



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B

CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

Radicado: 11001-03-25-000-2010-00300-00

Número interno: 2425-2010

Actor: ENRIQUE APARICIO DURÁN

Demandado: NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Asunto: Sanción suspensión e inhabilidad especial por el término de 10 meses para ejercer cargos públicos

Nulidad y restablecimiento del derecho – Decreto 01 de 1984

=====

Decide la Sala, en única instancia¹, sobre las pretensiones de la demanda formulada por el señor Enrique Aparicio Durán contra la Procuraduría General de la Nación.

I. ANTECEDENTES

La demanda

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, el señor Enrique Aparicio Durán solicitó la nulidad parcial de la **Resolución 069 del 21 de septiembre de 2005** proferida por la Procuraduría Regional del Valle del Cauca, a través de la cual se sancionó al señor Enrique Aparicio Durán con destitución del cargo de concejal del Municipio de Palmira e inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de 10 años.

¹ Con autos del 8 de octubre de 2015, N.I 0139-2014, C.P. Gerardo Arenas Monsalve y de 18 de mayo de 2011, N.I. 0145-2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado, la Sección Segunda del Consejo de Estado, consolidó la línea jurisprudencial sobre competencia en materia disciplinaria, determinando que acorde con las providencias del 12 de octubre de 2006, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, número interno 799-2006; 27 de marzo de 2009, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, número interno 1985-2006; y 4 de agosto de 2010, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, número interno 1203-2010, esta Corporación en única instancia no solo conocía de las sanciones disciplinarias administrativas de destitución, sino también las de suspensión en el ejercicio del cargo, siempre y cuando las sanciones provengan de autoridades del orden nacional.

También solicitó la nulidad parcial del **acto administrativo del 19 de diciembre de 2005** dictado por el Procurador Delegado para la Moralidad Pública que modificó la sanción impuesta al demandante por suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial por 10 meses.

A título de restablecimiento del derecho pidió que i) se ordene el reintegro del señor Enrique Aparicio Durán al cargo de concejal del Municipio de Palmira; ii) se condene a la Nación – Procuraduría General de la Nación al pago de los honorarios desde el retiro del servicio hasta cuando sea reintegrado; y iii) se ordene la cancelación del registro de la sanción disciplinaria.

Los hechos en que se fundamentan las pretensiones son los siguientes:

Se sostuvo en la demanda que el actor, señor Enrique Aparicio Durán fue elegido como concejal del Municipio de Palmira en las elecciones del 26 de octubre de 2003 y se posesionó el 1 de enero de 2004.

Indicó que el señor Gustavo Montealegre Echeverri se desempeñó como concejal del Municipio de Palmira durante el periodo constitucional anterior que culminó el 31 de diciembre de 2003, y posteriormente, el Concejo Municipal lo eligió como personero, el 9 de enero de 2004, quien en el trámite de su elección aportó un concepto del abogado Gonzalo Manrique y «*dos declaraciones extra juicio sobre la inexistencia de la presunta inhabilidad*».

Señaló que la Procuradora Regional del Valle del Cauca formuló a todos los concejales pliego de cargos por haber elegido como personero al señor Gustavo Montealegre Echeverri, el cual se encontraba inhabilitado por haberse

desempeñado hasta el 31 de diciembre de 2003 como concejal del Municipio de Palmira.

Relató que el operador disciplinario no tuvo en cuenta los conceptos jurídicos aportados por los concejales investigados que demostraban que la inhabilidad endilgada era «*altamente controvertible*».

Expuso que mediante la Resolución 069 del 21 de septiembre de 2005 la Procuraduría Regional del Valle del Cauca declaró responsable disciplinariamente al actor, sancionándolo junto con los demás concejales por la falta disciplinaria prevista en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, con destitución e inhabilidad general por 10 años.

Aseveró que en segunda instancia, el procurador delegado para la moralidad pública modificó la sanción por suspensión de 10 meses.

Anotó que solicitó la revocatoria directa ante el Procurador General de la Nación contra los actos administrativos sancionatorios, la cual a la fecha de presentación de la demanda no había sido resuelta.

Normas y concepto de violación

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 6, 13, 25, 29, 40 numerales 1 y 7, 83, 123, 277 y el artículo 313 numeral 6.

De la Ley 136 de 1994, los artículos 47 y 174 literal b.

De la Ley 734 de 2002, los artículos 4 y 48 numeral 17.

De la Ley 489 de 1998, el artículo 39 incisos 4 y 5.

Del Código Electoral, el artículo 1 numeral 4.

El demandante expuso el concepto de violación, así:

Resaltó el accionante que las inhabilidades e incompatibilidades deben estar expresamente previstas en la ley y son de interpretación restrictiva, dado que a través de su aplicación se limitan derechos constitucionales fundamentales.

Adujo que la inhabilidad prevista en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 no se refiere a todos los servidores públicos del orden municipal, sino a quienes desempeñan empleos pertenecientes a la administración centralizada o descentralizada, *«de manera que los concejales, por no pertenecer el concejo a la administración central o descentralizada del municipio, ni tampoco desempeñar cargos o empleos públicos, no quedan incluidos dentro de las causas generadores de la inhabilidad que se comenta»*.

Expresó que, en atención a lo previsto por el artículo 313 de la Constitución Política, el Concejo Municipal es el órgano creador de la estructura de la administración, por ende, no era parte de la administración central o descentralizada del municipio, como erradamente lo consideraron al sancionarlo el procurador regional del Valle y la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública.

Sostuvo que los concejales pertenecen a las corporaciones administrativas y tienen un estatus jurídico especial de servidores públicos, como lo indica el artículo 123 de la Carta Política, categoría diferente a la de empleados y trabajadores del Estado.

Precisó que los concejales no son empleados públicos, aserto que tiene incidencia directa en la noción de cargo o empleo prevista en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, ya que el desempeño como concejal durante el año anterior a la elección de personero no configura la referida inhabilidad.

Argumentó que cuando se trata de inhabilidades en la función pública se exige la condición de ser empleado con jurisdicción o autoridad, como lo prevé a modo de ejemplo el numeral 2 del artículo 179 de la Carta Política.

Indicó que a la actuación administrativa se aportaron conceptos de ilustrados juristas y de diversas entidades, que corroboraban la inexistencia de la inhabilidad endilgada al actor, los cuales debieron ser tenidos en cuenta por la Procuraduría

Explicó que se desconoció el principio de proporcionalidad de la sanción, puesto que no se evidencia la falta de diligencia que se le reprocha al actor.

Precisó que en la actuación disciplinaria se desconoció el derecho al debido proceso porque algunos concejales presentaron solicitudes de nulidad que no fueron estudiadas por la Procuraduría Regional.

Contestación de la demanda

La Procuraduría General de la Nación a través de apoderado se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos (folios 487 a 502 cuaderno principal):

Refirió que la elección por parte del Concejo de Palmira del personero municipal, por el periodo 2004-2007, fue irregular porque el señor Gustavo Montealegre Echeverri estaba inhabilitado por haberse desempeñado en el año anterior a su elección como concejal de dicho ente territorial.

Manifestó que en razón de la referida inhabilidad la conducta de los concejales se encuadró en la falta disciplinaria prevista en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por haber elegido a quien estaba inhabilitado.

Anotó sobre la naturaleza de la vinculación de los concejales que acorde con el artículo 123 de la Constitución Política todos los servidores públicos ejercen un cargo, explicando que *«tanto el desempeño de las funciones públicas legislativas [...] como el de las funciones administrativas y no administrativas asignadas a los empleados públicos y trabajadores oficiales, constituyen el desempeño de un cargo»*.

Precisó que para la Procuraduría General de la Nación a partir de la sentencia del 3 de abril de 2003² la jurisprudencia del Consejo de Estado es clara sobre el alcance de la inhabilidad regulada en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, en el sentido que quien haya sido concejal no puede ser elegido personero en los 12 meses siguientes. Por consiguiente, adujo que en la elección del señor Gustavo Montealegre Echeverri, para el periodo 2004-2007, sí se configuraba la causal de

² Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá, proceso 2668.

inhabilidad en cita, dado que se había desempeñado como concejal del Municipio de Palmira hasta el 31 de diciembre de 2003.

Arguyó entonces que la conducta de los concejales, entre los que se encontraba el actor, se adecuaba a la falta disciplinaria descrita en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por incurrir en la inhabilidad contenida en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

Agregó que de conformidad con lo anteriormente expuesto se decidió sancionar al actor por incurrir en una falta gravísima cometida con culpa grave.

Alegatos de conclusión

Mediante auto del 4 de febrero de 2009, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cali corrió traslado a las partes para que formularan sus alegatos de conclusión. La parte actora no se pronunció al respecto.

La **Procuraduría General de la Nación** (folios 521 a 543 del cuaderno principal) reiteró los argumentos presentados en la contestación de la demanda afirmando que las causales de inhabilidad tienen por objeto asegurar una adecuada protección de la imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública.

Explicó que en el caso analizado se estableció en sede administrativa que el señor Gustavo Montealegre Echeverri durante el año anterior a su elección se desempeñó como concejal del Municipio de Palmira, entonces al encontrarse inhabilitado se

configuraba una irregularidad disciplinaria para los concejales que lo eligieron, entre quienes se encontraba el demandante.

Ministerio Público

La Procuraduría 57 Judicial I para Asuntos Administrativos rindió concepto solicitando que se nieguen las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones (folios 546 a 571 del cuaderno principal):

Indicó que la actuación en sede administrativa respetó los preceptos legales y jurisprudenciales, pues siguió lo considerado por el Consejo de Estado en la sentencia del 3 de abril de 2003, según la cual a partir de una interpretación sistemática del literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 frente a la Constitución Política, los concejales ejercen un cargo público, por consiguiente estaban inhabilitados para ser elegidos personeros.

Precisó que la adecuación típica de la conducta desplegada por los concejales del Municipio de Palmira, entre ellos, el actor, está descrita como falta gravísima en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, al elegir a una persona en quien concurría la causal de inhabilidad prevista en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, por haberse desempeñado como concejal en los doce meses antes de la elección.

Aseveró que el proceso disciplinario en el que se sancionó disciplinariamente al actor se desarrolló en cumplimiento de las garantías contenidas en la Constitución Política.

Expuso que el 30 de mayo de 2006, el Procurador General de la Nación consideró de oficio la revocatoria directa de las sanciones impuestas contra los concejales en el proceso disciplinario 074-466904 y como resultado resolvió revocar parcialmente los actos sancionatorios proferidos en la primera y segunda instancia, modificando el grado de culpabilidad de dolo a culpa grave, por ende la sanción de destitución pasó a suspensión.

Estimó que la falta gravísima de los concejales se configuró porque eligieron para el desempeño de un cargo público a una persona inhabilitada, por haber sido previamente concejal, al considerar que *«tanto el desempeño de las funciones públicas legislativas como el de las funciones administrativas y no administrativas asignadas a los servidores públicos, sea cual fuere su naturaleza, constituyen el desempeño de un cargo público»*.

Trámite procesal

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cali, mediante auto del 20 de enero de 2010 declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda del 6 de junio de 2006, inclusive, y remitió por competencia el proceso al Consejo de Estado, al considerar que *«en aplicación de la previsión consagrada en el numeral 13 del art. 128 del C.C.A. [...], que la competencia para conocer de las controversias como la presente, en las que se impugnan sanciones disciplinarias que originan el retiro del servicio, corresponde privativamente y en única instancia del H. Consejo de Estado»* (folios 586 a 587 del cuaderno principal).

Este auto fue apelado por la parte actora y el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca resolvió el recurso en providencia del 24 de septiembre de 2010 confirmando la decisión recurrida (folios 603 a 607 del cuaderno principal).

A su turno, el Consejo de Estado a través del auto del 11 de agosto de 2011 dejó sin efectos el numeral 1º del auto del 20 de enero y del auto del 24 de septiembre de 2010, proferidos respectivamente por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cali y el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, para conocer el proceso en el estado en que se encontraba antes de la declaratoria de nulidad, esto es, para proferir fallo, y en consecuencia consideró que todas las actuaciones surtidas por el Juzgado eran válidas.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

El presente asunto es competencia en única instancia del Consejo de Estado³, pues esta Corporación ha precisado que le corresponde privativamente conocer de los asuntos en los cuales se controvierte una sanción disciplinaria administrativa consistente en la suspensión e inhabilidad para desempeñar cargos públicos, expedida por una autoridad nacional, como lo es la Procuraduría General de la Nación.

³ Con autos del 8 de octubre de 2015, N.I 0139-2014, C.P. Gerardo Arenas Monsalve y de 18 de mayo de 2011, N.I. 0145-2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado, la Sección Segunda del Consejo de Estado, consolidó la línea jurisprudencial sobre competencia en materia disciplinaria, determinando que acorde con las providencias del 12 de octubre de 2006, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, número interno 799-2006; 27 de marzo de 2009, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, número interno 1985-2006; y 4 de agosto de 2010, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, número interno 1203-2010, esta Corporación en única instancia no solo conocía de las sanciones disciplinarias administrativas de destitución, sino también las de suspensión en el ejercicio del cargo, siempre y cuando las sanciones provengan de autoridades del orden nacional.

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si de conformidad con lo expuesto en el concepto de violación de la demanda son nulos parcialmente los actos administrativos proferidos por la Procuraduría General de la Nación a través de los cuales fue sancionado el señor Enrique Aparicio Durán, con suspensión e inhabilidad por 10 meses, por elegir en su condición de concejal al personero, quien a su vez había fungido dentro del año anterior como concejal, al considerar que no se configura la inhabilidad prevista en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, en cabeza de éste último.

La Sala con el fin de resolver el problema jurídico planteado seguirá el siguiente esquema: 1. Alcance de la inhabilidad prevista en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 frente a los concejales; 2. Hechos probados; y 3. Caso concreto.

1. Alcance de la inhabilidad prevista en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 frente a los concejales. Reiteración de jurisprudencia.

La Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 28 de septiembre de 2016⁴ falló la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que interpuso el señor Iván Alberto Eusse Ceballos, quien como concejal votó para elegir como personero del Municipio de Palmira al señor

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, proceso con radicado 11001-03-25-000-2012-00418-00 y número interno 1626-2012

Gustavo Montealegre Echeverri, que se había desempeñado durante el año anterior como concejal del mismo municipio, por esa elección el señor Iván Eusse Ceballos fue sancionado disciplinariamente por la Procuraduría Regional del Valle del Cauca y por el Procurador Delegado para la Moralidad Administrativa, al incurrir en la falta gravísima prevista en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en consonancia con el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

Esta Subsección en la citada sentencia hizo un estudio del literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 y del artículo 39 de la Ley 489 de 1998, efectuando un recuento de la jurisprudencia de esta Corporación (sentencias de fechas 19 de enero de 1996⁵, 19 de noviembre de 1998⁶, 11 de marzo de 1999⁷, 3 de mayo de 2002⁸, 3 de abril de 2003⁹ y 9 de junio de 2005¹⁰) y de la Corte Constitucional¹¹ sobre el alcance de la inhabilidad de los personeros municipales regulada en el referido literal.

Lo anterior para concluir que *«la autoridad disciplinaria con base en su propia interpretación de la estructura de la administración municipal y sin sustento normativo alguno **extendió la inhabilidad consagrada en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 a los concejos municipales en contravía de las normas constitucionales y legales** antes mencionadas así como de los principios de interpretación restrictiva y pro libertad que obligatoriamente aplican a las causales de inhabilidad»* (texto subrayado por la Sala). Como fundamento de esta conclusión se explicó en la referida providencia, que:

⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Amado Gutiérrez Velásquez, proceso con radicado 1490.

⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Mario Alario Méndez, proceso con radicado 2088.

⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Oscar Anibal Giraldo Castaño, proceso con radicado 2201.

⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Roberto Medina López, proceso con radicado 2835.

⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá, proceso con radicado 2868.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá, proceso con radicado 3706.

¹¹ C-617 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

“Atendiendo a lo previamente expuesto y para resolver el problema jurídico observa la Sala que el texto literal de la inhabilidad para ser elegido personero consagrada en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 gira sobre dos exigencias expresas i) haber desempeñado dentro del año anterior cargo o empleo público, y ii) el cual debe ser de la administración central o descentralizada del municipio.

Ahora bien la primera de las exigencias, esto es que en el período señalado en la referida norma el aspirante personero se haya desempeñado en un cargo o empleo público, ya ha sido analizado en la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado vigente a la fecha de los hechos investigados y ratificada con posterioridad a los mismos, teniendo como presupuestos normativos los artículos 122, 123, 183.3 y 185 de la Constitución Política así como en el artículo 43 de la Ley 617 de 2000, para señalar que de acuerdo con estas normas el desempeño como concejal implica el ejercicio de un cargo público.

No obstante la segunda de las referidas exigencias, a saber que el cargo desempeñado en este caso el de concejal municipal, pertenezca a la administración central o descentralizada del municipio, no encuentra sustento normativo alguno en atención a lo siguiente.

Atendiendo los artículos 312 y 313 de la Constitución Política y al artículo 39 de la Ley 489 de 1998, los concejos municipales son corporaciones administrativas de elección popular y no están clasificados dentro de la estructura de la administración municipal sino que son corporaciones con representación popular con poder normativo dentro del ámbito territorial, que por demás tienen a su cargo el control político de la administración municipal.”

Por consiguiente, la Subsección declaró la nulidad de los actos administrativos sancionatorios disciplinarios que expidió la Procuraduría General de la Nación, al considerar que los concejales si bien ocupan un cargo público, éste no hace parte de la administración central o descentralizada del municipio, entonces, no se configura la inhabilidad contenida en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de

1994, con fundamento en la cual se estructuró la falta disciplinaria imputada al señor Iván Alberto Eusse Ceballos en su condición de concejal del Municipio de Palmira.

2. Hechos relevantes probados

- Como consta en el formulario E-26 (hoja 7) de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el señor Enrique Aparicio Durán fue elegido el 26 de octubre de 2003, para el periodo del 1 de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2007, como concejal del Municipio de Palmira por el movimiento nuevo liberalismo (folios 176 y 185 del cuaderno principal).

- En sesión del 9 de enero de 2004, el Concejo Municipal de Palmira, con la participación del actor, eligió como personero municipal al señor Gustavo Montealegre Echeverri (folios 2 a 6 del cuaderno de pruebas).

-En sesión del 27 de febrero de 2004, el señor Gustavo Montealegre Echeverri se posesionó como personero municipal de Palmira ante el Concejo de dicho municipio (folios 7 a 12 del cuaderno de pruebas).

-Copia de la Resolución 069 del 21 de septiembre de 2005 expedida por la Procuraduría Regional del Valle del Cauca, acto administrativo de primera instancia, en el que se impuso la sanción de destitución e inhabilidad por 10 años a 18 concejales del municipio de Palmira para ejercer funciones públicas, entre ellos al señor Enrique Aparicio Durán (folios 3 a 55 del cuaderno principal):

-Copia del acto administrativo de segunda instancia del 19 de diciembre de 2005 proferido por la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública,

mediante el cual se modificó la decisión de primera instancia, para imponer la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial por 10 meses (folios 58 a 99 del cuaderno principal).

3. Caso concreto

En el asunto estudiado, el señor Enrique Aparicio Durán solicita la nulidad parcial de los actos administrativos del 21 de septiembre y 19 de diciembre de 2005, proferidos por la Procuraduría Regional del Valle del Cauca y la Delegada para la Moralidad Administrativa, respectivamente, mediante los cuales fue sancionado inicialmente con destitución y en segunda instancia con suspensión e inhabilidad especial por 10 meses para el ejercicio del cargo, porque ejerciendo como concejal eligió al personero del Municipio de Palmira, señor Gustavo Montealegre Echeverri, quien presuntamente estaba inhabilitado por haber sido concejal de ese municipio en el año anterior a la elección.

Como fundamento de la demanda el accionante indica que los actos acusados están viciados de nulidad en razón a que la inhabilidad prevista en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, en que presuntamente incurrió el personero que fue elegido por el actor en su condición de concejal, debió ser interpretada de forma restrictiva por los operadores disciplinarios, como quiera que los concejales no desempeñan un cargo público y no pertenecen a la administración centralizada o descentralizada.

Destaca la Sala que la Procuraduría Regional del Valle del Cauca indicó en la Resolución 069 del 21 de septiembre de 2005 al tratar la tipicidad de la conducta del señor Enrique Aparicio Durán que:

“La conducta asumida por los disciplinados [...] ENRIQUE APARICIO DURAN, es típica por cuanto eligieron y posesionaron al doctor GUSTAVO MONTEALEGRE ECHEVERRI, como Personero de Palmira, encontrándose incurso en la causal de inhabilidad por haber ocupado el cargo de Concejal de ese municipio durante el periodo inmediatamente anterior a su elección, incurriendo con ello en la falta disciplinaria tipificada específicamente en el mismo Estatuto Disciplinario, como es la del artículo 48, numeral 17 de la Ley 734 de 2002 [...]” (folio 50 del cuaderno principal).

En este orden, se tiene que la sanción disciplinaria fue impuesta al actor por la Procuraduría General de la Nación por incurrir en la falta gravísima prevista en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 que señala:

“17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.

Nombrar, designar, elegir, postular o intervenir en la postulación de una persona en quien concurra causal de inhabilidad, incompatibilidad, o conflicto de intereses.” (Texto resaltado por la Sala).

Posteriormente, en el acto administrativo de segunda instancia del 19 de diciembre de 2005, la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública consideró que si bien el actor había incurrido en una falta gravísima, su culpabilidad no se podía atribuir a título de dolo, sino de culpa grave, por ende, invocando el numeral 9 del artículo 43 de la Ley 734 de 2002¹², modificó la sanción por la de suspensión e inhabilidad especial por 10 meses, así:

“Teniendo en cuenta la formación académica de cada uno de los concejales cuestionados, es procedente ahora revisar la calificación de la

¹² “ARTÍCULO 43. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA GRAVEDAD O LEVEDAD DE LA FALTA. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este código. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios: [...]”

9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave”

falta disciplinaria, determinando definitivamente si fue cometida a título de dolo o culpa.

[...]

No sucederá lo mismo respecto de los implicados [...] ENRIQUE APARICIO DURAN [...] puesto que no poseen los conocimientos jurídicos apropiados y adecuados para entender claramente sobre este tema, y aunque procuraron actualizar su conocimiento, lo hicieron apoyados únicamente en el concepto jurídico emitido por el abogado GONZALO MANRIQUE ZULUAGA que no fue solicitado por ellos y algunas decisiones del Consejo de Estado no aplicables para ese momento, lo que configura su conducta bajo la modalidad culposa.

[...]

En relación con este grupo de concejales, entonces, está demostrado que objetivamente cometieron una falta gravísima, pero no a título de dolo, sino de culpa grave, debido a que su actuar fue negligente y descuidado, ya que inobservaron el cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones y siendo ello así, se deberá recalificar la falta”.

Igualmente, se observa que la Procuraduría Regional del Valle del Cauca y la Delegada para la Moralidad Pública determinaron que el actor, en su calidad de concejal del Municipio de Palmira, al participar en la elección del señor Gustavo Montealegre Echeverri incurrió en la falta gravísima prevista en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, dado que el personero estaba inhabilitado conforme lo dispuesto en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 *«Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios»*, que dispone:

“Artículo 174. Inhabilidades. No podrá ser elegido personero quien: [...]

b) Haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio;”

Ahora bien, advierte la Sala que el debate planteado en sede administrativa y judicial se ha centrado principalmente en la interpretación de la referida

causal de inhabilidad. Así, a partir de un análisis jurisprudencial¹³ el operador disciplinario estableció que quien se ha desempeñado como concejal está inhabilitado en el año siguiente para ser elegido como personero, al reprochar el siguiente cargo al actor:

“Haber elegido al Doctor GUSTAVO MONTEALEGRE ECHEVERRI, como Personero Municipal de Palmira, según Acta No. 007 de enero 9 de 2004 y posesionarlo en dicho cargo conforme el Acta No. 052 de febrero 27 de 2004 para el periodo comprendido entre el 2004 a 2007, encontrándose presuntamente inhabilitado para ello, por haberse desempeñado hasta el 31 de diciembre de 2003, como Concejal de esa municipalidad, es decir, dentro del año anterior, a la elección como Personero” (folio 6 del cuaderno principal).

Por su parte, el disciplinado indica que los concejales no ocupan un cargo público y que no se configura la causal de inhabilidad de quien siendo concejal es elegido personero, puesto que el Concejo Municipal además no hace parte de la administración central o descentralizada, como lo exige la causal de inhabilidad que se le reprochó al personero, regulada en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, y con fundamento en la cual se tipificó la falta gravísima atribuida al demandante.

La Corte Constitucional en sentencia T- 1039 de 2006¹⁴ conoció en sede de revisión la acción de tutela que el señor Gustavo Montealegre Echeverri interpuso contra la Procuraduría General de la Nación por haberlo destituido del cargo de personero al considerar que se encontraba inhabilitado y decidió conceder el amparo solicitado. La Corte Constitucional sostuvo que:

¹³ Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá, sentencia del 3 de abril de 2003, proceso con radicado 2868. Sentencia del 6 de mayo de 1999, M.P. Oscar Aníbal Giraldo Castaño. Sentencia del 3 de mayo de 2002, M.P. Roberto Medina López. Corte Constitucional, sentencia C-617 de 1997, que declara exequible el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

¹⁴ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En esta sentencia se revisaron los fallos de tutela proferidos por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que se pronunciaron sobre la acción de tutela presentada por el señor Gustavo Montealegre Echeverri contra los actos administrativos sancionatorios.

«[...] la Procuraduría General de la Nación vulneró los derechos fundamentales del Sr. Montealegre Echeverri al debido proceso disciplinario y el derecho al ejercicio de cargos y funciones públicas por haber acogido una interpretación extensiva de una causal de inhabilidad para adecuar la conducta del investigado disciplinariamente a una falta disciplinaria. Interpretación extensiva que en materia disciplinaria resulta constitucionalmente prohibida por las razones expuestas en la presente decisión».

En el *sub judice*, frente al debate planteado por las partes, la Sala sostiene que esta Subsección en sentencia del 28 de septiembre de 2016¹⁵ definió en el campo del derecho disciplinario el alcance de la inhabilidad prevista en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, de conformidad con la voluntad del legislador, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

En esta sentencia del 28 de septiembre de 2016 se declaró la nulidad de la sanción disciplinaria prevista en los actos administrativos de 21 de septiembre y 19 de diciembre de 2005 frente al señor Iván Eusse Ceballos, en los que la Procuraduría sancionó a los 18 concejales que votaron para elegir como personero al señor Gustavo Montealegre Echeverri, a los cuales se les imputó la falta disciplinaria descrita en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por haber elegido a quien estaba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

Entonces, como en el presente caso se juzga la legalidad de los mismos actos administrativos y el señor Enrique Aparicio Durán era concejal del

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 28 de septiembre de 2016, proceso con radicado 11001-03-25-000-2012-00418-00 y número interno 1626-2012.

Municipio de Palmira, al igual que el actor en el proceso cuyo fallo se profirió el 28 de septiembre de 2016, se considera que se está frente a la misma situación de hecho. Por consiguiente, la razón de lo decidido en el referido fallo constituye un antecedente de obligatorio cumplimiento en el presente caso.

Así cosas, la Sala considera pertinente traer a colación los apartes más relevantes del fallo del 28 de septiembre de 2016, donde se expusieron los antecedentes de los artículos 174 (literal b) de la Ley 136 de 1994 y 39 de la Ley 489 de 1998¹⁶, así:

“En la sesión ordinaria que tuvo lugar el 15 de noviembre 2005, en el Senado de la República a propósito de la discusión del proyecto de ley N° 33 de 2005 *"Por medio del cual se modifica el artículo 39 de la Ley 489 de 1998 y se dictan otras disposiciones"*¹⁷, se propuso precisar de manera expresa -para interpretar por vía de autoridad el mencionado artículo-, los órganos que integran la Administración Pública y disponer que las asambleas departamentales, **los concejos distritales y municipales, son corporaciones administrativas de elección popular que no hacen parte**

¹⁶ ARTICULO 39. INTEGRACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.

La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la Administración.

Así mismo, los ministerios, los departamentos administrativos y las superintendencias constituyen el Sector Central de la Administración Pública Nacional. Los organismos y entidades adscritos o vinculados a un Ministerio o un Departamento Administrativo que gocen de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente conforman el Sector Descentralizado de la Administración Pública Nacional y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley.

Las gobernaciones, las alcaldías, las secretarías de despacho y los departamentos administrativos son los organismos principales de la Administración en el correspondiente nivel territorial. Los demás les están adscritos o vinculados, cumplen sus funciones bajo su orientación, coordinación y control en los términos que señalen la ley, las ordenanzas o los acuerdos, según el caso.

Las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales son corporaciones administrativas de elección popular que cumplen las funciones que les señalan la Constitución Política y la ley.

¹⁷ <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/antecedentes-proyectos/antecedentes-de-proyectos-de-ley>

del sector central ni descentralizado del respectivo ente territorial y que cumplen las funciones que les señala la Constitución y la Ley.
(Texto resaltado por la Sala).

Ahora bien, en esta misma sentencia de la Subsección se precisó en cuanto a las diversas interpretaciones de la Sección Quinta de esta Corporación frente a la inhabilidad prevista en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, que *«en la jurisprudencia del Consejo de Estado - citada previamente- no existía certeza respecto de que el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 consagrara una inhabilidad que impidiera elegir como personero a quien en el año anterior se hubiere desempeñado como concejal de ese mismo municipio, en la medida en que ese asunto no tuvo un tratamiento uniforme y solo se estudió si los concejales ejercen cargos públicos pero no se analizó si el concejo municipal hace parte de la administración central o descentralizada del municipio, siendo ambos aspectos componentes de la referida inhabilidad».*

Posteriormente, se señaló en la sentencia en comentario del 28 de septiembre de 2016 que la inhabilidad para ser elegido personero regulada en la norma citada contiene dos exigencias, a saber: i) el desempeño de un cargo o empleo público en el año inmediatamente anterior y ii) que aquél sea en la administración central o descentralizada del municipio.

Frente la primera exigencia sostuvo esta Subsección que el desempeño como concejal sí implica el ejercicio de un cargo público, así:

“Ahora bien la primera de las exigencias, esto es que en el período señalado en la referida norma el aspirante a personero se haya desempeñado en un cargo o empleo público, ya ha sido analizado en la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado vigente a la fecha de los hechos investigados y ratificada con posterioridad a los mismos, teniendo como presupuestos normativos los artículos 122, 123, 183.3 y 185 de la Constitución Política, así como en el artículo 43 de la Ley

617 de 2000, para señalar que de acuerdo con estas normas el desempeño como concejal implica el ejercicio de un cargo público.”

En este mismo sentido, considera la Sala que de acuerdo con el artículo 123 de la Constitución Política los concejales son servidores públicos de una corporación pública y como el inciso 2 del artículo 122 *ídem* indica que «[n]ingún servidor público entrará a ejercer su **cargo** sin prestar juramento [...]», se entiende que ejercen un cargo público. Así, lo consideró la Sección Quinta de esta Corporación en la sentencia del 3 de abril de 2003, al rectificar la jurisprudencia, en los siguientes términos:

“Por lo anterior, la Sala concluye que se debe rectificar la jurisprudencia citada en la medida en que diferentes normas jurídicas de orden constitucional y legal han establecido que el ejercicio de las funciones de concejal constituye el desempeño de un cargo público (...).”¹⁸.

Por otra parte, respecto de la segunda condición de la inhabilidad, se manifestó en la sentencia de la Subsección B que en el caso de los concejales no se configura la exigencia relativa a que el cargo pertenezca a la administración central o descentralizada del municipio, porque:

“Atendiendo los artículos 312 y 313 de la Constitución Política y al artículo 39 de la Ley 489 de 1998, los concejos municipales son corporaciones administrativas de elección popular y no están clasificados dentro de la estructura de la administración municipal sino que son corporaciones con representación popular con poder normativo dentro del ámbito territorial, que por demás tienen a su cargo el control político de la administración municipal”.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia de 3 de abril de 2003. C.P. Reinaldo Chavarro Buriticá. Radicado 2868.

En consecuencia, concluyó la Subsección B en la sentencia del 28 de septiembre de 2016 que la autoridad disciplinaria sin fundamento legal y en desconocimiento del principio de interpretación restrictiva de las causales de inhabilidad y del derecho disciplinario, extendió el contenido del literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 a los concejales municipales, dado que *«la autoridad disciplinaria conectó de manera discrecional y con base en conjeturas el contenido de una inhabilidad con una falta disciplinaria gravísima, sin sustento normativo alguno que avalara su interpretación, motivo por el cual, los cargos analizados están llamados a prosperar y los actos administrativos acusados deben ser anulados»*.

Según lo expuesto, considera la Sala que en el ejercicio de subsunción típica, la conducta del señor Enrique Aparicio Durán como concejal del Municipio de Palmira al elegir como personero al señor Montealegre Echeverri no configura la falta gravísima cometida a título de culpa grave prevista en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por la cual fue sancionado con suspensión e inhabilidad por 10 meses para ejercer funciones públicas. Esto, en razón a que el señor Gustavo Montealegre Echeverri al ser elegido personero habiéndose desempeñado en el año inmediatamente anterior como concejal del Municipio de Palmira no incurrió en la causal de inhabilidad prevista en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, toda vez, que como se definió en el antecedente jurisprudencial citado, el cargo público de concejal no pertenece a la administración central o descentralizada del municipio, por lo tanto, no concurren los elementos que estructuran la inhabilidad.

En conclusión, determina la Sala que por sustracción de materia al no existir la inhabilidad reprochada al personero no se erige la falta disciplinaria gravísima con fundamento en la que fue suspendido e inhabilitado el señor

Enrique Aparicio Durán. Por ende, se declarará la nulidad parcial de la Resolución 069 del 21 de septiembre de 2005 proferida por la Procuraduría Regional del Valle del Cauca y del acto administrativo de 19 de diciembre de 2005 expedido por la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública, solo respecto de la sanción impuesta al actor.

Los restantes argumentos del concepto de violación no serán estudiados, debido a que la inexistencia de la causal de inhabilidad endilgada al personero por el operador disciplinario constituye una razón suficiente para declarar la nulidad parcial de los actos acusados, resultando inane cualquier otro pronunciamiento.

Del reconocimiento de los honorarios

En cuanto al restablecimiento del derecho como consecuencia de la nulidad parcial de los actos demandados, se tiene que de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, el actor fue suspendido de su cargo de concejal e inhabilitado por 10 meses, pero no obra prueba de la fecha de ejecución de la sanción, por lo tanto, se ordenará el pago de los honorarios causados únicamente durante el término que efectivamente haya estado separado temporalmente del servicio por la suspensión del cargo y hasta el vencimiento del periodo. Con la salvedad que de no haberse ejecutado la misma, no habrá lugar a reconocimiento alguno.

Respecto del pago de las sumas adeudadas al demandante es necesario reiterar la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido que éstas deben ser canceladas por la Procuraduría General de la Nación, por cuanto dicha entidad fue la que impuso la sanción de suspensión.

De la solicitud de reintegro

El demandante solicita que se ordene el reintegro al cargo de concejal del Municipio de Palmira, sin embargo esta petición es improcedente, toda vez que el periodo para el cual fue elegido culminó el 31 de diciembre de 2007, como consta en la certificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil que consta a folio 176 del cuaderno principal.

DECISIÓN

Conforme a lo anterior, se procederá a declarar la nulidad parcial de los actos administrativos demandados solo en lo que respecta a la sanción impuesta al demandante.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución 069 del 21 de septiembre de 2005 proferida por la Procuraduría Regional del Valle del Cauca y del acto administrativo del 19 de diciembre de 2005, expedido por la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública, por medio de los cuales se sancionó al señor Enrique Aparicio Durán con suspensión del cargo e inhabilidad por 10 meses. La declaratoria de nulidad solo comprende la sanción impuesta al demandante.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Procuraduría General de la Nación el pago de los honorarios causados durante el término que efectivamente el actor haya estado separado temporalmente del servicio por la suspensión del cargo y hasta el vencimiento del periodo.

El pago de honorarios, se ajustará en su valor, de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh \text{ índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Índice inicial

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es la correspondiente suma adeudada, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, según se dispuso en la parte motiva de la providencia).

TERCERO: ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación desanotar la sanción impuesta al actor del registro de antecedentes disciplinarios.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: ACEPTAR la renuncia de la abogada Luz Stella Rojas Montoya identificada con cédula de ciudadanía 31.857.568 de Cali y con tarjeta profesional 84.329 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el escrito que obra a folio 614 del cuaderno principal.

SEXTO: Se dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER