, C-343 de 2006, C-030 de 2012, entre otras.

¹⁸ En la sentencia C-530 de 2003, admitió la «siempre y cuando dichos conceptos sean determinables en forma razonable, esto es, que sea posible concretar su alcance, en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos, o de otra índole, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados. Por el contrario, si el concepto es a tal punto abierto, que no puede ser concretado en forma razonable, entonces dichos conceptos desconocen el principio de legalidad, pues la definición del comportamiento prohibido queda abandonada a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que valoran y sancionan libremente la conducta sin referentes normativos precisos».

reiterado en C-406 de 2004 y C-030 de 2012.

¹⁹ Sentencias C-404 de 2001, C-818 de 2005.

Lo anterior se desprende del concepto jurídico avalado en la sentencia C-818 de 2005²⁰, entre otras, en la cual se sostuvo que los *tipos abiertos* son «aquellas infracciones disciplinarias que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos que se subsumen en las mismas, remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos. Así, la tipicidad en las infracciones disciplinarias se determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria».

En relación con los *tipos en blanco*, aquella Corporación también considera que apunta a preceptos que requieren de una remisión normativa para completar su sentido²¹ bajo la condición de que se «verifique la existencia de normas jurídicas precedentes que definan y determinen, de manera clara e inequívoca, aquéllos aspectos de los que adolece el precepto en blanco» exigencia que trasciende al campo disciplinario, según lo señalado por la sentencia C-343 de 2006.

No obstante, la doctrina distingue los tipos en blanco de los abiertos, para señalar que los primeros requieren de un suplemento normativo para completar su alcance²², mientras que los segundos se pueden delimitar así «El tipo abierto, como lo ha definido su creador, es aquel en el cual el legislador no ha determinado de manera completa la materia de la prohibición, correspondiéndole cerrarlo al juez: “la materia de la prohibición no está descrita en forma total y exhaustiva por medio de elementos objetivos”²³, afirma Hans Welzel»²⁴. Es así como los tipos en blanco se han incluido en la clasificación de tipos según su estructura formal²⁵, mientras que los abiertos ingresan en la división según su contenido²⁶.

Estructura de la falta disciplinaria por incumplimiento de deberes en el caso bajo estudio

El artículo 6 de la Constitución Política literalmente prevé: «Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones». Al respecto, la Corte Constitucional²⁷ sostuvo: «[...]

²⁰ En este aparte cita la Sentencia C-401 de 2001.

²¹ Ver la sentencia 404 de 2001.

²² Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 433 – 445.

²³ Claus Roxin. *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1979, p.6.

²⁴ Gómez Pavajeau. *Op. Cit.*, p. 431.

²⁵ Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Temis S.A. 2000, p.115.

²⁶ *Ibidem* p.118.

²⁷ C-252 de 2003. « [...] Las expectativas de los ciudadanos en relación con el Estado sólo pueden cristalizarse a través del cumplimiento de las funciones de sus servidores, de suerte que los fines de aquél constituyen al mismo tiempo el propósito de las funciones de éstos [...]». Tomado del

Como estos deberes surgen del vínculo que conecta al servidor con el Estado y como su respeto constituye un medio para el ejercicio de los fines estatales orientados a la realización integral de la persona humana, es entendible que su infracción constituya el fundamento de la imputación inherente al derecho disciplinario [...].».

Debe resaltarse, que la responsabilidad de los servidores públicos se configura no solo por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones, sino también por infringir la Constitución y las leyes, tal y como se deriva de la expresión «Los servidores públicos lo son por la misma causa» contenida en el precepto Superior antes citado, aspecto que se remarca en el artículo 123 *ejusdem*, al determinar que quienes presenten esta forma de vinculación están al servicio del Estado y de la comunidad y además están en la obligación de cumplir sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

En efecto, cuando una persona se posesiona en un cargo como servidor público debe prestar juramento de que desempeñará los deberes que le incumben en tal estatus y de que cumplirá y defenderá la Constitución, tal y como lo consagra el artículo 122 de la Constitución Política, al señalar «Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben», situación que impone un código de conducta ajustada a las normas que se comprometió a cumplir en las actuaciones que desarrolle en tal calidad.

De allí se deriva que la falta disciplinaria se realiza por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, por extralimitación de sus funciones, pero también con ocasión de ellos²⁸, concepto que se acompasa con la finalidad del derecho disciplinario, esto es, la búsqueda del interés general encausado a través de la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado, en los términos del artículo 2 de la Carta Política, cuyo tenor literal es el siguiente:

«ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes,

texto «De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud» de Alejandro Ordoñez Maldonado. Procuraduría General de la Nación. Página 24.

²⁸ Artículo 27 de la Ley 734 de 2002.

creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.»

En línea con lo anterior, según el artículo 23 de la Ley 734 de 2002 constituye falta disciplinaria la ejecución de cualquiera de las conductas descritas por la misma norma que conlleve el incumplimiento de deberes, la extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, sin que esté presente alguna de las causales de exclusión de responsabilidad de que trata el artículo 28 *ibidem* y en el mismo sentido, el artículo 27 prevé «Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones».

Así mismo, el artículo 34 del Código Disciplinario Único, en el ordinal 1, impone a todo servidor público la obligación de cumplir con los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso y las leyes, entre otras fuentes de derecho. El tenor literal de la norma es el siguiente:

«Artículo 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

Los deberes consignados en la Ley 190 de 1995 se integrarán a este código.

[...]»

Por su parte, el artículo 35 *eiusdem* proscribe todas aquellas conductas que impliquen el desconocimiento de los deberes, el abuso de los derechos o la extralimitación de funciones señalados por los mismos instrumentos normativos, en los siguientes términos:

«Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

[...]»

De acuerdo con lo anterior, el incumplimiento de deberes como falta disciplinaria es un tipo abierto que requiere de la integración con otras disposiciones normativas. De esta manera, para lo que es materia de estudio, es necesario verificar el contenido de los artículos 28, 31 y 51 de la Ley 136 de 1994 en concordancia con el artículo 29 Constitucional.

Así pues, el artículo 28 de la Ley 136 de 1994 se refiere a la composición de las mesas directivas de los concejos municipales, el texto vigente de la norma para la época en la que ocurrieron los hechos era el siguiente:

«ARTÍCULO 28. MESAS DIRECTIVAS. La Mesa Directiva de los Concejos se compondrá de un Presidente y dos Vicepresidentes, elegidos separadamente para un período de un año. Las minorías tendrán participación en la primera vicepresidencia del Concejo, a través del partido o movimiento político mayoritario entre las minorías.²⁹ Ningún concejal podrá ser reelegido en dos períodos consecutivos en la respectiva mesa directiva.» (resalta la Sala)

De lo expuesto, se observa que la norma en mención prevé que los concejales deben elegir un presidente de la Mesa Directiva, quien desempeñará el cargo por un período de un año, sin que la ley admita la posibilidad de «destitución» del funcionario seleccionado.

A su vez, el artículo 31 hace referencia a la potestad que tienen aquellos cuerpos colegiados para expedir su reglamento interno «en el cual se incluyan, entre otras, las normas referentes a las comisiones, a la actuación de los concejales y la validez de las convocatorias y de las sesiones.», precepto normativo que tampoco se relaciona con la posibilidad de que a través del reglamento se establezcan causales de revocación del cargo de los miembros de la Mesa Directiva.

Por su parte, el artículo 51 describe los eventos en los que se presentan las faltas absolutas de los concejales, que se contraen a las siguientes:

- «a) La muerte;
- b) La renuncia aceptada.
- c) La incapacidad física permanente;
- d) La aceptación o desempeño de cualquier cargo o empleo público, de conformidad con lo previsto en el artículo 291 de la Constitución Política;
- e) La declaratoria de nulidad de la elección como concejal;
- f) La destitución del ejercicio del cargo, a solicitud de la Procuraduría General de la Nación como resultado de un proceso disciplinario;
- g) La interdicción judicial;
- h) La condena a pena privativa de la libertad.»

²⁹ Este inciso fue modificado por el artículo 22 de la Ley 1551 de 2012. El nuevo texto es el siguiente: «El o los partidos que se declaren en oposición al alcalde, tendrán participación en la primera vicepresidencia del Concejo.»

Y finalmente, el artículo 52 de la norma en cuestión, indica cuáles son las faltas temporales de los concejales, en los siguientes términos:

- «a) La licencia;
- b) La incapacidad física transitoria;
- c) La suspensión del ejercicio del cargo a solicitud de la Procuraduría General de la Nación, como resultado de un proceso disciplinario;
- d) La ausencia forzada e involuntaria;
- e) La suspensión provisional de la elección, dispuesto por la Jurisdicción Contencioso Administrativa;
- f) La suspensión provisional del desempeño de sus funciones dentro de un proceso disciplinario o penal.»

Hasta este punto, se observa que las únicas causales por las cuales habrá lugar a la remoción del cargo de presidente de la Mesa Directiva del Concejo Municipal, están dadas en la ley, que de manera general son: por vencimiento del período, porque opere alguno de los eventos en los que hay lugar a la separación absoluta o temporal del cargo de concejal o por renuncia a dicha dignidad (artículo 53).

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que a voces del artículo 29 de la Constitución Política «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas», lo cual implica que nadie pueda ser juzgado «sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.», y que la imposición de una sanción por parte de una autoridad administrativa supone que se haga por el funcionario competente y que se garantice la presunción de inocencia, los derechos de defensa y contradicción.

Comportamiento reprochado en el presente asunto

La Procuraduría Provincial de Puerto Berrio declaró responsables disciplinariamente a los señores Jorge Cardona Bravo y Joaquín David Berrio Gómez en calidad de concejales de Cisneros, Antioquia, toda vez que ellos, junto con otros miembros de la corporación³⁰, en sesión del 15 de mayo de 2009, revocaron el nombramiento de la señora Fabiola Romero Jaimes como presidenta del Concejo de dicho ente territorial, el cual se había efectuado el 28 de noviembre de 2008, para un período legal de un año.

La mencionada medida se motivó en faltas al Reglamento Interno y el Código de Ética de la Corporación, en las que había incurrido dicha servidora, situación que generaba la necesidad de recuperar y proteger la buena imagen de aquel cuerpo colegiado, sin embargo, pese a que la revocatoria del mandato legal se impuso como sanción, no se adelantó un debido proceso ni se le garantizaron los derechos de contradicción y defensa para presentar y controvertir las pruebas que sirvieron de soporte para adoptar tal decisión. A pesar de las alertas que hizo la

³⁰ Los otros concejales fueron Martha Nelly Agudelo Peláez, Jaime Andrés Aguirre Castrillón y Gilberto Cuesta Cossio.

afectada y otros miembros de la Corporación con la decisión, sobre la posible responsabilidad disciplinaria de tal proceder, ellos se mantuvieron en su posición y eligieron como nuevo presidente al señor Jaime Andrés Aguirre Castrillón.

Pruebas que sustentaron la declaración de responsabilidad disciplinaria

Al expediente se allegaron los siguientes documentos:

- Acuerdo 014 de 21 de agosto de 2003 «POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTA EL CÓDIGO DE ÉTICA PARA TODOS LOS HONORABLES CONCEJALES DE CISNEROS ANTIOQUIA Y SE EXPIDE SU REGLAMENTACIÓN» (folios 319 a 322 cuaderno 1).

- Acuerdo 022 de 2 de diciembre de 2003 «POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTA EL NUEVO REGLAMENTO INTERNO DEL CONCEJO MUNICIPAL DE CISNEROS ANTIOQUIA», cuyo artículo 12 prevé:

«La Mesa directiva o su Presidente podrán ser revocados por la mayoría de los Concejales en los siguientes casos:

1. Cuando la mesa Directiva entorpezca la buena marcha de los proyectos que mejore (sic) la calidad de vida y el bienestar de la Comunidad de Cisneros.
2. Se rehuse(sic) a citar a los Concejales en los periodos ordinarios o sesiones extraordinarias.
3. Cuando con sus actuaciones viole el Reglamento Interno, el Código de Etica(sic) de los Concejales o ponga en entredicho el ben nombre de la Corporación.
4. De todas formas en los casos en los que genere conflicto.»
(Ortografía del original) (Folios 323 a 340 cuaderno 1).

- Copia del Acta 022 del 11 de mayo de 2009 de la sesión celebrada en el Concejo Municipal de Cisneros, al cual asistieron los concejales:

Jaime Aguirre Castrillón
Martha Nelly Agudelo Peláez
Weimar Barrera Vásquez
Jorge Cardona Bravo
Joaquín Berrio Gómez
Aristóbulo Cardona Mendoza
Gilberto Cuesta Cossio
Oscar López Restrepo
Fabiola Romero Jaimes

En el punto de «PROPOSICIONES Y ASUNTOS VARIOS», se trató el siguiente tema, el cual transcribe la Subsección en extenso, dado que en ella consta la conducta reprochada³¹:

«[...] El Honorable Concejal Jaime Andrés Aguirre toma el uso de la palabra y procede a dar lectura al comunicado así:

Cisneros, mayo 07 de 2009

Los Concejales del municipio de Cisneros, Antioquia MARTHA NELKLY (sic) AGUDELO PELÁEZ, JAIME ANDRES AGUIRRE CASTILLO, JOAQUÍN BERRIO GOMEZ, GILBERTO CUESTA COSSIO Y JORGE CARDONA BRAVO, cuerpo mayoritario del Concejo Municipal considerando los siguientes aspectos:

- Que viola continuamente el reglamento interno por parte de la presidencia al enviar proyectos de acuerdo a comisiones diferentes a las que corresponde dichos proyectos, demostrando con ello desconocimiento de sus funciones estipuladas en el artículo 9 del reglamento interno del Concejo de Cisneros, buscando con ello viciarlos de nulidad desde el principio.

- Que con esa actuación se usurpan las funciones de la secretaria del Concejo, quien es la encargada de radicar y repartir a las comisiones permanentes, los proyectos de acuerdo allegados a su despacho.

- Que con sus actuaciones dentro y fuera del Concejo está creando conflictos con la Administración municipal, sus funcionarios y miembros de la comunidad en general.

- Que con su ejercicio al frente de la Presidencia ha llevado al Honorable Concejo Municipal a perder su imagen y credibilidad, pues se ha convertido en fuente de conflictos y constantes escándalos públicos que desdibujan la labor e imagen de tan alta dignidad corporativa.

- Que la presidenta del Honorable Concejo Municipal con sus actuaciones ha violado el reglamento interno en sus artículos 9, 14 numeral 2, 52, 53 y el Código de ética de los Concejales en sus artículos 3 numeral 4, 5 y 10, 4 numeral 2, 7 numeral 1 y artículo 9 numeral 4. Todas estas normas han sido violadas flagrantemente en el ejercicio de su función como Presidenta del Honorable Concejo municipal.

- Acogiéndonos al acuerdo(sic) 022 de 2003, Reglamento interno del Concejo municipal de Cisneros que en su artículo 12 dice: Revocatoria: la mesa directiva o su Presidente podrán ser revocados por la mayoría de los Concejales en los siguientes casos:

1. Cuando la mesa directiva entorpezca la buena marcha de los proyectos que mejoren la calidad de vida y el bienestar de la comunidad de Cisneros.

2. Se rehúse a citar a los Concejales en los periodos ordinarios o sesiones extraordinarios (sic).

3. cuando sus actuaciones viole (sic) el reglamento interno, el Código de ética de los Concejales o ponga en entredicho el buen nombre de la Corporación.

4. De todas las formas en los casos que genere conflicto.

³¹ Folios 313 a 318 cuaderno 1.

Por todo lo anterior la mayoría de los integrantes del Honorable Concejo Municipal revoca a la señora Fabiola romero (sic) Jaimes como Presidente del Honorable Concejo municipal. Esto en aras de recuperar y conservar el buen nombre e imagen de nuestra institución, Concejo Municipal.

A partir de este momento los aquí firmantes no reconocemos ninguna autoridad por parte de la señora FABIOLA ROMERO JAIMES, dentro de la mesa directiva del honorable Concejo Municipal.

Solicitamos al Vicepresidente 1°(sic) o en su defecto al Vicepresidente 2°(sic), para que asuma la presidencia del Honorable concejo Municipal en forma provisional mientras se procede a nombrar al Presidente para el resto de este periodo.

MARTHA NELLY AGUDELO PELAEZ
JAIME ANDRES AGUIRRE CASTRILLON
JOAQUIN DA VID(SIC) BERRIO GOMEZ
GILBERTO CUESTA COSSIO
JORGE CARDONA BRAVO

El Concejal Jaime Andrés continua diciendo: esto es un comunicado no personal, sino que se hizo una coalición interna esto pasa políticamente y aquí están los motivos de la decisión de la revocatoria tal como lo plantea el artículo 12 de nuestro acuerdo 022 del 2003, dejando de precedente que como norma jurídica cuando la ley tiene vacíos obviamente esta desde el año 2003, estamos en el 2009 y todos los días las normas cambian, pero hasta el momento es la decisión que tomamos todos los cinco Concejales del cuerpo mayoritario del Concejo Municipal. Muchas gracias Presidenta.

[...]» (ortografía y gramática del texto original)

En la misma Acta 022 quedaron registradas las intervenciones de los concejales que participaron en la sesión del 11 de mayo de 2009 y algunas de estas fueron:

«El señor Vicepresidente le da la palabra al Honorable Concejal Jaime Andrés:

Pues yo creo que lo que pasó aquí [...] estos son juegos políticos y esto no es nada personal Doña Fabiola, usted es una mujer muy Honorable(sic) para mi concepto. [...] si todos nos equivocamos pero en juegos políticos es eso juegos políticos hoy estamos, mañana no estamos, hubo una coalición el año pasado que la integraron ustedes con argumentos de defender ciertas posiciones que convencido y he actuado transparentemente y decía que no eran correctas y siempre se quedaban en el aire porque?(sic) Porque no tenía la mayoría si! Todos nos ceñimos, la normas es muy clara, la ley es dura pero es la ley y tenemos que cumplirla y que es lo que estamos haciendo, haciéndola cumplir.

[...] El Honorable Concejal Oscar López toma el uso de la palabra y dice: esto es ya la primera petición que les hago a los cinco Concejales de la coalición y es que por escrito me pasen puntualmente de manera exhaustiva y pormenorizada de qué forma estuve entorpeciendo la marcha de los proyectos que mejoran la calidad de vida. Y a la Presidenta, en qué momento, cuando y porque se rehusó a citar a los

concejales y puntualmente [...] cuando con sus actuaciones violó el reglamento interno y el código de ética, o puso en entredicho el buen nombre de la Corporación la Presidenta y cuando generó conflicto [...] donde se ha estado entorpeciendo, y eso si lo van a tener que demostrar. [...] Honorables Concejales! Yo he visto que las cosas han ocurrido justo a tiempo, mucho menos del tiempo que permite la Ley, por eso nunca van a poder demostrar que aquí esa revocatoria es legal, ¡eso hay que demostrarlo! Y si no van a tener unos problemas disciplinarios y aquí van a tener que demostrar con todo el procedimiento, con todo el proceso que de verdad si se cumplieron las normas, de manera Honorables Concejales mucho cuidado con esto [...]

El Concejal Oscar López toma el uso de la palabra y dice: pienso yo y sigo diciendo si se trata y todos han manifestado que es por cuestión política no he visto razones de peso que lleven a una revocatoria [...] pero aquí veo yo y gracias a Dios queda grabado, está manifestando que es un juego político, que no hay nada, no hay razones de peso razones que justifiquen frente al reglamento interno que digan fue que hizo esto y esto y esto y por esto no puede seguir, de pronto hasta uno también vota, pues lógico si yo veo que la van a señalar y veo que las razones son reales y son válidas si yo estoy de acuerdo que se baje el Presidente que sea pero cuando me demuestre que es por esto y por aquello pero no que por política, entonces eso ya no es política eso es politiquería, ya eso es ansias de poder [...]»

- El 15 de mayo de 2009 el Concejo de Cisneros sesionó nuevamente, tal y como consta en el Acta 023, sin la asistencia de 5 de los miembros de la Corporación, entre ellos, Jorge Cardona Bravo y Joaquín Berrio Gómez, de la cual se destacan las siguientes manifestaciones:

«[...] Concejal Weimar [...] es triste que todo un abogado haga caso de unos oficios que no son más que oficios y papeles que llegaron a la secretaría y que se leyeron por parte del Honorable Concejal Jaime Andrés el 11 de mayo revocando la Presidencia de la Honorable Concejala, violando así el artículo 28 donde las mesas directivas son por un año, en ninguna parte más de la norma está establecido de que se pueda revocar una Presidencia con cosas que no se ha podido demostrar, argumentando una violación a unos artículos del reglamento interno y el código de ética que yo sepa no mostraron prueba alguna, que yo sepa ni siquiera se puso en el orden del día el punto de revocar el mandato de la Presidencia, que yo recuerde Honorables Concejales menos fue puesta a consideración [...] el aprobar esta revocatoria no se [...] a que está jugando los Honorables Concejales Martha Nelly Agudelo, Jaime Andrés Aguirre Castrillon (sic), Joaquín Berrio Gómez, Gilberto Cuesta Cossio y Jorge Cardona argumentando que se está violando la ley o serán ellos los que la están violando?, que nos quede la inquietud [...] y que se ponga en tela de juicio en la procuraduría, la contraloría, el Contencioso Administrativo de lo que está haciendo esta gente [...] violando la Ley. [...] Espero [...] tomemos la medidas pertinentes para denunciar ante los entes pertinentes lo que aquí está pasando, que yo sepa la destitución de la Presidenta solo se da ante un

proceso jurídico, ante un fallo Constitucional, pero hasta el momento no se ha dado [...]»

El Concejal Aristóbulo Cardona toma el uso de la palabra y dice: [...] Me identifico con los dos compañeros y yo como vicepresidente voy a demandar esto y se va a mandar a la Procuraduría todos los actos ilegales porque según escucha uno rumores, los que estamos violando la ley somos nosotros; entonces yo creo que lo que nos diga el Contencioso Administrativo pero la ley se está interpretando bien, nosotros estamos centrados en la ley. En el reglamento interno hay una revocatoria ¡sí! Hay una revocatoria, pero un acuerdo no puede tumbar una ley porque es que la ley es superior a un acuerdo y fuera que el acuerdo está viciado también, [...] la ley 136/94 es supremamente clara [...]» (ff. 433 a 437 C. 1)

- A través escrito de fecha 15 de mayo de 2009 la señora Fabiola Romero Jaimes y el concejal Aristóbulo Cardona Mendoza se dirigieron a aquellos miembros de la Corporación para solicitarles replantear su decisión, por cuanto con ella se violaba la ley (ff. 527 y 528 C. 1).

- Mediante auto del 10 de agosto de 2009, el Tribunal Administrativo de Antioquia decidió el recurso de apelación interpuesto contra la providencia que negó la suspensión provisional del acto por medio del cual se eligió al señor Jaime Andrés Aguirre Castrillón como presidente del Concejo Municipal de Cisneros, dentro del proceso de nulidad electoral, iniciado por la señora Fabiola Romero Jaimes. En aquel proveído se declaró inaplicable el artículo 12 del Acuerdo 022 de 2003, por considerar que mediante el reglamento interno de la entidad no es posible variar el período de las Mesas Directivas ni contemplar la revocatoria de la designación de sus miembros, pues con ello se desconocen normas de rango superior, tales como los artículos 28 y 31 de la Ley 136 de 1994. (ff. 392 a 397 C. 1).

- De igual manera, el Juzgado 19 Administrativo de Medellín, a través de sentencia del 9 de noviembre de 2009, declaró la nulidad del acto contenido en el Acta 023 del 15 de mayo de 2009, por medio del cual se nombró como presidente de la Mesa Directiva del Concejo de Cisneros al señor Jaime Andrés Aguirre Castrillón, después de la revocatoria de la designación de la señora Romero Jaimes, por estimar que con su expedición se desconocieron preceptos de carácter constitucional y legal a los cuales debió ajustarse. (ff. 402 a 411 C.1)

Análisis sobre la adecuación típica

En el caso bajo estudio, no se encuentra en discusión que los demandantes fueron elegidos concejales del municipio de Cisneros, Antioquia, para el periodo constitucional 2008 – 2011³² y que en el acta de instalación y de posesión de la

³² Folios 352 a 353 del C. 1

Duma municipal³³ quedó la constancia de que juraron cumplir fielmente la Constitución y las leyes, además, que la señora Fabiola Romero Jaimes, fue designada como miembro de la Mesa Directiva de la Corporación para el año 2009³⁴.

De acuerdo con el Acta 022 de la sesión del 11 de mayo de 2009, los señores Joaquín David Berrio Gómez y Jorge Cardona Bravo hicieron parte del grupo que decidió revocar la designación de la presidenta del Consejo de Cisneros, antes de que culminara el periodo de un año para el que fue elegida.

De las pruebas documentales allegadas al plenario, se encuentra acreditado que la remoción de la señora Fabiola Romero Jaimes y el nombramiento de su reemplazo, se fundó en la infracción de la primera al Código de Ética y al Reglamento Interno de la Corporación, sin que previamente, se le hubieran puesto de presente las razones de tal determinación ni los elementos de juicio que la sustentaron. Tampoco le fue concedida la oportunidad de controvertir las pruebas de dicho desconocimiento ni mucho menos aportar alguna en su defensa.

El anterior comportamiento desconoció el debido proceso de la servidora afectada con la remoción, pues en el comunicado expuesto en la sesión del 11 de mayo de 2009 se invocaron unas supuestas conductas infractoras de los reglamentos de la entidad como fundamento de la reprochada decisión, que a la postre, se presentó como una sanción a su conducta sin haberle respetado las garantías constitucionales para el efecto.

Ahora bien, debe precisarse que no le asiste razón a la parte demandante cuando afirma que el debido proceso era el que estaba incluido en el artículo 12 del Acuerdo 022 de 2003, pues tal y como se advierte del texto de dicho contenido normativo, no se prevén oportunidades en las cuales se permita al concejal conocer previamente las razones por las cuales se pretende revocar su nombramiento ni de ejercer su derecho de defensa y contradicción, situación que no puede ser óbice para que tales garantías se concedieran por parte de la autoridad encargada de ejercer esa potestad, quien como se vio, en todo caso, está obligada a cumplir con los mandatos contenidos en la Constitución Política, máxime cuando la presidenta y otros miembros de la Corporación lo pusieron de presente y pese a ello persistieron en su posición.

No obstante lo anterior, del Acta 022 del 11 de mayo de 2009 se hace indiscutible que las razones expuestas para terminar de manera anticipada la designación de la presidenta, estuvieron inclinadas por razones de tipo político y no por el proceder de la concejal, lo cual evidencia aún más la vulneración de la garantías

³³ Folios 354 a 362 vto. del C. 1

³⁴ En los folios 311 a 312 vto. Del C. 1 se observa que el día 30 de noviembre de 2008, la Mesa Directiva electa para ejercer en la mencionada corporación durante el año 2009, hizo el juramento y tomó posesión; como Presidenta fue designada la concejala Fabiola Romero Jaimes.

constitucionales de aquella, pues el fundamento ni siquiera estuvo inspirado en la finalidad que la norma que sirvió de fundamento perseguía.

De otra parte, como quiera que el sustento normativo del acto de revocatoria del nombramiento, fue el mencionado artículo 12 del Acuerdo 022 de 2003, debían atender y no les estaba permitido desconocer que aquella no es una forma legal de separación del cargo, pues como se vio, no se trata de alguna de las descritas por los artículos 51, 52 y 53 de la Ley 136 de 1994 y se dio mucho antes de que se cumpliera el periodo de un año para el cual fue designada, según el artículo 28 *ibidem*.

En efecto, al avalar la decisión sancionatoria los demandantes le dieron un alcance al contenido del reglamento interno de la entidad mayor al previsto por la Ley 136 de 1994, comportamiento que se constituye en la afectación del deber de cumplir la ley, en los términos del ordinal 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 y en la prohibición de extralimitarse en el ejercicio de sus funciones, según lo previsto por el ordinal 1 del artículo 35 *ibidem*.

Precisamente, fue esta la razón por la cual la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo declaró la nulidad del Acta 023 del 15 de mayo de 2015, a través de la cual se eligió como presidente del Concejo del municipio de Cisneros a Jaime Andrés Aguirre Castrillón, pues con su expedición se omitieron los mandatos de la Ley 136 de 1994, en relación con el período de un año del cargo de presidente de la Mesa Directiva del Concejo (art. 28) y de las formas de separación del mismo (art. 51 y 52).

En consecuencia, el argumento de los demandantes no tiene vocación de prosperidad.

Conclusión: Se encuentra probado que la conducta de los señores Joaquín David Berrio Gómez y Jorge Cardona Bravo se adecúa a la descripción de los artículos 23 y 27 de la Ley 734 de 2002 por el incumplimiento de los deberes impuestos en el ordinal 1 del artículo 34 *ejusdem* e incurrir en la prohibición de que trata el ordinal 1 del artículo 35 de la misma ley, al desconocer las obligaciones de: i) respetar el debido proceso previsto en la Constitución Política para definir una decisión desfavorable para la señora Fabiola Romero Jaimes y ii) de acatar las causales legales de separación del cargo de presidente de la Mesa Directiva del Concejo Municipal.

Segundo problema jurídico

¿Se encuentra demostrado que la conducta fue dolosa?

La culpabilidad en materia disciplinaria

Para que un servidor sea declarado disciplinariamente responsable de una falta descrita previamente por la ley, se requiere la existencia de un elemento subjetivo de la conducta, es decir, que haya sido cometida a título de dolo o culpa. Es así como el artículo 13 de la Ley 734 de 2002 decreta «En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.» De esta forma, está excluida toda forma de responsabilidad objetiva, como un simple juicio de reproche por la coincidencia del comportamiento desplegado con el tipo disciplinario, la infracción del deber impuesto o de la prohibición decretada.

Es relevante igualmente señalar que la culpabilidad tiene incidencia directa en la imposición de la sanción³⁵, relación respecto de la cual esta Subsección precisó³⁶

«[...] El principio de dolo o culpa, nos permite distinguir diversos grados de culpabilidad en la comisión de la infracción, los cuales deben ser considerados por el órgano administrativo competente en el momento de individualizar la sanción. De este modo, el principio de culpabilidad coadyuva a la correcta aplicación del principio de proporcionalidad, pues permite una mayor adecuación entre la gravedad de la sanción y la del hecho cometido.

Una sanción proporcionada exigiría, por tanto, la previa consideración de si el ilícito ha sido cometido a título de dolo o culpa, así como del grado en que estos elementos han concurrido. Es notorio que el principio de proporcionalidad impide que por la comisión imprudente de una infracción, se imponga la sanción en su grado máximo [...] pues ese límite máximo correspondería a la misión dolosa³⁷ [...]»

De esta manera, las autoridades deben verificar si la conducta que se atribuye al encartado fue cometida con dolo o culpa, es decir de forma intencional o por descuido.

Concretamente en lo relativo al dolo, en materia disciplinaria no existe una definición expresa de dicho concepto, no obstante, en virtud de la integración normativa que remite al Código Penal³⁸, se infiere que este se identifica como el conocimiento del sujeto en relación a que los hechos son constitutivos de infracción o falta disciplinaria, y su voluntad en la ejecución de la conducta

³⁵ Artículo 44 de la Ley 734 de 2002.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de mayo de 2011, Radicación: 25000-23-25-000-2000-00281-01(2157-2005), Actor: Remberto Enrique Corena Silva y de la misa Subsección ver la sentencia del 20 de marzo de 2014, Radicación: 11001-03-25-000-2012-00902-00(2746-12), Actor: Víctor Virgilio Valle Tapia.

³⁷ En la providencia se citó: De Palma del Teso, Ángeles, «El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador». Editorial Tecnos. Madrid (España), 1996. Páginas 45 y 46.

³⁸ Código Penal: «Artículo 22: La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.»

infractora, es decir, se consolida cuando se encuentran acreditadas estas dos circunstancias.

En línea con lo anterior, se ha definido que el dolo está conformado: i) por el conocimiento de que los hechos son constitutivos de infracción disciplinaria y, ii) por la voluntad en la realización de la conducta. Por tanto, cuando estas dos circunstancias concurren es dable afirmar que la conducta fue realizada a título de dolo. Sobre el particular la jurisprudencia ha indicado³⁹:

«[...] Por otra parte por la vía de la jurisprudencia constitucional y de la doctrina se ha aceptado que el dolo se entiende configurado, en principio, cuando el disciplinado conoce la tipicidad de su conducta y, pese a ello, actúa en contra de sus deberes funcionales, con lo cual el conocer involucra el querer, ya que si se tiene conocimiento y pese a ello se realiza la conducta es porque efectivamente quiere el resultado [...]»

En relación con el dolo en materia disciplinaria, la Corte Constitucional en la sentencia T-319A de 2012 destacó algunas aproximaciones efectuadas por la doctrina autorizada en la materia, así:

«Tratándose del dolo en materia disciplinaria, se parte de una presunción, de estirpe constitucional, consagrada en el artículo 122 de la Carta, según el cual el funcionario, al momento de asumir sus funciones, se compromete solemnemente a cumplir la Constitución, la ley y los reglamentos que rigen la función o el servicio que va a desempeñar. Eso significa que entiende el compromiso que adquiere y que se obliga, no solo a observar las normas, sino a tener conocimiento de ellas y de la manera en que deben aplicarse (...).

Por lo anterior se afirma que el servidor público soporta una carga mayor y superior en materia de responsabilidad y que para excusarse de cumplir con sus postulados, debe probar, de manera fehaciente, que ha sido contra su querer o ajena a su voluntad la actuación que vulnera el ordenamiento, o que su propósito fue diferente al conseguido, o que actuó suponiendo unos resultados pero sobrevinieron unos diferentes.”⁴⁰

Así las cosas, la Sala resolverá el caso concreto con fundamento en las siguientes premisas: i) El examen de la culpabilidad del servidor público investigado por la presunta comisión de una falta disciplinaria es un requisito indispensable para la imposición de la sanción; ii) Dicho examen implica verificar si, con su conducta, el investigado vulneró la garantía de función pública que activa la potestad disciplinaria del

³⁹ Sentencia del Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Radicado: 11001-03-25-000-2013-00190-00(0449-13), del 29 de enero de 2015. Ver también sentencia T- 319 a de 2012 proferida por la Corte Constitucional.

⁴⁰ En la sentencia se citó: Brito Ruiz, Fernando. *Régimen Disciplinario. Procedimiento ordinario, verbal, pruebas*. Legis Editores S. A., Cuarta Edición, 2012.

Estado; iii) La autoridad disciplinaria cuenta con un amplio margen para determinar si la falta se cometió a título de dolo o culpa, dado el sistema de tipos abiertos y de “numerus apertus” que estableció el legislador en materia disciplinaria y; iv) **El dolo se entiende configurado, en principio, cuando el disciplinable conoce la tipicidad de su conducta y, pese a ello, actúa en contra de sus deberes funcionales.»** (Resalta la Sala).

Conforme los lineamientos anteriores, se verificará el análisis efectuado sobre el dolo en relación con si la conducta de los apelantes.

Análisis de la culpabilidad en el asunto en estudio

La Procuraduría Provincial de Puerto Berrio, en la Resolución 12 del 5 de septiembre de 2011, en relación con la culpabilidad de los señores Berrio Gómez⁴¹ y Cardona Bravo⁴², consideró:

«Se califica además como DOLOSA, porque está demostrado que el disciplinado actuó con conocimiento que su comportamiento constituía eventual falta disciplinaria y que pese a ello, voluntariamente encaminó su conducta con el ánimo de contrariar la ley; dada su calidad de concejal, desempeño que apareja responsabilidad, por tratarse de un cargo de elección popular que lleva consigo el necesario conocimiento de las más elementales normas que rigen su comportamiento, porque los motivos determinantes de la acción fueron políticos y que directamente encauzó su conducta a desconocer la normatividad que juró respetar y defender al momento de su posesión, es decir, se dan los elementos cognitivo y volitivo que estructuran el dolo.» (mayúsculas del original)

Por su parte, la Procuraduría Regional de Antioquia, en la decisión del 1 de diciembre de 2011 sostuvo lo siguiente:

«Ahora bien esta(sic) demostrado que los disciplinados actuaron con conocimiento que su comportamiento constituía falta disciplinaria y pese a ello, voluntariamente encaminaron su conducta con el ánimo de contrariar la ley, dada su calidad de concejales, es necesario el conocimiento de las más elementales normas que rigen su comportamiento, por cuanto los motivos determinantes de la acción fueron políticos, encauzando su conducta a desconocer la normatividad que juraron respetar y defender al momento de su posesión como concejales.» (ortografía del original) (f. 674 vuelto del C. ppal)

⁴¹ Folio 634 del C. ppal.

⁴² Folio 638 vuelto del C. ppal.

Las consideraciones de la autoridad sancionadora coinciden con el contenido de las Actas 022 del 11 de mayo de 2009 y 023 del 15 de mayo de 2009, previamente transcritas, pues de ellas se deduce el conocimiento que los disciplinados tenían de que no le fue respetado el debido proceso a la concejal Fabiola Romero Jaimes previo a la revocatoria de su designación como presidente, habida cuenta de que se hacen evidentes las manifestaciones de la afectada que reclamó la vulneración de sus garantías constitucionales y de la intervención del señor Oscar López Restrepo quien insistió en dicha apreciación, e incluso pidió que se presentaran por escrito de qué manera su gestión entorpeció los asuntos que debía evacuar la entidad, situación sobre la cual, más adelante los concejales Weimar Barrera Vásquez y Aristóbulo Cardona Mendoza hicieron hincapié.

Así mismo, de la exposición del señor Jorge Cardona Bravo en dicha sesión se deduce que la determinación obedeció a que era la voluntad mayoritaria de los miembros, al sostener «Esta decisión la tomé yo tampoco tan influido por x o y sino porque yo a pesar de desconocimiento y falta de práctica en estas lides políticas yo considero que una Corporación está sujeta a unas mayorías y que lo más lógico es que cambie también [...] si nosotros queremos tener un presidente que sea de nuestro equipo [...]», como también lo hizo el señor Jaime Andrés Aguirre, quien indicó que no existían motivos personales sino que obedecía a razones políticas, por el hecho de que se había conformado una coalición que resultaba ser la mayoría de la Corporación.

Igualmente, Joaquín Berrio Gómez tomó la palabra para reiterar la finalidad política de la revocatoria y puso de presente que de todas formas debía aplicarse el artículo 12, ordinal 4, del Reglamento Interno del Concejo, dadas las desavenencias de la concejal con el secretario de gobierno que generaban conflicto y afectaban la «buena relación con la Administración» (f. 576 vto. C. ppal.).

Adicionalmente, en la comunicación del 15 de mayo de 2009, los señores Fabiola Romero Jaimes y Aristóbulo Cardona Mendoza, le solicitaron a los miembros de la Corporación replantear su decisión, por cuanto con ella se violaba la ley (ff. 527 y 528 C. 1), prueba que los demandantes no controvirtieron pese a que se allegó al proceso.

Al respecto, los demandantes se escudaron en la presunción de legalidad del mencionado artículo 12 y en la ignorancia de la ley, sin embargo, la posición que ostentaban les imponía el conocer las normas que debían inspirar su actuaciones y acatarlas en la toma de sus decisiones, aspecto que se opone al ejercicio caprichoso y arbitrario de las funciones que les fueron confiadas, no obstante ni siquiera refutan haber tenido la diligencia de cerciorarse de que su proceder se ajustaba a los mandatos superiores al Acuerdo 022 de 2003, pese a las advertencias de los demás miembros del Concejo municipal les hicieron en tal sentido.

En ese orden, es claro que el comportamiento reprochado se desplegó de manera arbitraria, con fines distintos a aquellos que el artículo 12 del Acuerdo 022 de 2003 perseguía, sin observar diligencia alguna para el cumplimiento de los mandatos superiores que debían acatar. Al respecto, conviene señalar también que al prestar juramento cuando se posesionaron del cargo, los disciplinados se comprometieron a cumplir con la Constitución y la ley, aspecto que resulta ineludible pese a la naturaleza política del cargo de elección popular que ostentaban, además de que el ejercicio de las funciones que les fueron encomendadas debía estar inspirado en los principios previstos por el artículo 209 de la Constitución Política, entre los cuales están la moralidad y transparencia.

Conclusión: Se encuentra demostrado que la conducta de Jorge Cardona Bravo y Joaquín David Berrio Gómez fue dolosa, pues los demandantes tenían el deber de conocer las normas que debían acatar en el ejercicio de sus funciones como concejales del municipio de Cisneros, Antioquia, además, pese a que les fue puesto de presente el desconocimiento de los preceptos que consagran el debido proceso y las causales de cesación del ejercicio del cargo de presidente de la Corporación, insistieron en su posición motivados por el hecho de que era la voluntad de la mayoría de los concejales que habían conformado una coalición políticas.

Tercer y cuarto problemas jurídicos

¿La presunción de legalidad del artículo 12 del Acuerdo 022 de 2003 constituía un error invencible para los demandantes de que su conducta no configuraba falta disciplinaria?

¿La falta de preparación en áreas jurídicas se constituye en eximente de la responsabilidad disciplinaria de los demandantes?

Causales de exclusión de responsabilidad

El artículo 28 de la Ley 734 de 2002 consagró unos eventos en los cuales se exime la responsabilidad disciplinaria de la siguiente manera:

«Artículo 28. Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito.
2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.
3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

4. Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.
5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable.
6. **Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.**
7. En situación de inimputabilidad. En tales eventos se dará inmediata aplicación, por el competente, a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes.

No habrá lugar al reconocimiento de inimputabilidad cuando el sujeto disciplinable hubiere preordenado su comportamiento.» (Resalta la Sala).

El análisis de la existencia de alguna de estas causales requiere que se tengan en cuenta en cada caso específico las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos⁴³.

De manera particular, en lo que se refiere a la fijada en el numeral 6.º de la norma en cita, de su tenor literal se observa que se requiere i) que exista un convencimiento errado, y ii) que este sea invencible.

El primero de los eventos citados se materializa cuando el disciplinado actúa con la total y sincera creencia de que su conducta se ajusta al ordenamiento jurídico, esto es, su proceder lo efectuó de buena fe. El segundo aspecto, hace alusión a que el error sea invencible, lo que quiere significar que no sea humanamente superable en consideración a las condiciones personales del servidor público y las circunstancias en las que se ejecutó la conducta⁴⁴. En palabras de esta subsección el error es invencible cuando «[...] su entidad sea tal **que sea imposible salir de la equivocación**⁴⁵ [...]» lo que implica que **«[...] solo se puede eximir de responsabilidad cuando el ilícito disciplinario se comete de buena fe»**⁴⁶ **por ignorancia invencible** [...].» (Resalta la Sala).

Reunidos tales requisitos, el sujeto disciplinable no puede ser considerado responsable a título de dolo «[...] porque en el encartado no hay la conciencia de la ilicitud de su acción, sin el cual el fenómeno no se estructura. Tampoco le puede

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-948 de 2002.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 27 de febrero de 2014. Radicación: 11001-03-25-000-2012-00888-00(2728-12). Actor: Albeiro Freddy Patiño Velasco. En esta providencia se analizó la causal de exclusión de responsabilidad contenida en el numeral 6.º del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, la cual es idéntica a la que trae el numeral 6.º del artículo 41 de la Ley 1015 de 2006 luego el análisis que trae es aplicable a ambas disposiciones.

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A.. sentencia del 16 de julio de 2014. Radicación: 11001-03-25-000-2011-00680-00(2622-11). Actor: Alba Leticia Chaves Jiménez.

⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 7 de febrero de 2008. Radicación: 25000-23-25-000-2001-11811-01(2941-05).

ser reprochable a título de culpa porque actuó con el cuidado y diligencia para determinar que su conducta no era contraria a la ley [...]»⁴⁷.

En cuanto al error como causal de exclusión de la responsabilidad disciplinaria, la doctrina⁴⁸ se ha ocupado de hacer clasificaciones según el objeto en el que recaigan. Por una parte se encuentran el error de tipo (respecto de la tipicidad) y el de prohibición (respecto de la ilicitud), y por otra parte, se presentan, el error de hecho y de derecho, lo cuales se concretan en lo siguiente:

1. El error de hecho: se presenta en los presupuestos fácticos y tiene una íntima relación con el deber infringido. Para que pueda eximir de responsabilidad se requiere que sea invencible, de lo contrario, se trataría de una falta culposa, si es que la consagración del tipo admite esta forma de culpabilidad.
2. Error de derecho: Recae sobre un elemento normativo y su existencia se puede justificar si se impartió una interpretación razonable a un precepto jurídico. Sin embargo, cuando el error sea vencible no afecta que la imputación se haga a título de dolo, pero si resulta invencible no habrá responsabilidad disciplinaria.

Con todo, y sea cual fuere la clasificación que se admita, se debe valorar:

«Si se tratare de una falta que viene siendo considerada como dolosa y el error es invencible, se considere de tipo o de prohibición, de hecho o de derecho, indistintamente el resultado será la impunidad por falta de culpabilidad.

Si se tratarse de error vencible, cualesquiera que fuere la clasificación adoptada, solo será punible en la medida en que se supere el juicio del sistema *numerus apertus*, pero con los siguientes condicionamientos: i) Solo será punible a título de culpa si se tratare de una *culpa facti*; y ii) Que esa *culpa facti* se atribuya a título de culpa consciente. Si no cumple con tales requisitos, no existirá culpa.»⁴⁹

Caso concreto

Los apelantes sostuvieron que aplicaron el artículo 12 del Acuerdo 022 de 2003 habida cuenta de que estaba investido por la presunción de legalidad y que no les estaba permitido inaplicarlo por ilegal, en su calidad de miembros del Concejo Municipal, puesto que la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 2000, indicó que ello le corresponde exclusivamente al juez de lo contencioso administrativo.

⁴⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. sentencia del 19 de marzo de 2015. Radicación: 11001-03-25-000-2009-00132-00(1907-09). Actor: Helman Eliecer Soto Martínez.

⁴⁸ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Ed. Universidad Externado, 6^{ta} edición. Bogotá D.C. 2017, p.606.

⁴⁹ *Ibidem* p. 621.

Al respecto, se observa que lo que se les exigía no era dar aplicación a la excepción de ilegalidad, pues ello, está reservado a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal y como lo precisa la providencia que invocan. El reparo disciplinario radica en que el artículo 12 del Acuerdo 022 del 2003 no les imponía la obligación de revocar el mandato de la presidenta de la Mesa Directiva, sino que les otorgaba una potestad, la cual en todo caso, debía estar enmarcada en el respeto de la Ley 136 de 1994 y en la Constitución Política, como lo advirtieron los miembros de la Corporación que estuvieron en desacuerdo con tal decisión. Es claro que respetar la Constitución y la ley, es una obligación que debían atender en su calidad de miembros de corporaciones públicas.

A lo anterior debe agregarse el hecho de que ellos tenían la certeza de que la decisión se adoptó porque esa era la voluntad de la mayoría de los miembros de la Corporación, representada por la coalición que previamente se había conformado, y de que para hacerlo estaban amparados en la posibilidad de revocatoria plasmada en el Reglamento Interno. En efecto, del Acta 022 de 2009 se deduce que tenían conciencia de que las razones por las cuales se decidía la revocatoria del nombramiento de Fabiola Romero Jaimes eran diferentes a las plasmadas en el comunicado que dio a conocer la determinación, entonces no existió una interpretación razonable de la norma sino claramente temeraria, con lo cual es evidente que su comportamiento no se desplegó con la convicción invencible de que estaban dando cumplimiento a normas jurídicas.

Ahora, en relación con la falta de preparación en áreas jurídicas que alegan los demandantes como eximente de la responsabilidad, es pertinente señalar que si para el común de las personas se predica la máxima de que *la ignorancia de la ley no sirve de excusa*, incorporada en el artículo 9 del Código Civil⁵⁰, en razón a la importancia que tal presunción reviste para cualquier ordenamiento normativo por cuanto «la obediencia al derecho no puede dejarse a merced de la voluntad de cada uno, pues si así ocurriera, al mínimo de orden que es presupuesto de la convivencia comunitaria, se sustituiría la anarquía que la imposibilita»⁵¹, aquel adquiere un nivel de exigencia aún mayor para los servidores públicos, bajo el entendido de que uno de sus deberes principales es conocer la ley y lo contrario se constituye en una prohibición.

Para lo que es materia de análisis, es ineludible tener presente que la calidad de concejales imponía también, el deber de «Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado» en los términos del numeral 2 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, y el hecho de que hubieran obrado sin observar la *diligencia* necesaria de verificar el contenido de las normas legales que regulaban las causales de cesación del ejercicio del cargo de presidente del Concejo Municipal, no se constituye en error invencible.

⁵⁰ Declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-651 de 1997.

⁵¹ *Ibidem*.

Es conveniente aclarar también que aunque el referido Acuerdo 022 de 2003 hubiera sido avalado por la Oficina Jurídica de la Gobernación de Antioquia, ello no excusaba a los demandantes de la obligación de informarse y atender las inquietudes de los concejales que manifestaron sus inconformidades con ese proceder, para ponderar las incidencias de su decisión, más aún si se tiene en cuenta que existieron señalamientos del concejal Aristóbulo Cardona sobre la ilegalidad del artículo 12 del Acuerdo 022 de 2003 por desconocimiento de la Ley 136 de 1994.

En todo caso, aunque se aceptara la posibilidad de aplicar válidamente el artículo 12 del Acuerdo 022 de 2003 para disponer la revocatoria, ello no excusaba el desconocimiento del debido proceso para su aplicación, pues el artículo 29 de la Constitución Política es claro al ordenar que este se respete **en toda actuación tanto judicial como administrativa**. Así las cosas, no puede calificarse como un error de derecho invencible el desacato de dicho precepto, pues tan evidente fue su omisión que no solo la señora Fabiola Romero Jaimes reclamó el respeto de sus garantías sino que otros concejales también lo hicieron, de manera que la impartida no es una interpretación razonable del debido proceso, con lo cual también se configuraba la falta disciplinaria por el desconocimiento de la Constitución.

De esta manera no se demostró la configuración de la causal de exclusión de la responsabilidad prevista en el artículo 28, ordinal 6, de la Ley 734 de 2002.

Conclusión: La presunción de legalidad del artículo 12 del Acuerdo 022 de 2003 no constituía un error invencible para los demandantes de que su conducta no configuraba falta disciplinaria, pues se demostró que tenían conocimiento de que las razones por las cuales se decidía la revocatoria del nombramiento de Fabiola Romero Jaimes estaban inspiradas en móviles políticos y no legales, con lo cual se hace evidente de que no actuaron con la convicción de que estaban dando cumplimiento a dicho precepto.

Adicionalmente, la falta de preparación en áreas jurídicas no eximía la responsabilidad disciplinaria de los demandantes, toda vez que tenían que cumplir con diligencia el deber de observar la ley, tal y como lo disponen los artículos 34 y 35 de la Ley 734 de 2002.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden, la Subsección confirmará la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que negó las pretensiones de la demanda.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez⁵² sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «subjetivo» –CCA- a uno «objetivo valorativo» –CPACA-.

b) Se concluye que es «objetivo» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de «valorativo» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁵³, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso se condenará en costas a la parte demandante, en la medida que conforme el ordinal 3.º del artículo 365 del CPACA, resulta vencida en el proceso y porque la parte demandada intervino en esta instancia.

⁵² Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

⁵³ «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

Reconocimiento de personería

Se reconocerá personería como apoderado de la Nación, Procuraduría General de la Nación, al abogado Clodomiro Rivera Garzón, identificado con cédula de ciudadanía 12.139.618 y portado de tarjeta la profesional 137.235 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos y para los efectos del poder conferido en el folio 813 del expediente.

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

FALLA

Primero: Confírmese la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 12 de diciembre de 2014, que denegó las pretensiones de la demanda, en el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por los señores Jorge Cardona Bravo y Joaquín David Berrio Gómez, por los argumentos expuestos en la parte considerativa.

Segundo: Se condena en costas de segunda instancia.

Tercero: Reconózcase personería como apoderado de la Nación, Procuraduría General de la Nación, al abogado Clodomiro Rivera Garzón, identificado con cédula de ciudadanía 12.139.618 y portado de tarjeta la profesional 137.235 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos y para los efectos del poder conferido en el folio 813 del expediente.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ