



ELECCION DE CONTRALOR MUNICIPAL-Inhabilidad e irregularidades del Concejo Municipal de Ibagué

COMPETENCIA DE LA SEGUNDA INSTANCIA-Comprende la revisión de los aspectos impugnados y aquellos otros que resulten inescindiblemente vinculados a estos/**COMPETENCIA DE LA SEGUNDA INSTANCIA**-Regulación legal

COMPETENCIA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION-Se mantiene incólume para investigar a servidores de elección popular/**POTESTAD DISCIPLINARIA DE LA PROCURADURIA**-Es incuestionable/**COMPETENCIA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**-Sobre restricción de derechos políticos/**POTESTAD DISCIPLINARIA DE LA PROCURADURIA**-Sobre quienes infringen los postulados de la función pública/**COMPETENCIA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**-Para investigar y sancionar a servidores públicos de elección popular

*La defensa técnica de ...en la sustentación del recurso de apelación insistió que a su poderdante como a los restantes investigados, se les restringió sus derechos políticos, haciendo alusión al que públicamente se conoce como el caso «PETRO», en aplicación a la Convención Americana de Derechos Humanos, bajo la premisa que la **Procuraduría General de la Nación** no tenía competencia en el presente asunto, por cuanto la condición de concejales la adquirieron los investigados por elección popular.*

El tema fue dilucidado por el funcionario especial en la sesión de audiencia surtida el 17 de noviembre de 2017, al resolver la solicitud de nulidad que se sustentó bajo el mismo argumento; esta petición se despachó en forma negativa, bajo el entendido que la competencia constitucional y legal para investigar y eventualmente sancionar a servidores públicos de elección popular que ostenta este ente de control se mantiene incólume

*Esta circunstancia sería suficiente para que la Sala Disciplinaria rechazara, por improcedente, este argumento; sin embargo, manifestamos que se comparte la decisión del funcionario especial, toda vez, que la potestad disciplinaria de la **Procuraduría General de la Nación** es incuestionable, como se ha dejado claro en anteriores proveídos, que se fundamentaron en las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, en las que se pronunció acerca del alcance de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*

*Así lo consideramos en la decisión proferida dentro del radicado 161-7185, en Sala Extraordinaria No. 10, llevada a cabo el 16 de febrero de 2018: **6.2. Competencia de la Procuraduría General de la Nación sobre restricción de Derechos Políticos.***

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-Recomendaciones

SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO-Efectos interpartes en el caso PETRO/**SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO**- En el caso PETRO no fijó reglas de competencia con efectos erga omnes/**SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO**-Reiteró la competencia de la procuraduría para disciplinar a los a servidores públicos de elección popular

*Como el argumento del apelante se cimentó en la sentencia que profirió la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 15 de noviembre de 2017, en el caso del exalcalde de Bogotá GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, se recuerda que la misma corporación judicial dejó claro que la decisión tenía efectos inter partes y que en modo alguno se pretendió dejar en tela de juicio la competencia de la **Procuraduría General de la Nación**.*

De igual forma la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 13 de febrero de 2018, al resolver la solicitud de aclaración que presentó la **Procuraduría General de la Nación** explicó y reiteró que la sentencia del 15 de noviembre de 2017 en el caso del ex alcalde de Bogotá GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, tenía efectos solo para quienes tuvieron interés directo en el proceso; al igual precisó que en la decisión no se hizo ningún pronunciamiento para fijar reglas de competencia con efectos «erga omnes», respecto de la pérdida de vigencia de las normas de derecho interno que fijan la facultad de la **Procuraduría General de la Nación** para imponer sanciones que impliquen restricción a los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular.

Aunado a lo anterior el Consejo de Estado en reciente decisión reiteró la competencia de la **Procuraduría General de la Nación**, para disciplinar a los a servidores públicos de elección popular

En otras palabras, la facultad de la **Procuraduría General de la Nación** para investigar y sancionar disciplinariamente a los servidores públicos de elección popular, no ha sido restringida ni modificada, por lo que, no hay duda de la competencia para tramitar el presente asunto.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA-Correspondencia entre la formulación del cargo y el fallo sancionatorio/**PROCESO DISCIPLINARIO**-El titular debe buscar la verdad de lo sucedido a través de la valoración probatoria

Partimos por señalar que es una postura reiterada y pacífica al interior de este ente de control, que el principio de congruencia no es más que la correspondencia entre la formulación del cargo y el fallo sancionatorio; consecuentemente si la autoridad disciplinaria sanciona por una imputación fáctica o jurídica distinta a la elevada en el pliego de cargos, se viola el debido proceso y el derecho de defensa en tanto, la imputación delimita el campo de acción de la defensa.

Las imputaciones fáctica y jurídica realizadas por el funcionario competente, en el auto de citación a audiencia, no varió para el momento del fallo sancionatorio, tal y como se determina con la revisión de una y otra pieza procesal

Podría pensarse que una prueba que no fue soporte del pliego acusatorio, no debería tenerse como tal para el fallo sancionatorio; al respecto cabe precisar que ello no resulta cierto, habida cuenta que el proceso disciplinario es de tinte netamente inquisitivo, en el que el titular de la función debe buscar la verdad real de lo sucedido, ante el mandato deferido por el legislador; por tanto, el postulado no se puede entender en tal dimensión, pues estaríamos admitiendo que si en la etapa de descargos surge una prueba, sea a petición de los sujetos procesales o en forma oficiosa, distinta a las arrimadas hasta el pliego de cargos, no podría valorarse; claramente que no hay tal, porque, repetimos, es obligación del director del proceso disciplinario investigar con igual rigor los hechos que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad, actividad probatoria que tiene señaladas etapas claramente delimitadas en la Ley disciplinaria, dos de ellas, la indagación preliminar y los descargos. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en providencia del 25 de enero de 2018. Consejero Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00391-00 (1501-12), se refirió al punto y determinó claramente que la actividad probatoria determina igualmente la congruencia con el fallo, pero la obtenida legalmente durante las etapas válidas del proceso disciplinario, entendido como su conjunto, no aisladamente. Así se pronunció el Máximo Tribunal: «El principio de congruencia determina que debe coexistir comunicación entre el conjunto probatorio allegado al proceso, la denominación jurídica que se atribuye al disciplinado y los argumentos sustentadores del fallo sancionatorio, en garantía de los derechos que le asisten a los sujetos procesales, en particular del debido proceso y derecho de defensa».

En el caso presente no hay duda de que el acta del seis de enero de 2016 del Concejo Municipal de Ibagué se arrimó a la actuación antes de la citación a audiencia y se relacionó como tal en el respectivo auto del 21 de marzo de 2017.

Es decir, que fue una prueba documental válidamente aportada al proceso, que estuvo siempre a disposición de los sujetos procesales, antes de la citación a audiencia y dentro de la misma, a efectos de su contradicción. Por tal razón, no se acepta el argumento de

su inexistencia y/o exclusión, porque se recaudó dentro de la etapa de indagación preliminar, es decir, con el lleno de las formalidades sustanciales y en tal actividad no se afectaron derechos fundamentales de los investigados

Lo anterior, nos permite igualmente llegar a la conclusión de que se descarta el argumento defensivo según el cual, se ha debido variar el pliego acusatorio, toda vez que no se reunieron las circunstancias exigidas por el último inciso del artículo 165 de la Ley 734 de 2002; además, no estamos en presencia de una prueba sobreviniente

TIPICIDAD DE LA FALTA DISCIPLINARIA-Constituye una concreción del principio de legalidad/**PRINCIPIO DE LEGALIDAD**-Sub principios según fundamento jurisprudencial

*Para la Corte Constitucional el principio de legalidad se manifiesta en tres (3) sub principios a saber: (i) reserva de Ley; (ii) tipicidad; y (iii) Ley previa. El primero de estos pilares significa que le corresponde al legislador establecer **de manera previa** las normas que señalen la infracción y la sanción correspondiente. En cuanto a la tipicidad se advierte que ésta norma debe describir de forma clara, expresa e inequívoca la conducta que se considera falta y la consecuencia para quien adecue su comportamiento al supuesto de hecho prohibitivo. Al respecto textualmente la alta corporación judicial en la sentencia C – 721 de 2015 señaló:*

Finalmente, el principio de Lex previa se materializa en la prohibición de aplicar a una persona la descripción típica de una conducta inexistente al momento de desplegar el comportamiento o considerada como falta con posterioridad a la realización de la misma.

FALTA DISCIPLINARIA-Elemento objetivo/**FALTA DISCIPLINARIA**-Concejales eligieron como Contralor Municipal a una persona incurso en causal de inhabilidad/**TIPICIDAD**-Se respetó el principio de legalidad

Según lo señalado en el citado fallo judicial se configuró la inhabilidad establecida en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución Política modificado por el Acto legislativo 02 de 2015 ya que el demandado se desempeñó en el cargo de Director Territorial del ESAP dentro del año anterior a su elección, con lo cual se satisface el elemento objetivo de la falta disciplinaria prevista en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en tanto los disciplinados eligieron como contralor a una persona incurso en causal de inhabilidad. Por tanto, no existe duda que los concejales disciplinados eligieron a un ciudadano que se encontraba inhabilitado para ocupar el cargo de contralor municipal

*Corolario de lo expuesto la inhabilidad prevista en el inciso 8º del artículo 272 de la Carta Política y la señalada en el artículo 163 de la Ley 136 de 1994, aplican al caso en cuestión; toda vez, que las referidas disposiciones se encontraban **vigentes**, el 9 de enero de 2016, fecha en la cual el Concejo Municipal de Ibagué eligió a ..., como contralor del nombrado ente territorial. En tal sentido, se comparte el juicio de adecuación de tipicidad realizado tanto por la Procuraduría Regional del Tolima en la formulación del cargo, como por la procuraduría delegada en el fallo impugnado, por cuanto, se respetó el principio de legalidad establecido en el artículo 4º del CDU, en la medida que la inhabilidad que hizo espuria la elección del contralor de Ibagué está establecida en el ordenamiento jurídico de manera previa a que los señores concejales eligieran al contralor de su municipio en desarrollo de su deber funcional.*

ELECCION DE CONTRALORES MUNICIPALES-Inhabilidad según jurisprudencia del Consejo de Estado/**ELECCION DE CONTRALORES MUNICIPALES**- Inhabilidad se debe estudiar a la luz del art 95 de la ley 136 de 1994 en cuanto les sea aplicable

De acuerdo con lo anterior, es cierto que con anterioridad a junio de 2016 el Consejo de Estado venía señalando que en el caso de los contralores la inhabilidad contenida en el numeral 2º del

artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no era aplicable en virtud a la remisión al artículo 272 de la Constitución Política de Colombia; sin embargo, también lo es, que la alta corporación judicial en la misma sentencia modifica esta posición señalando que para el caso de los contralores podría darse una incursión parcial en dicha inhabilidad, razón por la cual se debe estudiar cada caso particular a la luz de esta norma **en cuanto les sea aplicable**. Cambio en el precedente que se expresa en los siguientes términos: De esta manera, no obstante existir para el caso de las contralores municipales una remisión expresa a las inhabilidades establecidas para los alcaldes en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, se debe tener en cuenta que aquéllos se encuentran incursos en las inhabilidades prescritas en esta disposición normativa **en cuanto les sean aplicables**. En este sentido, la Sala encuentra que la inhabilidad consagrada en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, arriba transcrito, resulta aplicable al caso en particular porque el demandado, según lo expuesto por el impugnante en el recurso de alzada ejerció autoridad administrativa al desempeñarse como Jefe de la Oficina Jurídica de la Universidad Surcolombiana, dentro del año inmediatamente anterior a su elección como Contralor Municipal de Neiva”.

REGIMEN DE INHABILIDADES-La razonabilidad como elemento

Concretamente a la razonabilidad para su extensión, la Corte Constitucional no sólo ha hecho especial énfasis en el ejercicio de la potestad de configuración por el legislador para determinar las causales de inhabilidad e incompatibilidad que debe partir de los principios que rigen la función pública, sino que ha puntualizado que esa razonabilidad tiene como referente dichos principios: “La doctrina constitucional contenida en múltiples fallos de esta Corporación (sentencias C-537 de 1993; C-320 de 1994; C-373 de 1995; C-367 de 1996, C-509, C-618 de 1997. C- 068 y C-147 de 1998, entre otras), ha señalado que las inhabilidades como excepción y restricción que el Constituyente y el legislador pueden fijar al derecho político que le asiste a toda persona de acceder y desempeñar, en condiciones de igualdad, funciones o cargos públicos (artículos 13 y 40 de la Constitución), deben ser razonadas y proporcionales. **Razonabilidad y proporcionalidad, que tiene como punto de referencia, la prevalencia de los principios que rigen la función administrativa** (artículo 209 de la Constitución). “Así, ha de entenderse que una causal de inhabilidad está acorde con los postulados de la Constitución, cuando la misma tiene por objeto **otorgar la mayor transparencia, moralidad, igualdad, eficacia y eficiencia a la función pública**. (resaltado de la Sala)

CONTRALOR MUNICIPAL-Inhabilidad/**CONTRALOR MUNICIPAL**-Inhabilidad del artículo 272 inciso 8º de la Constitución Política era aplicable a los niveles directivo y asesor

De otra parte, en lo que atañe al artículo 272, inciso 8º de la Constitución Política. (Modificado por el artículo 23 del **Acto Legislativo 2 de 2015**), según el cual «No podrá ser elegido contralor quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, **ni quien haya ocupado cargo en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal**». (Negrilla fuera de texto), es decir, que la inhabilidad “se circunscribe a los cargos desempeñados en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal”, se tiene que este nivel desapareció dentro de la nomenclatura de empleos de las entidades territoriales mediante la Ley 785 de 2005 y para las entidades nacionales a través del Decreto 770 de 2005. Para el caso de las entidades territoriales la norma consagra los niveles directivo, asesor, profesional, técnico y asistencia. De lo anterior se deduce que al momento de la elección del contralor de Ibagué la inhabilidad consagrada en el artículo 272, inciso 8º de la Constitución Política modificado por el artículo 23 del Acto Legislativo 2 de 2015 era aplicable a los niveles directivo y asesor por cuanto la inexistencia del nivel ejecutivo no podía hacer ineficaz la norma, y su aplicación a los niveles inferiores llevaría a consecuencias absurdas que bajo los más elementales principios de interpretación, el operador jurídico debe evitar.

CONTRALOR MUNICIPAL-Alcance y ámbito de aplicación de las inhabilidades según jurisprudencia del Consejo de Estado/**ELECCION DE CONTRALOR MUNICIPAL**-Inhabilidad del Nivel ejecutivo señalada en el artículo 272 inciso 8º de la Constitución fue incluido en el Acto Legislativo 02 de 2015

*De forma posterior a la elección del contralor de Ibagué el Consejo de Estado ha precisado el alcance y ámbito de aplicación de las inhabilidades para el caso de los contralores que refuerzan la solución normativa antes descrita y que era la respuesta más razonable para resolver el problema de indeterminación normativa que introdujo el acto legislativo 02 de 2015 a nuestro sistema jurídico, es así como el 4 de mayo de 2017, en la radicación número: 73001-23-33-000-2016-00107 02 al decretar la nulidad de la elección del Contralor de Ibagué, puntualizó: 5.2.1 En relación con el nivel ejecutivo que señala el artículo 272, inciso 8º, de la Constitución, es pertinente precisar que fue incluido en el Acto Legislativo 02 de 2015, en el entendido de que el resto de dicho inciso de la norma constitucional se mantuvo inalterado. La finalidad de esa inclusión era limitar la inhabilidad para que la misma no se configurara por haber ocupado **cualquier cargo** en los mencionados órdenes territoriales, bajo la consideración de que con la amplitud que traía la causal ocasionaba una significativa restricción del derecho de acceso a esos cargos públicos; por lo tanto, la limitación introducida tenía por finalidad que la inhabilidad **se configurara sólo en aquellos cargos de mayor nivel dentro de la jerarquía administrativa**.*

*Así las cosas, la Sección Quinta **retoma** esta postura y colige que para entender satisfecho este elemento basta, con que se pruebe que el cargo se desempeñó en alguna entidad del orden territorial previsto en la disposición constitucional, debido a que aquella **no contiene ninguno de los condicionamientos expuestos por las partes**, y por ende, aquellos no tienen la posibilidad de enervarla o impedir su materialización”.*

Por tanto, se reitera la conclusión de que el demandado al haber desempeñado el cargo de Director de la Territorial Tolima de la ESAP dentro del año anterior a su elección, incurrió en la inhabilidad prevista en el inciso 8º del artículo 272 constitucional.

ELECCION DE CONTRALOR MUNICIPAL-Inhabilidad según jurisprudencia del Consejo de Estado

Al respecto, cabe reiterar que lo que busca dicho postulado normativo es evitar que quien ejerza la función de control fiscal en el respectivo orden territorial tenga la posibilidad de controlar sus propios actos adoptados en tiempo reciente en otra entidad pública del mismo orden. Esto con independencia de que actualmente por mandato del artículo 272 el proceso de elección deba hacerse por convocatoria pública o por concurso de méritos pues, se insiste, que lo que se pretende evitar es el control de su propia actuación. Lo anterior porque de acuerdo con el diseño constitucional introducido por el constituyente de 1991, desde el punto de vista tanto orgánico como funcional el control fiscal en Colombia se ajusta a un modelo descentralizado de acuerdo con el cual a cada orden territorial corresponde un ente de control fiscal que tiene autonomía e independencia. De igual manera, se resalta que admitir una interpretación diferente en este sentido implicaría el desconocimiento de los principios de imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública, en razón a que los cargos que no correspondan al orden departamental, municipal, o distrital, pero que efectivamente el ejercicio de sus funciones se realiza dentro de este ámbito territorial, quedaría excluido sin justificación alguna del margen de restricciones establecido por el constituyente derivado, pues para la causal lo que importa además del nivel es donde se ejercita la función

NULIDAD DE ELECCIÓN DEL CONTRALOR-Ámbito territorial

Retomando la decisión del Consejo de Estado se tiene que en uno de los apartes de la sentencia se dejó claro que bajo el nuevo marco normativo (Acto Legislativo 02 de 2015), no podrá ser electo contralor quien dentro del año anterior a su elección (elemento temporal), haya ocupado cargo público del «nivel ejecutivo – conducta proscrita», del orden departamental, distrital o municipal,

ya que la anterior regulación no distinguía el nivel (elemento territorial), sin que se requiera la demostración del ejercicio de autoridad. De igual manera y en gracia de discusión se tiene, en lo que respecta a la circunscripción de la inhabilidad al ámbito territorial, que la H. Corte Constitucional, en la C-509 de 1997, al pronunciarse frente a una demanda de inconstitucionalidad en contra de algunos apartes de los literales c) del artículo 6o. de la Ley 330 de 1996, en relación con la restricción para los contralores departamentales por haber desempeñado cargos públicos durante el año anterior a su elección en el ámbito distrital o municipal, precisó: “El literal c) del artículo 6o. de la Ley 330 de 1996, parcialmente acusado, dispone que no podrá ser elegido contralor departamental quien: “Durante el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia” (Se subraya la parte acusada). Como motivo de la violación constitucional, el actor señala que las expresiones “...distrital o municipal”, allí contenidas, desconocen el principio a la igualdad del artículo 13 superior, en cuanto hacen extensiva la prohibición para acceder al cargo de contralor departamental, a quienes hayan desempeñado funciones en los niveles distrital o municipal, cuando, en su criterio, dicha restricción debe operar exclusivamente frente a los cargos públicos desempeñados en el respectivo ámbito departamental, como lo establecen los incisos octavos de los artículos 267 y 272 de la Constitución Política. (...)

Nótese como la Corte Constitucional, con anterioridad a la elección del Contralor de Ibagué, había sido enfática en señalar, que la finalidad buscada al consagrar inhabilidades para el ejercicio de la función pública se fincaba en la prevalencia de los intereses general con miras al cumplimiento de los fines del Estado dentro de unas condiciones claras de igualdad, transparencia y neutralidad y por ende, resultaba constitucionalmente viable extender la inhabilidad a otros órdenes territoriales, pues la razón para restringir el acceso al desempeño por haber ejercido el candidato funciones públicas con anterioridad a la elección estaba dirigida a impedir el ingreso de personas que, de alguna forma, tuvieron la oportunidad, los medios y las prerrogativas propias del ejercicio de funciones públicas, para incidir en su favor en una elección o nominación posterior, con clara violación del principio de igualdad de condiciones entre los demás postulantes.

Por consiguiente, es apenas lógico concluir que para el momento de la elección cuestionada, los concejales de Ibagué tenían la real posibilidad de vislumbrar que el cargo desempeñado por el señor Ramiro Sánchez, como **Director Territorial Tolima** de la Escuela de Administración Pública ESAP, dentro de los 12 meses anteriores a su elección entrañaba **poder de dirección, manejo y mando en la jurisdicción de la Dirección Tolima de la ESAP, que comprendía el municipio de Ibagué**, estando legalmente facultado para celebrar contratos o convenios, tal y como bien lo refirió el Consejo de Estado, circunstancia fáctica que se adecua al supuesto de hecho previsto en las normas que soportaron el juicio de adecuación típica realizado por el *a quo*.

INHABILIDADES-Son de interpretación restrictiva

REGIMEN DE INHABILIDADES- Su interpretación se realiza con fundamento en el método sistemático y teniendo en cuenta la finalidad de la norma

*Al respecto es suficiente reiterar, que conforme a lo expuesto por el Consejo de Estado, desde el año **2015**, la interpretación del régimen de inhabilidades se realiza con fundamento en el método sistemático y teniendo en cuenta la finalidad de la norma, aclarando que interpretación restrictiva no es sinónimo de interpretación exegética, o descontextualizada del marco de principios, fines y normas que integran en su totalidad el ordenamiento jurídico y que permiten a los concejales ajustar su conducta de elegir al contralor a dicho marco.*

INHABILIDAD DE CONTRALOR MUNICIPAL- Atendiendo a criterios lógicos y de aplicación útil de la norma/ **INHABILIDAD DE CONTRALOR MUNICIPAL** -Interpretación sistemática en el alcance de la expresión “nivel ejecutivo”

*Así pues, es claro que para determinar el alcance de la inhabilidad objeto de estudio no basta acudir a una interpretación exegética y literal de la norma, comoquiera que ‘el juez no puede en ningún caso restarle obligatoriedad a la Carta Política, adoptando posiciones en las cuales la disposición se torne ineficaz, inane, inútil o que su aplicación sea tan difícil que en ningún supuesto de hecho pueda emplearse la norma prevista por el Constituyente, porque la finalidad de aquellas es producir efectos jurídicos’. Es por ello, que para dilucidar el alcance de la expresión ‘nivel ejecutivo’ contenida en la disposición objeto de estudio debe usarse el criterio de interpretación sistemática. Es precisamente por lo anterior que esta sección, en aplicación de una interpretación sistemática del régimen de inhabilidades, ha entendido que la expresión ‘nivel ejecutivo’ contenida en el inciso 8º del artículo 272 Constitucional **incluye** también a los niveles superiores. Específicamente en sentencia del 21 de agosto de 2016 la Sala Electoral determinó: En el caso concreto existe una palmaria necesidad lógica y práctica de apartarse parcialmente del tenor literal de la norma que establece la inhabilidad para contralores departamentales referida al ejercicio de cargos del nivel ejecutivo en el año anterior, para entender incluida dentro de la misma el ejercicio de cargos de nivel superior a ese –como el caso del nivel directivo- sin que ello implique o se traduzca necesariamente en una interpretación extensiva de la misma. (Subrayas fuera de texto).*

SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO- La expresión “nivel ejecutivo” abarca tanto dicha categoría como las que sean superiores a la misma, nivel asesor y directivo

CULPABILIDAD-Principio rector/**CULPABILIDAD-**Invencibilidad como causal de exclusión

*La Sala Disciplinaria frente a esta causal de exclusión ha considerado lo siguiente: No se trata entonces de un simple convencimiento de que se obra bien o en forma adecuada, son acciones concretas para agotar las posibilidades propias —según sus circunstancias— que hará inculpable su proceder [...]. La Sala Disciplinaria se ha pronunciado en varias oportunidades, en relación con la incursión en esta causal de exclusión de responsabilidad, en la siguiente forma: Esta colegiatura ha reiterado, a tono con dicha norma, que para que opere la causal alegada, al error se le debe sumar su **invencibilidad**. Así lo hemos dicho: ‘Para la Sala Disciplinaria, es invencible un error, cuando no puede superarse; cuando las circunstancias en que se encontraba la persona, al momento de tomar la decisión objeto de cuestionamiento, le hacían físicamente imposible ilustrar su entendimiento **con un criterio diverso** que lo aparte de la convicción errada que le asiste, ejerciendo todos los medios posibles para salir del error. La ética de la responsabilidad, que el derecho disciplinario eleva a categoría dogmática, impone al servidor público, o a quien aspire a serlo, el proceder con el máximo de prudencia y ponderación. Téngase en cuenta que aquello que se pone en manos del servidor público, como agente del Estado, es lo más preciado de la justificación axiológica de éste: La realización de sus fines (artículo 2 Constitucional)’*

ERROR EN ELECCION DE CONTRALOR MUNICIPAL- Por falta de cuidado de los concejales en la lectura de providencias

Si bien, este aspecto fue ampliamente analizado en el acápite correspondiente a la tipicidad, es de señalar que los concejales de la ciudad de Ibagué no fueron cuidadosos en la lectura de estas providencias, pues de haberlo hecho se habrían percatado que estas sentencias se emitieron con anterioridad a la modificación del artículo 272 de la Constitución, por el acto legislativo 02 de 2015 razón que era suficiente para descartar estas providencias como lo señaló el Consejo de Estado en la decisión que resolvió la nulidad de la elección del contralor municipal de Neiva; premisa que es apenas lógica y que no resultaba de difícil comprensión para los aquí investigados dadas las condiciones personales que se acreditaron en la actuación.

ERROR EN ELECCION DE CONTRALOR MUNICIPAL -No se debatió ni analizó de fondo la existencia o no de la inhabilidad de ningún candidato

En efecto, no hay constancia de haber discutido o estudiado el tema de las inhabilidades aplicables a los aspirantes a contralor, tan es así, que en el acta de la sesión en la cual se realizó la elección no hay mención a las fuentes normativas y jurisprudenciales aplicables, ni siquiera cuando una de las concejales mencionó los rumores que circulaban en relación con la posible inhabilidad de uno de los aspirantes, pues la forma de resolver la duda que allí se planteaba se limitó en lo formal, a solicitarle a aquéllos que bajo la gravedad de juramento manifestaran si estaban o no incurso en alguna causal de inhabilidad.

INHABILIDADES PARA SER CONTRALOR-Fundamento constitucional y legal

Por su parte, las inhabilidades para ser contralor se encuentran señaladas en el artículo 272 de la Carta Política y en el artículo 163 de la Ley 136 de 1994, por tanto, la CUN en ejecución del contrato 117 de 2015, para cumplir la obligación contractual prevista en el numeral 6º de la cláusula quinta del negocio jurídico debía confrontar la hoja de vida de los aspirantes con el artículo 158 de la Ley 136 de 1994 y no con las normas contentivas de las inhabilidades. De tal forma, que realizar la verificación de requisitos comportaba para el ente universitario realizar un procedimiento distinto a establecer si uno o varios de los candidatos se encontraban inhabilitados.

ELECCION DE CONTRALOR MUNICIPAL-Verificación de requisitos diferente a verificación de inhabilidades/**ELECCION DE CONTRALOR MUNICIPAL**-Error en la verificación de requisitos/**ELECCION DE CONTRALOR MUNICIPAL**-Error que reclaman los concejales no está llamado a prosperar

Por el contrario, la Sala Disciplinaria no comparte lo afirmado por la defensa técnica de los disciplinados en el sentido de entender que dentro de los requisitos llámense generales y/o mínimos a verificar de los aspirantes, estaban los legales y dentro de estos, la ausencia de inhabilidades, sumado a que esta verificación (requisitos legales) le correspondía a la CUN, por cuanto, como se evidenció tanto la obligación contractual y lo reseñado en el acto administrativo hace alusión a la verificación de requisitos de estudio y experiencia contenidos en el artículo 158 de la Ley 136 de 1994, más no, de establecer inhabilidades en los candidatos de las previstas en el artículo 272 constitucional y 163 de la Ley 136 de 1994.

Al respecto, se observa que la manifestación realizada por el candidato y el concepto previo que el entonces aspirante aportó por intermedio de un abogado, sin habersele solicitado, no comporta la entidad suficiente para desvirtuar la culpabilidad, por el contrario, evidencia que era mayor la necesidad para los concejales de revisar el tema, pues a ello se sumaba la advertencia de otros cabildantes y medios de comunicación que daban cuenta de la existencia de inhabilidades del candidato que resultó elegido versus la postura de este en la que les informaba que no, por tanto, al existir esta situación la conducta esperada de los servidores públicos era actuar con el cuidado necesario y la diligencia debida para desentrañar el fondo del asunto antes de elegir.

Así las cosas, para esta colegiatura el error que reclaman los concejales, no tiene aplicación en el sub examine, por cuanto, los argumentos en los que se sustenta no están llamados a prosperar y en razón, a que no se acreditaron las acciones concretas que los investigados debieron desplegar para salir de su percepción errada

PRINCIPIO DE EFICACIA- No basta elegir Contralor dentro del plazo legal, se requiere elegir conforme a derecho y en forma cuidadosa

Ahora bien, en lo que respecta al argumento defensivo de los disciplinados de la existencia de un deber de mayor importancia al sacrificado (elección del contralor dentro de los 10 primeros días del mes de enero) esta Sala considera que no es procedente.

En efecto, el deber esperado de los concejales no era solamente el elegir dentro del plazo sino elegir conforme a derecho y de manera cuidadosa y precavida, lo anterior máxime cuando la Ley 1437 de 2011, faculta a las autoridades administrativas, en desarrollo del principio de eficacia, para que de manera oficiosa puedan remover todos aquellos obstáculos formales que se presenten en procura de la efectividad del derecho material objeto de la iniciativa.

En este caso, no resulta proporcional el haber sacrificado una correcta elección de la primera autoridad del control fiscal del municipio versus el haberlo hecho dentro del plazo fijado en la ley, pues el cumplimiento de un término administrativo, no obstante, el deber de acatarlo, debe acompañarse con el recto ejercicio de la función electoral en cabeza del cabildo de Ibagué.

CALIFICACIÓN SUBJETIVA DEL A-QUO-Comparte esta colegiatura la calificación subjetiva de responsabilidad que hizo el a quo a título de culpa grave.

ILICITUD SUSTANCIAL-Fundamento legal y jurisprudencial

El artículo 5º de la ley 734 de 2002, exige que la falta (debiendo entenderse el comportamiento), realizado por el servidor público, además de típico debe ser sustancialmente ilícito. Bajo este contexto, es menester determinar la sustancialidad de la ilicitud de la conducta que se reprocha a los investigados, teniendo en cuenta su deber funcional, identificando el principio de la función administrativa que resulta conculcado y la finalidad o interés que protege el derecho disciplinario, cual es, el correcto ejercicio de la función pública, como garantía de la consecución de los fines del Estado Social de Derecho, que en este caso gravita en torno a las corporaciones públicas de elección popular.

FUNCION PUBLICA-Fundamento legal/**FUNCION PUBLICA**-Principios

DEBER FUNCIONAL-Incumplimiento/**DEBER FUNCIONAL**-De las corporaciones públicas de elección popular de elegir a los Contralores de los respectivos municipios

Así entonces, el incumplimiento del deber funcional es el que orienta la determinación de la antijuricidad, teniendo en cuenta que debe responder a la infracción sustancial de dicho deber, es decir, que se atente contra el buen funcionamiento de Estado y sus fines. Se tiene entonces que los miembros de la Corporación Político Administrativa que por demás constituye una de las instituciones más representativas del derecho constitucional y administrativo colombiano, ostentan cargas relativas al desempeño de sus funciones, que en el ámbito del derecho disciplinario se acompañan con las normas que tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas, en este caso, electorales, con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, así entonces, el principio de eficacia y moralidad están relacionado directamente con las obligaciones concretas que surgen de la facultad que tienen las corporaciones públicas de elección popular del orden municipal y departamental de elegir a los contralores de los respectivos municipios, para materializar el cumplimiento de los tales cometidos estatales.

ILICITUD-Se materializó probatoriamente en la elección del contralor municipal estando inhabilitado/**ILICITUD**-El deber funcional se quedó en lo formal y no trascendió a un análisis de fondo del caso concreto/**ILICITUD**-El resultado de la elección afectó el principio democrático

PRINCIPIO DE EFICACIA-Los concejales debieron hacer la evaluación de los aspirantes de manera más rigurosa/**PRINCIPIO DE EFICACIA**-Se vulneró por parte de los concejales al elegir como contralor a una persona inhabilitada/**ILICITUD SUSTANCIAL**-Vulneración del principio de eficacia

Los concejales conculcaron en primer término el principio de eficacia, por cuanto debieron en cumplimiento de su deber funcional hacer la evaluación de los aspirantes de manera rigurosa abarcando las perspectivas no solo formales sino sustanciales, realizando un análisis antes de proceder a la elección del contralor, máxime cuando estaban advertidos acerca de la concurrencia de una causal de inhabilitación, acentuándose así este reproche.

En este contexto, se recuerda que el principio de eficacia, exige al servidor público realizar actuaciones tendientes a garantizar los fines del estado de manera material no simplemente formal, independientemente de que la finalidad se hubiese cumplido, es decir, la elección del contralor, dentro de la fecha definida, determinándose la antijuricidad en el deber material no formal, es decir, en la carga que se les imponía de elegir a una persona que no se encontrara inhabilitada.

Así las cosas, esta colegiatura encuentra que la conducta reprochada a los concejales está provista de ilicitud sustancial, al vulnerarse el principio de eficacia de la función administrativa, frente al comportamiento que le era exigible a los servidores públicos, se itera, en relación con el buen funcionamiento del Estado.

PRINCIPIO DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA-Violación por elegir un ciudadano inhabilitado para ocupar un empleo público

Una de las expresiones de la violación del principio de la moralidad administrativa es la elección de un ciudadano inhabilitado para ocupar un empleo público, que en este caso es una elección que reviste la mayor importancia para un municipio como Ibagué, toda vez que será quien administre, coordine y dirija el ejercicio del control fiscal en la Capital del departamento del Tolima, garantizando el concejo con dicha elección que la Contraloría Municipal pueda contar con un jefe que le imprima la estabilidad, imparcialidad y autonomía al ejercicio del control fiscal, en defensa del patrimonio público y los intereses generales que desde el Constituyente de 1991 se le ha conferido a esta tipología de entes de control.

Corolario de lo expuesto, los concejales disciplinados vulneraron los principios de eficacia y moralidad administrativa, este último materialización del principio de legalidad, el cual es aplicable a toda la actividad estatal, y que les imponía frente al comportamiento que les era exigible en ejercicio de sus funciones como cabildantes de la ciudad “hacer solo lo que le estaba permitido por la ley” “observando las normas jurídicas aplicables” y en sub examine lo infringieron, reiteramos, al elegir a alguien inhabilitado contraviniendo el marco jurídico conforme a las consideraciones que se han desarrollado ampliamente y que tienen como sustento el caudal probatorio arrojado a la actuación.

ILICITUD SUSTANCIAL-Concejales municipales no profundizaron en sus funciones para la elección de contralor

Adicionalmente, resulta sustancialmente ilícita la conducta de los disciplinados no solo por las consideraciones antes indicadas, sino también cuando los concejales abordan el cumplimiento de sus funciones electorales desde una dimensión que no profundiza y no atiende a la realidad de las advertencias y supuestos sobre los cuales deben ejercerla. En este caso, se lesionó la función pública no solo por el hecho de haber elegido a alguien inhabilitado, sino también al no haber desatado con la profundidad con la que se debió haber abordado esta situación.

SALA DISCIPLINARIA

Bogotá D. C., Veinte (20) de diciembre de 2018
Providencia aprobado en Sala Extraordinaria No 73

| | |
|-----------------------------|---|
| Radicación: | 161 - 7169 (IUS 2016-64816. IUC–D–2016–86–844552. |
| Disciplinados: | VÍCTOR JULIO ARIZA LOAIZA, JUAN EVANGELISTA ÁVILA SÁNCHEZ, JORGE LUCIANO BOLÍVAR TORRES, CARLOS ANDRÉS CASTRO LEÓN, CAMILO ERNESTO DELGADO HERRERA, VÍCTOR HUGO GRACIA CONTRERAS, HAROL OSWALDO LOPERA RODRÍGUEZ, HASBLEDY MORALES LOZANO, ERNESTO ORTIZ AGUILAR, LINDA ESPERANZA PERDOMO RAMÍREZ, CARLOS ANDRÉS PORTELA CALDERÓN, HUMBERTO QUINTERO GARCÍA, MARCO TULIO QUIROGA MENDIETA, FLAVIO WILLIAM ROSAS JURADO, OSWALDO RUBIO MARTÍNEZ y WILLIAM SANTIAGO MOLINA. |
| Entidad y Cargos: | Concejales. Ibagué. Período 2016-2019 |
| Quejoso: | CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ. |
| Fecha queja: | 24 de febrero de 2016. |
| Fecha de los hechos: | 9 de enero de 2016. |
| Asunto: | Fallo de segunda instancia. Procedimiento verbal |

P.D. PONENTE AD HOC: GLORIA YANET QUINTERO MONTOYA

I. ASUNTO

Al tenor de lo previsto en el inciso 2º del numeral 1º del artículo 22 del Decreto Ley 262 de 2000¹ la Sala Disciplinaria es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por los sujetos procesales contra el fallo proferido el 7 de diciembre de 2017, por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1 CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ el 24 de febrero de 2016 presentó queja contra los concejales de Ibagué que eligieron a RAMIRO SÁNCHEZ como Contralor Municipal de esa ciudad (período 2016-2019), en quien concurría causal de inhabilidad, por cuanto, se desempeñó en el año inmediatamente anterior como Director de la ESAP Territorial Tolima.²

Por el mismo vicio, también informó como irregular la elección del Personero Municipal JULIÁN ANDRÉS PRADA BETANCOURT.

2.2 La Procuraduría Regional del Tolima el 31 de marzo de 2016, inició indagación preliminar contra: CAMILO DELGADO, ERNESTO ORTIZ, CARLOS ANDRÉS CASTRO, OSWALDO

¹ «Conocer en segunda instancia los procesos disciplinarios que adelanten en primera los procuradores delegados...También conocerá en segunda instancia de las decisiones proferidas por las comisiones especiales o el funcionario designado, cuando el Procurador General o el Viceprocurador sea el superior funcional».

² Folios 1 a 10, cuaderno uno.

RUBIO, MARCO TULIO QUIROGA, CARLOS PORTELA, JORGE BOLÍVAR, HUMBERTO QUINTERO, VÍCTOR HUGO GRACIA, FLAVIO WILLIAM ROSAS, LINDA ESPERANZA PERDOMO, HASBLEIDY MORALES, VÍCTOR JULIO ARIZA, JUAN EVANGELISTA ÁVILA, HORACIO BOTERO, HAROL LOPERA Y JULIÁN ANDRÉS PRADA BETANCOURT, en sus condiciones de Concejales del Municipio de Ibagué y Personero Municipal de Ibagué³, respectivamente.

En la misma providencia se consignó que en radicado separado (IUC-D-2016-86-331323) se adelantaba proceso disciplinario contra RAMIRO SÁNCHEZ en su condición de Contralor Municipal por violar el régimen de inhabilidades.

2.3 La procuraduría territorial el 11 de mayo de 2016 vinculó al proceso al Concejal del municipio de Ibagué, WILLIAM SANTIAGO MOLINA.⁴

2.4 La procuraduría regional a través de auto calendarado 26 de agosto de 2016⁵ ordenó la ruptura de la unidad procesal respecto de las presuntas irregularidades en la elección del Personero Municipal JULIÁN ANDRÉS PRADA BETANCOURT. De tal forma, que la presente actuación se continuó por los hechos relacionados con la elección del contralor municipal para el periodo 2016 - 2019.

2.5 La Regional del Tolima en proveído fechado 21 de marzo de 2017 evaluó la indagación preliminar y dispuso tramitar la presente actuación por el procedimiento verbal⁶, citando a audiencia pública a los concejales del Municipio de Ibagué (Tolima), período constitucional 2016-2019: **VÍCTOR JULIO ARIZA LOAIZA, JUAN EVANGELISTA ÁVILA SÁNCHEZ, JORGE LUCIANO BOLÍVAR TORRES, CARLOS ANDRÉS CASTRO LEÓN, CAMILO ERNESTO DELGADO HERRERA, VÍCTOR HUGO GRACIA CONTRERAS, HAROL OSWALDO LOPERA RODRÍGUEZ, HASBLEIDY MORALES LOZANO, ERNESTO ORTIZ AGUILAR, LINDA ESPERANZA PERDOMO RAMÍREZ, CARLOS ANDRÉS PORTELA CALDERÓN, HUMBERTO QUINTERO GARCÍA, MARCO TULIO QUIROGA MENDIETA, FLAVIO WILLIAM ROSAS JURADO, OSWALDO RUBIO MARTÍNEZ Y WILLIAM SANTIAGO MOLINA.**

2.6 El señor Procurador General de la Nación, mediante Resolución 265 del 12 de junio de 2017⁷ designó como funcionario especial para conocer la actuación disciplinaria al Procurador Primero Delegado para la Vigilancia Administrativa; en cumplimiento a lo dispuesto por el Jefe del Ministerio Público, el procurador regional en auto del 22 de junio de 2017, ordenó la remisión del expediente a la mencionada delegada.⁸

2.7 La Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa el 8 de agosto de 2017, avocó el conocimiento de la actuación y señaló fecha para continuar la audiencia pública.⁹

En la sesión de la audiencia del 7 de diciembre de 2017, la procuraduría delegada profirió fallo sancionatorio.¹⁰ Los concejales (dos en nombre propio y los demás representados por su defensa técnica) interpusieron y sustentaron recurso de apelación contra la decisión; el medio de impugnación fue concedido en la misma sesión, para ante esta colegiatura.

³ Folios 95 a 98, cuaderno original 1.

⁴ Folios 555 a 559, cuaderno 3.

⁵ Folios 1784 a 1787, cuaderno nueve.

⁶ Folios 2440 a 2464, cuaderno trece.

⁷ Folios 3526 a 3528, cuaderno 18.

⁸ Folios 3529 y 3530, cuaderno 18.

⁹ Folios 3703 a 3708, cuaderno 19.

¹⁰ El fallo en físico aparece en los folios 5126 a 5174, del cuaderno 24.

2.8 El expediente se recibió en la secretaría de la Sala Disciplinaria el 14 de diciembre de 2017, según constancia que aparece en el folio 5226, del cuaderno original veinticuatro (24).

A través de autos calendados el 5 y 20 de febrero de 2018¹¹ se ordenó correr traslado por el término de dos (2) días a los sujetos procesales para alegar de conclusión, de conformidad con lo establecido en el inciso séptimo del artículo 180 del C.D.U., modificado por el artículo 59 de la Ley 1474 de 2011. Decisiones que se notificaron por estado el 7 y 22 de febrero de 2018, respectivamente.

Dentro del término legal se recibieron escritos del defensor del investigado HAROLD OSWALDO LOPERA RODRÍGUEZ¹², así como, del apoderado de CAMILO ERNESTO DELGADO HERRERA, CARLOS ANDRÉS CASTRO LEÓN, VÍCTOR HUGO GRACIA CONTRERAS, FLAVIO WILLIAM ROSAS JURADO, JUAN EVANGELISTA ÁVILA SÁNCHEZ, LINDA ESPERANZA PERDOMO RAMÍREZ y MARCO TULIO QUIROGA MENDIETA.¹³

SILVANO GÓMEZ STRAUCH, Procurador Segundo Delegado de la Sala Disciplinaria, por medio de escrito calendado 4 de octubre de 2018, manifestó su impedimento para conocer del presente asunto ante el despacho del Procurador General de la Nación, dependencia que en providencia del 31 de octubre de 2018 lo aceptó y, en consecuencia, designó en su reemplazo a la Procuradora Segunda Delegada para la Contratación Estatal¹⁴, decisión que le fue comunicada el 19 de noviembre de 2018¹⁵

La Segunda Delegada para la Contratación Estatal designada para integrar la Sala, el 29 de noviembre de 2018 presentó salvamento de voto frente a la ponencia de la Sala Disciplinaria. El 3 de diciembre de la misma anualidad, el Presidente de la Sala atendiendo lo dispuesto en la Resolución 103 de 2017, designó al doctor Camilo José Orrego Morales, Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal para integrar una sala tripartita, quien manifestó el 18 de diciembre de 2018 que acogía la postura del salvamento de voto. Surtido lo anterior y agotado el trámite previsto en el reglamento de la Sala, esta colegiatura procede a dictar el correspondiente fallo.

III. FALLO IMPUGNADO

Inició el *a quo* haciendo un recuento del trámite adelantado para la elección del Contralor municipal y de las advertencias efectuadas por algunos concejales relacionadas con rumores acerca de aspirantes posiblemente incurso en causal de inhabilidad. Continuó relatando el proceso de elección y posesión de Ramiro Sánchez para el período 2016-2019.

Destacó la primera instancia que con posterioridad a la elección de RAMIRO SÁNCHEZ, como Contralor Municipal de Ibagué, se presentó ante el Tribunal Administrativo del Tolima, demanda en ejercicio del medio de control de nulidad del acto de elección, que fue fallada en segunda instancia por la Sección Quinta del Consejo de Estado, el 4 de mayo de 2017 (radicado 2016-00107-02), providencia que confirmó la sentencia del 12 de

¹¹ Folios 5297 y 5379, cuaderno 24.

¹² Folios 5328 a 5334, cuaderno 24.

¹³ Folios 5344 a 5354, cuaderno 24.

¹⁴ Folios 5402 a 5404, cuaderno 24.

¹⁵ Oficio 1426 del 19 de noviembre de 2018

septiembre de 2016 en la que el citado Tribunal declaró la nulidad del acto de elección del 9 de enero de 2016 realizado por el Concejo Municipal de Ibagué.

Subrayó que entre las razones expuso el máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa que (i) al haberse desempeñado como Director Territorial de la ESAP en el año inmediatamente anterior a su elección se configuraba la causal de inhabilidad establecida en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución Política, toda vez, que la expresión “nivel ejecutivo” que incluyó la reforma hecha por el acto legislativo 02 de 2015, debía entenderse comprendido el nivel directivo (ii) En cuanto a que la inhabilidad se configuró por haber ocupado un cargo del orden departamental, distrital o municipal, concluyó que la Dirección Territorial Tolima correspondía a la desconcentración prevista en la Constitución Política, y en tal medida el ámbito de ejercicio de sus funciones se desarrollaba en todo el departamento, dentro del cual se incluye el municipio de Ibagué. (iii) Que se encontraba probado que RAMIRO SÁNCHEZ ostentó y ejerció autoridad administrativa en el municipio de Ibagué dentro del año anterior a su elección.

Coligió la delegada que es un hecho probado que al momento en que se llevó a cabo la elección de RAMIRO SÁNCHEZ como Contralor Municipal se encontraba inhabilitado para el ejercicio del cargo en los términos establecidos en el artículo 272 de la Constitución Política y en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, por haberse desempeñado durante el año anterior a su elección como Director Territorial de la Escuela Superior de Administración Pública –ESAP–. Así entonces sentenció que se encontraba probada la tipicidad, habida cuenta que los concejales disciplinados eligieron y nombraron al señor SÁNCHEZ como Contralor Municipal.

En relación con la categoría de la culpabilidad, teniendo en cuenta los planteamientos exculpativos presentados por los disciplinados y las respectivas defensas técnicas, el *a quo* no encontró de recibo el argumento según el cual le correspondía a la Corporación Unificada Nacional de Educación Superior –CUN– entidad universitaria encargada de realizar las etapas de la convocatoria pública para la conformación de la lista de admitidos al cargo de Contralor¹⁶, verificar la inexistencia de inhabilidades en los distintos candidatos, en el entendido de que de conformidad con la Resolución 330 del 7 de diciembre de 2015 emanada de la Mesa Directiva del Concejo Municipal¹⁷, especialmente los artículos 10 y 11, sumado a las declaraciones de los representantes legales no solo de la CUN sino de la empresa *High Team*, contratada a su vez por la CUN, estos entes no tenían tal obligación, por cuanto solo debían verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos generales, que no son otros que ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de 25 años de edad y acreditar título de abogado o título profesional en disciplinas económicas, administrativas o financieras, conforme al artículo 158 de la Ley 136 de 1994, más no los relacionados con la existencia de inhabilidades o incompatibilidades.

Frente al postulado defensivo relacionado con las interpretaciones jurisprudenciales que con anterioridad a la elección del señor RAMIRO SÁNCHEZ había realizado el Consejo de Estado sobre las inhabilidades aplicables para el cargo de contralor municipal, resaltó la primera instancia que dentro de las pruebas se había dispuesto oficiar a la Relatoría del Consejo de Estado a efecto de que fueran allegadas las decisiones referidas a la aplicación de las inhabilidades establecidas en el artículo 163 de la Ley 136 de 1994 a los

¹⁶ Según el contrato de prestación de servicios No. 117 suscrito el 2 de diciembre de 2015 entre el Concejo Municipal de Ibagué y la CUN.

¹⁷ Mediante la cual la Mesa Directiva del Concejo Municipal ordenó abrir la convocatoria pública para proveer el cargo de Contralor Municipal de Ibagué.

Contralores Municipales. Refirió que se recibió un CD con 75 sentencias en las cuales se incluyó la sentencia proferida dentro del radicado 2008-0052-03. Consejera Ponente SUSANA BUITRAGO VALENCIA, nulidad de la elección del contralor municipal de Ibagué.

Se resaltó que en la decisión proferida dentro del radicado 2016-0059-01, consejera ponente ROCÍO ARAUJO OÑATE, nulidad de la elección del Contralor Municipal de Neiva, se consideró que el inciso 7º del artículo 272 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, estableció un supuesto diferente al que venía rigiendo hasta el momento, por ende, el antecedente de la Sección no resultaba aplicable.

Concluyó que, a lo largo de los últimos años, el Consejo de Estado ha adoptado distintos criterios de interpretación frente a la aplicabilidad de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 para los contralores municipales. Sin embargo, consideró que por tratarse de una reforma constitucional los concejales debieron imprimir un especial cuidado al momento de tomar la decisión, ya que con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 02 de 2015 las interpretaciones que hasta ese momento había realizado el juez competente sobre la forma de entender las inhabilidades para el cargo de contralor debían ser revaluadas, pues se hacía necesario delimitar los alcances de la expresión «nivel ejecutivo», como lo hizo el Consejo de Estado, posteriormente, en los casos del Contralor de Neiva y Santa Marta, entre otros.

Dijo el a quo:

Por lo mismo, los diferentes fallos a los que se refiere la defensa de los disciplinados, proferidos en el año 2016, con posterioridad a la elección del señor RAMIRO SÁNCHEZ, no corresponden como tal a un cambio de jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido que se dé una interpretación diferente de la que venía haciendo sobre una misma norma; pues lo que hizo el Alto Tribunal fue definir la inhabilidad misma, a partir de la reforma constitucional del artículo 272 que entró en vigencia e introdujo modificaciones sustanciales a la elección del contralor.

Por lo expuesto, las sentencias que con anterioridad fueron proferidas por esa instancia judicial no se podían tener como parámetro para analizar la nueva norma constitucional, ya que al incluirse la expresión ‘nivel ejecutivo’ se estaba dando un nuevo alcance a la inhabilidad especial constitucional para ser elegido contralor, y con ello, su interpretación variaba indefectiblemente. Nótese además que la reforma constitucional del Acto Legislativo 02 fue en el año 2015, fecha anterior a la elección de RAMIRO SÁNCHEZ como Contralor de Ibagué.

Igual situación se presenta con el fallo proferido dentro del radicado 2012-0064-01, caso elección del Contralor Departamental del Huila, en el cual el Consejo de Estado precisó que los Directores Territoriales de la Escuela Superior de la Administración Pública- ESAP cumplen funciones en el nivel nacional y no territorial, pues el análisis hecho para ese momento, se realizó a la luz del artículo 272 de la Constitución Política, previo a ser modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, razón por la cual no podía ser utilizado este precedente como parámetro para analizar el caso del señor RAMIRO SÁNCHEZ, pues se insiste, para el momento de su elección, ya la norma constitucional había sido modificada de forma sustancial.

Consideró además, que el 6 de enero de 2016, el pleno de los concejales fueron advertidos por la intervención de la concejal MARTHA RUIZ, y también el mismo día de la elección por la concejal LINDA ESPERANZA PERDOMO RAMÍREZ, de los rumores que existían sobre la inhabilidad de las personas que conformaban la lista de elegibles para la elección del contralor municipal, lo cual los obligaba a desarrollar un mecanismo o instrumento que

dentro de sus concretas posibilidades les permitiera esclarecer lo que estaba sucediendo. Determinó además que el escrito que presentaron los quejosos ante la Corporación el 7 de enero de 2016 no pudo ser conocido por los respectivos miembros del Concejo.

Cuestionó el hecho de que los concejales no hubieran acudido a la CUN para despejar las dudas que se les presentaron para la elección del señor Contralor, lo que según su criterio mostró aún más la falta de cuidado con que actuaron, porque contaban con la posibilidad de detener el proceso de elección hasta tanto se absolvieran las dudas. Frente al concepto emitido por un profesional del derecho, el fallo consideró que lo correcto hubiera sido acudir a instancias del Estado, como el Departamento Administrativo de la Función Pública.

El fallador de primera instancia dio por no probadas las causales de exclusión de responsabilidad alegadas por los disciplinados, sobre el error invencible, la existencia de un deber de mayor importancia que el sacrificado (elección del contralor dentro de los diez primeros días del mes de enero), aunado al principio de buena fe, basados en la actividad de la CUN, en la declaración juramentada del elegido y en el concepto de un profesional especializado.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA DISCIPLINARIA

Teniendo en cuenta el número de implicados, las extensas intervenciones de los sujetos procesales, y que las posturas defensivas son similares, esta colegiatura se abstiene de resumir los argumentos expuestos en la sustentación de los recursos de apelación y los alegatos de conclusión en segunda instancia, empero, los analizará a medida que se avance en el estudio, teniendo como fundamento y límite de la actividad funcional lo reglado en el parágrafo del artículo 171 de la Ley 734 de 2002, esto es, que el recurso de apelación otorga competencia al funcionario de segunda instancia para revisar únicamente los aspectos impugnados y aquellos otros que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación.

Así abordaremos: i) La competencia de la Procuraduría General de la Nación para adelantar la presente actuación disciplinaria; ii) La incongruencia alegada por la defensa; iii) La tipicidad de la falta disciplinaria imputada a los disciplinados; iv) La culpabilidad v) La Ilícitud Sustancial, y vi) La decisión de la Sala Disciplinaria.

4.1. Competencia de la Procuraduría General de la Nación para adelantar la presente actuación disciplinaria:

La defensa técnica de ERNESTO ORTIZ AGUILAR en la sustentación del recurso de apelación insistió que a su poderdante como a los restantes investigados, se les restringió sus derechos políticos, haciendo alusión al que públicamente se conoce como el caso «PETRO», en aplicación a la Convención Americana de Derechos Humanos, bajo la premisa que la **Procuraduría General de la Nación** no tenía competencia en el presente asunto, por cuanto la condición de concejales la adquirieron los investigados por elección popular.

El tema fue dilucidado por el funcionario especial en la sesión de audiencia surtida el 17 de noviembre de 2017, al resolver la solicitud de nulidad que se sustentó bajo el mismo argumento; esta petición se despachó en forma negativa, bajo el entendido que la

competencia constitucional y legal para investigar y eventualmente sancionar a servidores públicos de elección popular que ostenta este ente de control se mantiene incólume.

Esta circunstancia sería suficiente para que la Sala Disciplinaria rechazara, por improcedente, este argumento; sin embargo, manifestamos que se comparte la decisión del funcionario especial, toda vez, que la potestad disciplinaria de la **Procuraduría General de la Nación** es incuestionable, como se ha dejado claro en anteriores proveídos, que se fundamentaron en las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, en las que se pronunció acerca del alcance de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así lo consideramos en la decisión proferida dentro del radicado 161-7185, en Sala Extraordinaria No. 10, llevada a cabo el 16 de febrero de 2018:

6.2. Competencia de la Procuraduría General de la Nación sobre restricción de Derechos Políticos

*La Sala procede a analizar la objeción presentada por el abogado de la defensa referido al deber de aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” sobre Derechos Políticos y, el artículo 23 del instrumento internacional, que consagra la restricción al ejercicio de los derechos políticos, que fue desconocida por la **Procuraduría General de la Nación** en el procedimiento que se adelanta contra [...], aludiendo a la recomendación dada a Colombia por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 25 de octubre de 2017, frente al caso del señor ex alcalde de Bogotá GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO.*

*En principio la Sala advierte que la Corte Constitucional ha generado un detallado estudio de la competencia de la **Procuraduría General de la Nación** para investigar y sancionar a los servidores públicos de elección popular que incurren en falta disciplinaria, verificación que se ha hecho con fundamento en lo dispuesto en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.*

En efecto, la Corte Constitucional¹⁸ respecto de la potestad disciplinaria del Estado, reconoció que el derecho disciplinario hace parte del derecho sancionador cuyo objetivo es ‘prevenir y sancionar’, las conductas que atenten contra el cumplimiento de los deberes funcionales por los servidores públicos, impidiendo con estos comportamientos la materialización de los fines del Estado, de conformidad con los artículos 277 y 278 de nuestra Carta Política.

En cuanto al principio de legalidad previsto en el artículo 1º de la Carta Política, la Corte señaló que soporta el ejercicio de la función disciplinaria y lo relaciona con el artículo 6º ibídem, para indicar que todo servidor público debe realizar únicamente los comportamientos que le están permitidos en la Ley, protegiendo así a los ciudadanos de posibles arbitrariedades de quienes ejercen funciones públicas.

Ahora, en referencia a la sanción disciplinaria de inhabilidad la providencia expresó: ‘Resulta innegable que la inhabilidad como sanción disciplinaria se constituye en una de las más poderosas herramientas con la que cuenta el derecho para luchar contra aquellos que infringen los postulados que guían el ejercicio de la función pública, a los cuales se les impone la prohibición para ejercer cargos o funciones públicas por un tiempo determinado. (...)’ y aclaró que los tratados internacionales deben ser interpretados de manera coherente y sistemática.

En referencia al artículo 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, dijo:

¹⁸ Sentencia C-028 de 26 de enero de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, postura que fue reiterada entre otras por las sentencias SU - 713 DE 2013, C – 500 de 2014 y SU – 355 de 2015.

‘Así pues, el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en lo que concierne a las restricciones legales al ejercicio de los derechos políticos, en concreto al acceso a cargos públicos por condenas penales, debe ser interpretado armónicamente con un conjunto de instrumentos internacionales de carácter universal y regional, los cuales, si bien no consagran derechos humanos ni tienen por fin último la defensa de la dignidad humana, sino que tan sólo pretenden articular, mediante la cooperación internacional la actividad de los Estados en pro de la consecución de unos fines legítimos como son, entre otros, la lucha contra la corrupción, permiten, a su vez, ajustar el texto del Pacto de San José de 1969 a los más recientes desafíos de la comunidad internacional.

En tal sentido, la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, aprobada por el seno de esta última el 26 de marzo de 1996, impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas preventivas eficaces, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, con el propósito de combatir dicho flagelo’.

El Alto Tribunal consideró que la Constitución y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad deben ser interpretados de manera armónica y sistemática y señaló: ‘la técnica del bloque de constitucionalidad parte de concebir la Constitución como un texto abierto, caracterizado por la presencia de diversas cláusulas mediante las cuales se operan reenvíos que permiten ampliar el espectro de normas jurídicas que deben ser respetadas por el legislador’.

Resaltó la providencia: ‘que el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (...) no se opone realmente a que los legisladores internos establezcan sanciones disciplinarias que impliquen la suspensión temporal o definitiva del derecho de acceso a cargos públicos, con miras a combatir el fenómeno de la corrupción. En igual sentido, la Constitución de 1991, tal y como lo ha considerado la Corte en diversos pronunciamientos, tampoco se opone a la existencia de dichas sanciones disciplinarias (...)’

*Ahora bien, respecto a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es pertinente precisar que hasta este momento procesal el legislador no ha hecho pronunciamiento alguno. Por consiguiente, se mantiene en vigencia el referido precedente constitucional conforme al cual la **Procuraduría General de la Nación** tiene competencia constitucional y legal para investigar e imponer sanciones disciplinarias a servidores públicos de elección popular*

Ahora, como el argumento del apelante se cimentó en la sentencia que profirió la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 15 de noviembre de 2017, en el caso del exalcalde de Bogotá GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, se recuerda que la misma corporación judicial dejó claro que la decisión tenía efectos *inter partes* y que en modo alguno se pretendió dejar en tela de juicio la competencia de la **Procuraduría General de la Nación**.

De igual forma la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 13 de febrero de 2018, al resolver la solicitud de aclaración que presentó la **Procuraduría General de la Nación** explicó y reiteró que la sentencia del 15 de noviembre de 2017 en el caso del ex alcalde de Bogotá GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, tenía efectos solo para quienes tuvieron interés directo en el proceso; al igual precisó que en la decisión no se hizo ningún pronunciamiento para fijar reglas de competencia con efectos «*erga omnes*», respecto de la pérdida de vigencia de las normas de derecho interno que fijan la facultad de la **Procuraduría General de la Nación** para imponer sanciones que impliquen

restricción a los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular. Así se pronunció el alto Tribunal:

En la sentencia no se hizo ningún pronunciamiento que modulara los efectos de la decisión para fijar reglas de competencia con efectos erga omnes; al contrario, de manera expresa se indicó en la parte motiva que los efectos de la providencia, en este caso, eran inter partes. Para ilustrar, se transcribe como sigue a continuación:

Por los efectos inter partes del presente fallo, las condiciones de aplicabilidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en particular, de las recomendaciones de la Comisión Interamericana, la vigencia del régimen jurídico estatal, y mientras se adoptan los ajustes internos, la Procuraduría General de la Nación conserva la facultad para destituir e inhabilitar a servidores públicos de elección popular en los términos de esta 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.

[...]

En otras palabras, la sentencia del 15 de noviembre de 2017 que declaró la nulidad de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Procuraduría General de la Nación con fundamento en la facultad prevista en el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002, no despoja de competencia al órgano de control, al que le corresponde, dentro del andamiaje institucional del Estado Colombiano, combatir el flagelo transnacional de la corrupción

Aunado a lo anterior el Consejo de Estado en reciente decisión reiteró la competencia de la **Procuraduría General de la Nación**, para disciplinar a los a servidores públicos de elección popular, en los siguientes términos:

[...] 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...

...Así las cosas, aunque eventualmente 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 de elección popular se mantiene incólume...¹⁹

En otras palabras, la facultad de la **Procuraduría General de la Nación** para investigar y sancionar disciplinariamente a los servidores públicos de elección popular, no ha sido restringida ni modificada, por lo que, no hay duda de la competencia para tramitar el presente asunto.

Suficientes son los anteriores argumentos para no acceder a la petición que ocupa nuestra atención en el presente acápite.

4.2. Incongruencia alegada

La defensa técnica del concejal HUMBERTO QUINTERO GARCÍA argumentó en el recurso de apelación que existió incongruencia entre el auto de cargos y el fallo sancionatorio, porque en el primero el fundamento de la imputación subjetiva consistió en que los concejales fueron advertidos por rumores de los medios de comunicación de la presunta inhabilidad y que en la sesión del 5 de enero de 2016 tuvieron las hojas de vida de los candidatos y además los entrevistaron.

Ya en el fallo se habló de la advertencia que realizó la concejal MARTHA RUIZ en la sesión del 6 de enero de 2016 sobre las presuntas inhabilidades que concurrían en los aspirantes. Prueba que, según alegó el defensor, lo tomó por sorpresa, porque nunca fue valorada en el auto que citó a audiencia, como soporte de los aspectos objetivo y subjetivo; por ello, nunca se controvertió, como sí ocurrió con la existencia de los rumores de los medios de comunicación, previos a la elección, hecho que se logró desvirtuar.

La defensa argumentó que se violó el debido proceso, porque no se tuvo la oportunidad de controvertir dicha prueba, que fue tenida como tal en el fallo sancionatorio, pero no al momento de formular el cargo, situación que constituye una irregularidad sustancial. Lo correcto hubiera sido, según su apreciación, variar el pliego de cargos para modificar o incluir la prueba.

A la par, la defensa técnica de la concejal HASBLEDY MORALES LOZANO refirió que la prueba reseñada en el fallo, en relación con la señora MARTHA RUIZ debe ser excluida, por ser violatoria del artículo 29 de la Constitución Política, en tanto no pudo ser controvertida, además de que no se probó que su prohijada estuviera presente cuando dicha concejal realizó la advertencia sobre la inhabilidad.

Para resolver este punto, partimos por señalar que es una postura reiterada y pacífica al interior de este ente de control, que el principio de congruencia no es más que la correspondencia entre la formulación del cargo y el fallo sancionatorio; consecuentemente si la autoridad disciplinaria sanciona por una imputación fáctica o jurídica distinta a la elevada en el pliego de cargos, se viola el debido proceso y el derecho de defensa en tanto, la imputación delimita el campo de acción de la defensa.

Las imputaciones fáctica y jurídica realizadas por el funcionario competente, en el auto de citación a audiencia, no varió para el momento del fallo sancionatorio, tal y como se determina con la revisión de una y otra pieza procesal. No en vano, trajimos *in extenso*, el

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 23 de agosto de 2018. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Radicado: 11001003250000201200276(1016-2012). Actor: LUIS ALBERTO GIL CASTILLO. Demandado: Nación- Procuraduría General de la Nación.

resumen de ellas dentro de la presente decisión, para valernos en este momento de dicho relato, sin tener que ahondar en el asunto.

Podría pensarse que una prueba que no fue soporte del pliego acusatorio, no debería tenerse como tal para el fallo sancionatorio; al respecto cabe precisar que ello no resulta cierto, habida cuenta que el proceso disciplinario es de tinte netamente inquisitivo²⁰, en el que el titular de la función debe buscar la verdad real de lo sucedido, ante el mandato deferido por el legislador; por tanto, el postulado no se puede entender en tal dimensión, pues estaríamos admitiendo que si en la etapa de descargos surge una prueba, sea a petición de los sujetos procesales o en forma oficiosa, distinta a las arrimadas hasta el pliego de cargos, no podría valorarse; claramente que no hay tal, porque, repetimos, es obligación del director del proceso disciplinario investigar con igual rigor los hechos que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad, actividad probatoria que tiene señaladas etapas claramente delimitadas en la Ley disciplinaria, dos de ellas, la indagación preliminar y los descargos.²¹

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en providencia del 25 de enero de 2018. Consejero Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00391-00 (1501-12), se refirió al punto y determinó claramente que la actividad probatoria determina igualmente la congruencia con el fallo, pero la obtenida legalmente durante las etapas válidas del proceso disciplinario, entendido como su conjunto, no aisladamente. Así se pronunció el Máximo Tribunal: «El principio de congruencia determina que debe coexistir comunicación entre el conjunto probatorio allegado al proceso, la denominación jurídica que se atribuye al disciplinado y los argumentos sustentadores del fallo sancionatorio, en garantía de los derechos que le asisten a los sujetos procesales, en particular del debido proceso y derecho de defensa».²²

En el caso presente no hay duda de que el acta del seis de enero de 2016 del Concejo Municipal de Ibagué se arrimó a la actuación antes de la citación a audiencia y se relacionó como tal en el respectivo auto del 21 de marzo de 2017.²³

Es decir, que fue una prueba documental válidamente aportada al proceso, que estuvo siempre a disposición de los sujetos procesales, antes de la citación a audiencia y dentro de la misma, a efectos de su contradicción. Por tal razón, no se acepta el argumento de su inexistencia y/o exclusión, porque se recaudó dentro de la etapa de indagación preliminar, es decir, con el lleno de las formalidades sustanciales y en tal actividad no se afectaron derechos fundamentales de los investigados.²⁴

Lo anterior, nos permite igualmente llegar a la conclusión de que se descarta el argumento defensivo según el cual, se ha debido variar el pliego acusatorio, toda vez que no se

²⁰ En observancia igualmente de la Directiva 010 del 12 de mayo de 2010, sobre la aplicación de la Ley 600 de 2000, para la práctica de pruebas en el proceso disciplinario, que es totalmente contraria a la dinámica reglada por la Ley 906 de 2004, de tinte netamente acusatorio, que no se compadece ni adecua a las reglas y filosofía del C.D.U.

²¹ Artículo 129 de la Ley 734 de 2002.

²² Resaltado fuera de texto.

²³ Folio 2443, cuaderno 13.

²⁴ Artículo 140 de la Ley 734 de 2002: «Inexistencia de la prueba. La prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, se tendrá como inexistente», en concordancia con el artículo 29 de la Constitución Política.

reunieron las circunstancias exigidas por el último inciso del artículo 165 de la Ley 734 de 2002; además, no estamos en presencia de una prueba sobreviniente.²⁵

Así las cosas, para finiquitar este capítulo, la Sala Disciplinaria deja claro que no existe vicio alguno que pueda afectar la presente actuación disciplinaria, menos tratándose del tema probatorio.

4.3. Tipicidad de la falta disciplinaria

La Corte Constitucional ha sentenciado que el principio de tipicidad constituye una concreción o derivación del principio de legalidad que a su vez configura una salvaguarda de la seguridad jurídica al permitir conocer de manera anticipada las conductas que son reprochables y las sanciones aplicables²⁶. Es importante recordar que el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* que proviene del derecho penal se aplica en el derecho disciplinario, así lo recordó la Corte Constitucional en la sentencia C – 692 de 2008, en los siguientes términos:

...la regla general en materia sancionatoria y punitiva es la irretroactividad de la ley, con base en la máxima nullum crimen, nulla poena sine lege, que se aplica respecto de situaciones jurídicas consolidadas

La Ley 734 de 2002, consagró este postulado en el artículo 4º bajo el principio de legalidad al establecer que los sujetos disciplinables solamente podrán ser investigados y sancionados por las conductas que se encuentren descritas como falta en las normas que se encuentren vigentes al momento de su realización.

Para la Corte Constitucional el principio de legalidad se manifiesta en tres (3) sub principios a saber: (i) reserva de Ley; (ii) tipicidad; y (iii) Ley previa. El primero de estos pilares significa que le corresponde al legislador establecer **de manera previa** las normas que señalen la infracción y la sanción correspondiente.²⁷ En cuanto a la tipicidad se advierte que ésta norma debe describir de forma clara, expresa e inequívoca la conducta que se considera falta y la consecuencia para quien adecue su comportamiento al supuesto de hecho prohibitivo²⁸. Al respecto textualmente la alta corporación judicial en la sentencia C – 721 de 2015 señaló:

Empero, cabe precisar que como lo ha puesto igualmente de presente la Corte, en aras de preservar el principio de reserva de ley, es para el legislador un imperativo constitucional fijar en la ley disciplinaria, como mínimo²⁹: (i) los presupuestos básicos de la conducta típica que será sancionada, (ii) las remisiones normativas o los elementos determinables cuando se haya previsto un tipo en blanco, (iii) los criterios por medio de los cuales se puede precisar con claridad y exactitud la conducta, (iv) las sanciones y las pautas mínimas que permitan su imposición y (v) los procedimientos que se adelanten para

²⁵ «El pliego de cargos podrá ser variado luego de concluida la etapa de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única instancia, por error en la calificación jurídica o en prueba sobreviniente».

²⁶ C-796 de 2004

²⁷ Sentencias de la Corte Constitucional C-739 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz. Ver también, entre otras las siguientes sentencias: C-386 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-211 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-564 de 2000, M.P. edo Beltrán Sierra y C-1161 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁸ Sentencias de la Corte Constitucional C-530 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-507 de 2006

²⁹ Sentencias de la Corte Constitucional C-921 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería y C-475 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

*garantizar que su establecimiento se hará conforme a las exigencias mínimas del debido proceso*³⁰

Finalmente, el principio de *Lex previa* se materializa en la prohibición de aplicar a una persona la descripción típica de una conducta inexistente al momento de desplegar el comportamiento o considerada como falta con posterioridad a la realización de la misma.³¹

En el caso objeto de estudio la tipicidad de la conducta se concreta al resultado final y es que se eligió por parte del Concejo Municipal de Ibagué a una persona incurso en inhabilidad. Refuerza esta apreciación la cosa juzgada administrativa derivada de la nulidad de la elección del contralor de Ibagué como lo sentenció en fallo de última instancia y ejecutoriado el Consejo de Estado mediante sentencia proferida dentro del radicado 73001-23-33-000-2016-00107-02 del 04 de mayo de 2017.

Según lo señalado en el citado fallo judicial se configuró la inhabilidad establecida en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución Política modificado por el Acto legislativo 02 de 2015 ya que el demandado se desempeñó en el cargo de Director Territorial del ESAP dentro del año anterior a su elección, con lo cual se satisface el elemento objetivo de la falta disciplinaria prevista en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en tanto los disciplinados eligieron como contralor a una persona incurso en causal de inhabilidad.

Por tanto, no existe duda que los concejales disciplinados eligieron a un ciudadano que se encontraba inhabilitado para ocupar el cargo de contralor municipal, inhabilidad que se sustenta en la siguiente normatividad, allende la claridad antes indicada:

1. Artículo 272, inciso 8º de la Constitución Política. (Modificado por el artículo 23 del **Acto Legislativo 2 de 2015**):

«No podrá ser elegido contralor quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal». (Negrilla fuera de texto).

2. Artículo 163 de la Ley 136 de 1994, subrogado por el artículo 9º de la Ley 177 de 1994 (inhabilidades), no podrá ser contralor, quien: «c) Esté incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y parágrafo de esta Ley, en lo que le sea aplicable».

Corolario de lo expuesto la inhabilidad prevista en el inciso 8º del artículo 272 de la Carta Política y la señalada en el artículo 163 de la Ley 136 de 1994, aplican al caso en cuestión; toda vez, que las referidas disposiciones se encontraban **vigentes**, el 9 de enero de 2016, fecha en la cual el Concejo Municipal de Ibagué eligió a RAMIRO SANCHEZ, como contralor del nombrado ente territorial.

En tal sentido, se comparte el juicio de adecuación de tipicidad realizado tanto por la Procuraduría Regional del Tolima en la formulación del cargo, como por la procuraduría delegada en el fallo impugnado, por cuanto, se respetó el principio de legalidad establecido en el artículo 4º del CDU, en la medida que la inhabilidad que hizo espuria la elección del contralor de Ibagué está establecida en el ordenamiento jurídico **de manera previa** a que

³⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-818 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-406 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-507 de 2006; C -720 de 2006 y T-161 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

³¹ Sentencias de la Corte Constitucional C- 343 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-507 de 2006

los señores concejales eligieran al contralor de su municipio en desarrollo de su deber funcional.

Ahora bien, como argumento exculpatorio para desvirtuar la tipicidad de la falta se han utilizado decisiones del Consejo de Estado proferidas a lo largo de los últimos años respecto a las inhabilidades para los contralores municipales, razón por la cual nos vamos a referir a algunos de estos.

En primer término a la radicación No. 41001-23-33-000-2016-00059-01 del 16 de junio de 2016, en el caso del contralor del Municipio de Neiva, con ponencia de la magistrada ROCÍO ARAÚJO OÑATE, traída en atención a que los sujetos procesales arguyen que con anterioridad a la elección únicamente resultaba aplicable el inciso 7 del artículo 272 constitucional, y que la inhabilidad aplicable se encontraba circunscrita al nivel ejecutivo en su ámbito departamental, distrital y municipal.

Manifestó el Consejo de Estado:

3.2. DE LA POSTURA EXPUESTA POR ESTA SECCIÓN RESPECTO DE LA APLICACIÓN DE LA INHABILIDAD ALEGADA EN EL CASO DE LOS CONTRALORES.

Existe un antecedente de esta Sección, referido a la aplicación de la inhabilidad consagrada en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 en el caso de los Contralores.

En aquella oportunidad, esta Sección consideró que la inhabilidad aplicable en cuanto al ejercicio de cargos públicos en el año anterior a su elección, en el caso de los contralores, no correspondía a la consagrada en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 en virtud de la remisión del literal c del artículo 163 ejusdem, teniendo en cuenta que la que resultaba aplicable era la establecida en el inciso 7º del artículo 272 constitucional. En los siguientes términos, la Sala explicó su postura:

“[... Por ende, en la medida en que el artículo 153 (sic) señala que no podrá ser contralor quien esté incurso en las causales de inhabilidad establecidas para el alcalde municipal, pero únicamente ‘en lo que sea aplicable’, debe entenderse que sólo se extienden al contralor aquellas inelegibilidades previstas en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 cuando tal extensión resulte claramente necesaria para asegurar una adecuada protección a la imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública ³² Así en los casos en que esa extensión carezca de evidente razonabilidad o exista duda sobre su pertinencia, debe entenderse que la inhabilidad del alcalde no es aplicable al Contralor.

No obstante, lo anterior, la Sala advierte que el citado antecedente no resulta aplicable al caso objeto de estudio, pues, en primer lugar, el inciso 7º del artículo 272 fue modificado por el artículo 23 del Acto Legislativo 02 de 2015, cambiando el supuesto fáctico de la inhabilidad consagrada [...]

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que el nuevo texto del artículo 272 constitucional estableció un supuesto diferente al que venía rigiendo hasta el momento. En efecto, en el nuevo escenario la inhabilidad se circunscribe a los cargos desempeñados en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal, según sea el caso, excluyendo de esta manera el nivel directivo.

³² Negritas y subrayado son del texto original.

Por lo anterior, y sin pretender determinar en la presente providencia el alcance de la inhabilidad consagrada en la reforma constitucional, la Sala encuentra que el fundamento jurídico en el cual se sustentó esta Sección en la sentencia citada, es diferente, por lo que no resulta entonces aplicable al presente caso. (resaltado de la sala)

De acuerdo con lo anterior, es cierto que con anterioridad a junio de 2016 el Consejo de Estado venía señalando que en el caso de los contralores la inhabilidad contenida en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no era aplicable en virtud a la remisión al artículo 272 de la Constitución Política de Colombia; sin embargo, también lo es, que la alta corporación judicial en la misma sentencia modifica esta posición señalando que para el caso de los contralores podría darse una incursión parcial en dicha inhabilidad, razón por la cual se debe estudiar cada caso particular a la luz de esta norma **en cuanto les sea aplicable**. Cambio en el precedente que se expresa en los siguientes términos:

“Sin embargo, esa posición jurisprudencial fue modificada por la misma Sección Quinta al reconocer, como se dejó explicado con detalle en los dos puntos anteriores de estas consideraciones, que en verdad las dos normas en cuestión tienen finalidades distintas y, por lo tanto, no son excluyentes sino complementarias en cuanto cada una cubre un ámbito diferente en el objetivo común de protección de los principios de igualdad, imparcialidad, transparencia y moralidad.

En efecto, en providencia del 16 de junio de 2016, la Sala Electoral tomando en consideración el referido fallo de 2009, y teniendo en cuenta la modificación que el Acto Legislativo 02 de 2015 introdujo al artículo 272 constitucional en este punto específico, plasmó así el cambio de posición al respecto:

“En el presente caso, los actores consideran que se vulneró la inhabilidad consagrada en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, el cual resulta aplicable a los contralores municipales en virtud de la remisión del artículo 163 de la Ley 136 de 1994.

*De esta manera, no obstante existir para el caso de los contralores municipales una remisión expresa a las inhabilidades establecidas para los alcaldes en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, se debe tener en cuenta que aquéllos se encuentran incursos en las inhabilidades prescritas en esta disposición normativa **en cuanto les sean aplicables**.*

En este sentido, la Sala encuentra que la inhabilidad consagrada en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, arriba transcrito, resulta aplicable al caso en particular porque el demandado, según lo expuesto por el impugnante en el recurso de alzada ejerció autoridad administrativa al desempeñarse como Jefe de la Oficina Jurídica de la Universidad Surcolombiana, dentro del año inmediatamente anterior a su elección como Contralor Municipal de Neiva”. (Negritas fuera del texto)

Debiendo precisar esta colegiatura, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde antiguo ha enseñado que la interpretación de las normas se mantiene en el tiempo siempre que su texto o contenido no varíe, empero, cuando se realiza un cambio total o de alguno de sus elementos, las interpretaciones anteriores no podrán ser válidas y por ende utilizadas.

Lo anterior, sin perjuicio, que la causal de inhabilidad existe desde el momento en que la norma que la contiene entra en vigencia y las interpretaciones que de las mismas realizan los operadores jurídicos son criterios guía, puesto que, conforme al artículo 230 de la Constitución las decisiones judiciales y administrativas están sometidas al “imperio de la Ley” – principio de legalidad.

Sin perjuicio de lo anterior y en aras de explicar la razonabilidad como elemento del régimen de inhabilidades tenemos que la jurisprudencia constitucional en relación con los principios que rigen la función pública ha sostenido³³:

La Corte Constitucional ha señalado sistemáticamente que el artículo 123 de la Carta Política prescribe que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. En esa dirección, existe un antecedente de esta Sección, referido a la aplicación de la inhabilidad consagrada en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 en el caso de los Contralores. (...) (ii) El ejercicio de esta potestad del legislador tiene como misión proteger el interés general, garantizar el cumplimiento de la función administrativa en los términos del artículo 209 Superior, y buscar el aseguramiento de los fines esenciales del Estado, establecidos en el artículo 2 de las Constitución. En concreto, el artículo 209 precitado establece una serie de principios que irradian el ejercicio de la función administrativa: los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. (iii) (...) (vi) A pesar de lo anterior, el ejercicio de esta potestad legislativa se encuentra atada a límites ciertos y determinados: de un lado, aquellos fijados de manera explícita por la Carta Política en clave de valores, principios y derechos, y en particular, los establecidos en los artículos 13, 25, 26 y 40-7. De otro lado, la Corte ha indicado que el Legislador al momento de establecer prohibiciones y determinar causales de inhabilidad e incompatibilidad o incluso para regular su alcance no puede desconocer los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En particular, sobre este último aspecto la Corte ha indicado que la razonabilidad y la proporcionalidad tienen como punto de referencia la prevalencia de los principios que rigen la función pública (art. 209 CP). En este orden de ideas, de acuerdo con los lineamientos definidos por la jurisprudencia, la valoración de toda prohibición, inhabilidad o incompatibilidad tendrá como presupuesto la realización material de los principios de transparencia, moralidad, igualdad, eficacia y eficiencia a la función pública. (subrayado de la Sala)

Concretamente a la razonabilidad para su extensión, la Corte Constitucional no sólo ha hecho especial énfasis en el ejercicio de la potestad de configuración por el legislador para determinar las causales de inhabilidad e incompatibilidad que debe partir de los principios que rigen la función pública, sino que ha puntualizado que esa razonabilidad tiene como referente dichos principios:ⁱ

*“La doctrina constitucional contenida en múltiples fallos de esta Corporación (sentencias C-537 de 1993; C-320 de 1994; C-373 de 1995; C-367 de 1996, C-509, C-618 de 1997. C- 068 y C-147 de 1998, entre otras), ha señalado que las inhabilidades como excepción y restricción que el Constituyente y el legislador pueden fijar al derecho político que le asiste a toda persona de acceder y desempeñar, en condiciones de igualdad, funciones o cargos públicos (artículos 13 y 40 de la Constitución), deben ser razonadas y proporcionales. **Razonabilidad y proporcionalidad, que tiene como punto de referencia, la prevalencia de los principios que rigen la función administrativa (artículo 209 de la Constitución).***

*“Así, ha de entenderse que una causal de inhabilidad está acorde con los postulados de la Constitución, cuando la misma tiene por objeto **otorgar la mayor transparencia, moralidad, igualdad, eficacia y eficiencia a la función pública.** (resaltado de la Sala)*

Así entonces, la inhabilidad sobre la cual se realizó el juicio de adecuación típica si es posible extenderla a los contralores en los eventos en que resultara necesaria para

³³ C-257 Magistrado Jaime Córdoba Triviño

asegurar una adecuada protección a la imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública, atendiendo a un criterio de razonabilidad en atención a la reforma introducida al artículo 282 de la Carta Política por el acto legislativo 02 de 2015.

Conforme a lo anterior, la tesis desarrollada por los sujetos procesales no está llamada a prosperar, por consiguiente, no desvirtúa la tipicidad de la falta.

De otra parte, en lo que atañe al artículo 272, inciso 8º de la Constitución Política. (Modificado por el artículo 23 del **Acto Legislativo 2 de 2015**), según el cual «*No podrá ser elegido contralor quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal*». (Negrilla fuera de texto), es decir, que la inhabilidad “se circunscribe a los cargos desempeñados en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal”, se tiene que este nivel desapareció dentro de la nomenclatura de empleos de las entidades territoriales mediante la Ley 785 de 2005³⁴ y para las entidades nacionales a través del Decreto 770 de 2005. Para el caso de las entidades territoriales la norma consagra los niveles directivo, asesor, profesional, técnico y asistencial.

De este modo al momento de la ocurrencia de los hechos la norma que precisó el alcance de la inhabilidad adolecía de un vacío en el supuesto fáctico que determina su ámbito de aplicación, pues recae sobre un nivel de empleos legalmente inexistente.

³⁴ **ARTÍCULO 3º.** Niveles jerárquicos de los empleos. Según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades territoriales se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial.

ARTÍCULO 4º. Naturaleza general de las funciones. A los empleos agrupados en los niveles jerárquicos de que trata el artículo anterior, les corresponden las siguientes funciones generales:

4.1. Nivel Directivo. Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de Dirección General, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos.

4.2. Nivel Asesor. Agrupa los empleos cuyas funciones consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos de la alta dirección territorial.

4.3. Nivel Profesional. Agrupa los empleos cuya naturaleza demanda la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica profesional y tecnológica, reconocida por la ley y que según su complejidad y competencias exigidas les pueda corresponder funciones de coordinación, supervisión y control de áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales.

4.4. Nivel Técnico. Comprende los empleos cuyas funciones exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología.

4.5. Nivel Asistencial. Comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de actividades de apoyo y complementarias de las tareas propias de los niveles superiores o de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución.

PARÁGRAFO. Se entiende por alta dirección territorial, los Diputados, Gobernadores, Concejales, Alcaldes Municipales o Distritales, Alcalde Local, Contralor Departamental, Distrital o Municipal, Personero Distrital o Municipal, Veedor Distrital, Secretarios de Despacho, Directores de Departamentos Administrativos, Gerentes de Unidades Administrativas Especiales y Directores, Gerentes o Presidentes de entidades descentralizadas.

Ante este vacío normativo lo procedente es integrar la norma atendiendo una interpretación razonable al tenor de la finalidad de la misma, por ello, al considerar que las inhabilidades para el caso concreto pretenden garantizar la objetividad en el ejercicio de las funciones de contralor evitando que a dicho cargo acceda quien por haber ejercido autoridad administrativa, civil, política, o militar dentro del año inmediatamente anterior a su elección pueda favorecer su propia candidatura o viciar la imparcialidad en los asuntos bajo su control, se debe concluir que la inhabilidad es aplicable a los niveles directivo y asesor desde los cuales efectivamente se puede ejercer autoridad en algún grado, lo que no ocurre con los niveles profesional, técnico y asistencial.

Esta conclusión se sigue de la naturaleza general de las funciones atribuidas a estos niveles de empleos, pues de acuerdo a lo señalado en la ley 785 de 2005 en su artículo 4³⁵, sólo en los niveles superiores se puede derivar un ejercicio de autoridad, que no así en los inferiores que se circunscriben al cumplimiento de las decisiones que se toman a nivel directivo y en algunos casos asesor.

De lo anterior se deduce que al momento de la elección del contralor de Ibagué la inhabilidad consagrada en el artículo 272, inciso 8º de la Constitución Política modificado por el artículo 23 del Acto Legislativo 2 de 2015 era aplicable a los niveles directivo y asesor por cuanto la inexistencia del nivel ejecutivo no podía hacer ineficaz la norma, y su aplicación a los niveles inferiores llevaría a consecuencias absurdas que bajo los más elementales principios de interpretación, el operador jurídico debe evitar.

De forma posterior a la elección del contralor de Ibagué el Consejo de Estado ha precisado el alcance y ámbito de aplicación de las inhabilidades para el caso de los contralores que refuerzan la solución normativa antes descrita y que era la respuesta más razonable para resolver el problema de indeterminación normativa que introdujo el acto legislativo 02 de 2015 a nuestro sistema jurídico, es así como el 4 de mayo de 2017, en la radicación número: 73001-23-33-000-2016-00107 02 al decretar la nulidad de la elección del Contralor de Ibagué, puntualizó:

5.2.1 En relación con el nivel ejecutivo que señala el artículo 272, inciso 8º, de la Constitución, es pertinente precisar que fue incluido en el Acto Legislativo 02 de 2015, en el entendido de que el resto de dicho inciso de la norma constitucional se mantuvo inalterado.

*La finalidad de esa inclusión era limitar la inhabilidad para que la misma no se configurara por haber ocupado **cualquier cargo** en los mencionados órdenes territoriales, bajo la consideración de que con la amplitud que traía la causal ocasionaba una significativa restricción del derecho de acceso a esos cargos públicos; por lo tanto, la limitación introducida tenía por finalidad que la inhabilidad se **configurara sólo en aquellos cargos de mayor nivel dentro de la jerarquía administrativa.***

Por lo mismo, si la finalidad de la norma era establecer dicha limitación para ajustar de mejor manera la inhabilidad a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en función de una ponderación más adecuada entre el propósito de protección de los principios que rigen la función pública y el derecho de acceso a cargos públicos de los asociados, está claro que al incluir la norma el nivel ejecutivo quiso fijar un límite inferior de aquellos cargos a partir de los cuales se desempeñan funciones que en verdad podrían ser objeto de control fiscal en cabeza de la respectiva contraloría territorial, control que podría llegar a desarticularse precisamente por la llegada a la cabeza del ente de control fiscal respectivo de alguien que haya ocupado cargos y desempeñado funciones que están dentro del ámbito de competencia de

ese control, todo esto en detrimento del interés general y de los principios de imparcialidad, transparencia y moralidad.

En esta perspectiva, se impone concluir que si ocupar un cargo en el nivel ejecutivo configura la inhabilidad, con mayor razón la misma se materializa si el cargo ocupado es de mayor nivel, como ocurre con los cargos de nivel directivo y asesor, porque en estos niveles la posibilidad de adelantar conductas y actuaciones que llagasen a ser objeto de control fiscal aumenta.

Así lo ha considerado la Sección Quinta del Consejo de Estado³⁶ en varias decisiones, entre ellas esta de unificación en los siguientes términos:

“En el caso concreto existe una palmaria necesidad lógica y práctica de apartarse parcialmente del tenor literal de la norma que establece la inhabilidad para contralores departamentales referida al ejercicio de cargos del nivel ejecutivo en el año anterior, para entender incluida dentro de la misma el ejercicio de cargos de nivel superior a ese –como el caso del nivel directivo- sin que ello implique o se traduzca necesariamente en una interpretación extensiva de la misma”.³⁷

Con esta interpretación se preserva el efecto útil de la norma constitucional para la protección de los mencionados principios, a través de la ineludible determinación de su finalidad dentro de un marco también ineludible de interpretación lógica.

En consecuencia, el régimen de inhabilidades no impide la aplicación de las demás reglas de interpretación normativa como la lógica que aquí se ha utilizado en la forma en que se acaba de explicar, porque una postura en sentido contrario simplemente excluiría toda posibilidad de interpretación estableciendo para el efecto un sistema meramente exegético que resulta claramente incompatible con el carácter sistemático que se reconoce hoy al ordenamiento jurídico y con la condición de norma jurídica de carácter superior que ostenta la norma constitucional.

5.2.2 Ahora bien, en cuanto al segundo supuesto fáctico de la norma constitucional bajo análisis, según el cual la inhabilidad se configura por haber ocupado un cargo en el orden departamental, distrital o municipal, dentro del mismo marco de restricciones del régimen de interpretación de la norma, corresponde acudir de nuevo a su finalidad.

Al respecto, cabe reiterar que lo que busca dicho postulado normativo es evitar que quien ejerza la función de control fiscal en el respectivo orden territorial tenga la posibilidad de controlar sus propios actos adoptados en tiempo reciente en otra entidad pública del mismo orden.

Lo anterior porque, como se sabe, de acuerdo con el diseño constitucional introducido por el constituyente de 1991, desde el punto de vista tanto orgánico como funcional el control fiscal en Colombia se ajusta a un modelo descentralizado de acuerdo con el cual a cada orden territorial corresponde un ente de control fiscal que tiene autonomía e independencia³⁸.

Ahora bien, como se explicó en el auto del 28 de julio de 2016 donde se resolvió la apelación contra la medida de suspensión provisional en este mismo proceso, “la Dirección de la Territorial Tolima de la ESAP, corresponde a la desconcentración prevista en la Carta

³⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 23 de marzo de 2015, CP. Alberto Yepes Barreiro, Exp. No. 11001-03-28-000-2014-00034-00 (Acumulado).

³⁷ Este criterio fue reiterado en sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta, de 7 de diciembre de 2016, CP. Alberto Yepes Barreiro, Exp. No. 47001-23-33-000-2016-00074-02.

³⁸ Lo anterior se desprende de la interpretación armónica que ha predominado respecto de las normas que integran el Capítulo 1 del Título X de la Constitución, que encuentran desarrollo en particular en la Ley 42 de 1993 (sobre la organización del control fiscal financiero y los órganos que lo ejercen) y la Ley 267 de 2000, y la resolución orgánica No. 6541 de 2012 de la Contraloría General de la República.

Política³⁹ y, en tal medida, el ámbito de ejercicio de sus funciones correspondió a todo este departamento, dentro del cual se encuentra incluido, por supuesto, el municipio de Ibagué.

De igual manera, se resalta que admitir una interpretación diferente en este sentido implicaría el desconocimiento de los principios de imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública, en razón a que los cargos que no correspondan al orden departamental, municipal, o distrital, pero que efectivamente el ejercicio de sus funciones se realiza dentro de este ámbito territorial, quedaría excluido sin justificación alguna del margen de restricciones establecido por el constituyente derivado, pues para la causal lo que importa además del nivel es donde se ejercita la función”.

Haciendo referencia específica a esta decisión y a este mismo caso, y en corroboración de dicha posición jurisprudencial, recientemente la Sección Quinta del Consejo de Estado⁴⁰ señaló:

*Es de advertir que la Sala Electoral ha fijado el alcance de este elemento y ha establecido que para que aquel se encuentre materializado debe probarse **simplemente** que el cargo público se ocupó en una entidad del orden departamental, distrital o municipal, **sin que tenga incidencia alguna** la categoría de la entidad territorial en la que se aspira a ejercer contralor, ni si en el ejercicio del cargo de contralor, la persona podrá ejercer control sobre los dineros gestionados por la entidad en la que trabajaba.*

/.../.

*Como puede observarse, pese a que en esa oportunidad el demandado fue elegido en una contraloría municipal y había ocupado cargo público del nivel directivo, en una entidad desconcentrada territorialmente, la Sala Electoral encontró que dicha circunstancia no enervaba la prohibición, habida cuenta que la norma no preveía esa excepción, y por ello, **suspendió los efectos del acto acusado.***

*Así las cosas, la Sección Quinta **retoma** esta postura y colige que para entender satisfecho este elemento basta, con que se pruebe que el cargo se desempeñó en alguna entidad del orden territorial previsto en la disposición constitucional, debido a que aquella **no contiene ninguno de los condicionamientos expuestos por las partes**, y por ende, aquellos no tienen la posibilidad de enervarla o impedir su materialización”.*

Por tanto, se reitera la conclusión de que el demandado al haber desempeñado el cargo de Director de la Territorial Tolima de la ESAP dentro del año anterior a su elección, incurrió en la inhabilidad prevista en el inciso 8º del artículo 272 constitucional.

Postura que reiteró el 19 de julio de 2018, en el expediente No. 20001-23-39-003-2017-00147-01, a declarar nula la elección contralor de Valledupar, por las siguientes razones:

1.1 De la inhabilidad prevista en el artículo 272 constitucional. Insiste el apelante que se vulneró el régimen de inhabilidades previsto en el artículo 272 Constitucional pues esta norma dispone que no podrá ser elegido contralor quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal. Ahora bien para realizar el análisis de este precepto se debe atender sus dos connotaciones: la primera referida al nivel del cargo público y la segunda al orden que ostenta la entidad al cual pertenece el empleo controvertido.

3.1.1.1 Teleología de la norma

³⁹ ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, de 7 de diciembre de 2016, CP. Alberto Yepes Barreiro, Exp. No. 47001-23-33-000-2016-00074-02.

a una significativa restricción del derecho de acceso a los cargos públicos; por lo tanto, la limitación introducida tenía por finalidad que la inhabilidad se configurara sólo en aquellos cargos de mayor nivel dentro de la jerarquía administrativa. Por lo mismo, si la finalidad de la norma era establecer dicha limitación para ajustar de mejor manera la inhabilidad a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en función de una ponderación más adecuada entre el propósito de protección de los principios que rigen la función pública y el derecho de acceso a cargos públicos de los asociados, está claro que al incluir la norma el nivel ejecutivo quiso fijar un límite inferior de aquellos cargos a partir de los cuales se desempeñan funciones que en verdad podrían ser objeto de control fiscal en cabeza de la respectiva contraloría territorial, control que podría llegar a desarticularse precisamente por la llegada a la cabeza del ente de control fiscal respectivo de alguien que haya ocupado cargos y desempeñado funciones que están dentro del ámbito de competencia de ese control, todo esto en detrimento del interés general y de los principios de imparcialidad, transparencia y moralidad. En esta perspectiva, se impone concluir que si ocupar un cargo en el nivel ejecutivo configura la inhabilidad, con mayor razón la misma se materializa si el cargo ocupado es de mayor nivel, como ocurre con los cargos de nivel directivo y asesor, porque en estos niveles la posibilidad de adelantar conductas y actuaciones que llegasen a ser objeto de control fiscal aumenta. Así lo ha considerado la Sección Quinta del Consejo de Estado³⁸ en varias decisiones, entre ellas en la de unificación que en la materia se expidió, en los siguientes términos: “En el caso concreto existe una palmaria necesidad lógica y práctica de apartarse parcialmente del tenor literal de la norma que establece la inhabilidad para contralores departamentales referida al ejercicio de cargos del nivel ejecutivo en el año anterior, para entender incluida dentro de la misma el ejercicio de cargos de nivel superior a ese –como el caso del nivel directivo- sin que ello implique o se traduzca necesariamente en una interpretación extensiva de la misma”.³⁹ Con esta interpretación se preserva el efecto útil de la norma constitucional para la protección de los mencionados principios, a través de la ineludible determinación de su finalidad dentro de un marco también ineludible de interpretación lógica. En razón de ello esta Corporación no encuentra que el a quo haya justificado las razones por las cuales se separó de la reiterada línea jurisprudencial que ha elaborado la sección quinta del Consejo de Estado como órgano de cierre en la materia.

En consecuencia, el régimen de inhabilidades no impide la aplicación de las demás reglas de interpretación normativa como la lógica que aquí se ha utilizado en la forma en que se acaba de explicar, porque una postura en sentido contrario simplemente excluiría toda posibilidad de interpretación estableciendo para el efecto un sistema meramente exegético que resulta claramente incompatible con el carácter sistemático que se reconoce hoy al ordenamiento jurídico y con la condición de norma jurídica de carácter superior que ostenta la norma constitucional. Teniendo en cuenta que el precepto superior, consagra la inhabilidad tanto para el nivel directivo, asesor como ejecutivo, procederá la Sala Electoral a verificar si para este caso en concreto se materializa en cabeza del demandado tal causal de inelegibilidad o si por el contrario no existe vicio alguno en el acto demandado.

Al respecto, cabe reiterar que lo que busca dicho postulado normativo es evitar que quien ejerza la función de control fiscal en el respectivo orden territorial tenga la posibilidad de controlar sus propios actos adoptados en tiempo reciente en otra entidad pública del mismo orden. Esto con independencia de que actualmente por mandato del artículo 272 el proceso de elección deba hacerse por convocatoria pública o por concurso de méritos pues, se insiste, que lo que se pretende evitar es el control de su propia actuación. Lo anterior porque de acuerdo con el diseño constitucional introducido por el constituyente de 1991, desde el punto de vista tanto orgánico como funcional el control fiscal en Colombia se ajusta a un modelo descentralizado de acuerdo con el cual a cada orden territorial corresponde un ente de control fiscal que tiene autonomía e independencia. De igual manera, se resalta que admitir una interpretación diferente en este sentido implicaría el desconocimiento de los principios de imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública, en razón a que los cargos que no correspondan al orden departamental, municipal, o distrital, pero que efectivamente el ejercicio de sus funciones se realiza dentro de este ámbito territorial, quedaría excluido sin

justificación alguna del margen de restricciones establecido por el constituyente derivado, pues para la causal lo que importa además del nivel es donde se ejercita la función

Respecto del ámbito territorial es importante precisar que en uno de los recientes pronunciamientos del Consejo de Estado⁴¹, ya en vigencia del Acto Legislativo 02 de 2015, en el que se hizo mención a la sentencia que declaró la nulidad de la elección del señor Contralor de Ibagué, la Corporación dejó sentado que en ningún momento en la respectiva decisión se pretendió desconocer el elemento territorial, porque así lo trae la disposición constitucional:

De la literalidad de esta disposición se desprende con claridad que la inhabilidad en comento para ser elegido contralor departamental se limita al ejercicio de cargos del orden departamental, distrital o municipal, sin que el constituyente la hubiera extendido a aquéllos del orden nacional.

Ahora bien, contrariamente a lo sostenido por la Vista Fiscal, la Sala debe precisar que no es cierto que en la sentencia de 4 de mayo de 2016 (sic)⁴², expediente 2016-00107, se hubiera sostenido que la inhabilidad consagrada en el octavo inciso del artículo 272 de la Constitución Política se extienda al ejercicio previo de cargos en entidades del orden nacional.

En efecto, en dicho caso la Sala confirmó la decisión de anular la elección del Contralor Departamental (sic) de Ibagué, entre otras razones, debido a que en virtud del fenómeno de la desconcentración, debía entenderse que el demandado, dentro del año previo a la elección, había ejercido un cargo del orden departamental. Sin embargo, en ningún momento se sostuvo que la aludida inhabilidad constitucional se extendía al ejercicio de cargos del orden nacional [...] (Lo subrayado es fuera de texto).

Retomando la decisión del Consejo de Estado se tiene que en uno de los apartes de la sentencia se dejó claro que bajo el nuevo marco normativo (Acto Legislativo 02 de 2015), no podrá ser electo contralor quien dentro del año anterior a su elección (elemento temporal), haya ocupado cargo público del «nivel ejecutivo – conducta proscrita», del orden departamental, distrital o municipal, ya que la anterior regulación no distinguía el nivel (elemento territorial), sin que se requiera la demostración del ejercicio de autoridad.

De igual manera y en gracia de discusión se tiene, en lo que respecta a la circunscripción de la inhabilidad al ámbito territorial, que la H. Corte Constitucional, en la C-509 de 1997, al pronunciarse frente a una demanda de inconstitucionalidad en contra de algunos apartes de los literales c) del artículo 6o. de la Ley 330 de 1996, en relación con la restricción para los contralores departamentales por haber desempeñado cargos públicos durante el año anterior a su elección en el ámbito distrital o municipal, precisó:

“El literal c) del artículo 6o. de la Ley 330 de 1996, parcialmente acusado, dispone que no podrá ser elegido contralor departamental quien: “Durante el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia” (Se subraya

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARRERO, del 13 de julio de 2017. Radicado 27001-23-33-000-2016-00028-01 (en la que se estudió el caso de la Contraloría Departamental del Chocó 2016-2019. No se declaró la nulidad del acto de elección, por cuanto la Universidad Tecnológica del Chocó, a pesar de ser del orden nacional, no puede considerarse como una entidad que opere en virtud de la figura de la desconcentración administrativa, que permita asimilar el cargo ejercido por el elegido como uno del orden departamental, distrital o municipal). Se trajo este pronunciamiento, a pesar de la fecha de su expedición, como refuerzo para nuestro estudio y por la pertinencia para el efecto, en tanto se hizo mención a la decisión que declaró la nulidad del acto de elección del señor Contralor de Ibagué (caso presente).

⁴² El año correcto es 2017.

la parte acusada). Como motivo de la violación constitucional, el actor señala que las expresiones “...distrital o municipal”, allí contenidas, desconocen el principio a la igualdad del artículo 13 superior, en cuanto hacen extensiva la prohibición para acceder al cargo de contralor departamental, a quienes hayan desempeñado funciones en los niveles distrital o municipal, cuando, en su criterio, dicha restricción debe operar exclusivamente frente a los cargos públicos desempeñados en el respectivo ámbito departamental, como lo establecen los incisos octavos de los artículos 267 y 272 de la Constitución Política. (...)

De esta forma, se deduce que la razón para restringir el acceso al desempeño como contralor departamental, por haber ejercido el candidato funciones públicas con anterioridad a la postulación, en los órdenes territoriales mencionados y en el año inmediatamente anterior a la elección que efectúa la correspondiente asamblea departamental (C.P., art. 272), está dirigida a impedir el ingreso de personas que, de alguna forma, tuvieron la oportunidad, los medios y las prerrogativas propias del ejercicio de funciones públicas, para incidir en su favor en una elección o nominación posterior, con clara violación del principio de igualdad de condiciones entre los demás postulantes (C.P., art. 13), y en detrimento de la prestación eficaz, moral, imparcial y pública de la función administrativa (C.P., art. 209), así como neutralizar la posibilidad de que se produzca un autocontrol de la gestión fiscal realizada.

Nótese como la Corte Constitucional, con anterioridad a la elección del Contralor de Ibagué, había sido enfática en señalar, que la finalidad buscada al consagrar inhabilidades para el ejercicio de la función pública se fincaba en la prevalencia de los intereses general con miras al cumplimiento de los fines del Estado dentro de unas condiciones claras de igualdad, transparencia y neutralidad y por ende, resultaba constitucionalmente viable extender la inhabilidad a otros órdenes territoriales, pues la razón para restringir el acceso al desempeño por haber ejercido el candidato funciones públicas con anterioridad a la elección estaba dirigida a impedir el ingreso de personas que, de alguna forma, tuvieron la oportunidad, los medios y las prerrogativas propias del ejercicio de funciones públicas, para incidir en su favor en una elección o nominación posterior, con clara violación del principio de igualdad de condiciones entre los demás postulantes.

Por consiguiente, es apenas lógico concluir que para el momento de la elección cuestionada, los concejales de Ibagué tenían la real posibilidad de vislumbrar que el cargo desempeñado por el señor Ramiro Sánchez, como **Director Territorial Tolima** de la Escuela de Administración Pública ESAP, dentro de los 12 meses anteriores a su elección entrañaba **poder de dirección, manejo y mando en la jurisdicción de la Dirección Tolima de la ESAP, que comprendía el municipio de Ibagué**, estando legalmente facultado para celebrar contratos o convenios, tal y como bien lo refirió el Consejo de Estado, circunstancia fáctica que se adecua al supuesto de hecho previsto en las normas que soportaron el juicio de adecuación típica realizado por el *a quo*.

Tanto el concejal JORGE LUCIANO BOLÍVAR TORRES, al momento de sustentar su recurso de apelación, como la defensa técnica de los disciplinados: CAMILO ERNESTO DELGADO HERRERA, CARLOS ANDRÉS CASTRO LEÓN, VÍCTOR HUGO GARCÍA CONTRERAS, FLAVIO WILLIAM ROSAS JURADO, JUAN EVANGELISTA ÁVILA SÁNCHEZ, LINDA ESPERANZA PERDOMO RAMÍREZ y MARCO TULLIO QUIROGA MENDIETA, al alegar de conclusión en esta instancia, insistieron en la no configuración de la categoría dogmática de la tipicidad.

El primero, porque la imputación fue más allá del sentido literal del artículo 272 de la Constitución Política, que solo habló del nivel ejecutivo, además es entendido que las inhabilidades son de interpretación restrictiva. Se suma, el antecedente en relación con el Contralor del Huila, en la que el Consejo de Estado fue claro en determinar que el cargo en la ESAP era de carácter nacional.

El segundo, valido de similar jurisprudencia, alegó idéntica situación para señalar fundamentalmente que para el momento de la elección del señor Contralor el alcance de las inhabilidades era otro, esto es, no se configuraban, por el contenido limitante y de interpretación restrictiva de ellas y fundamentalmente porque la norma que resultaba aplicable para los contralores era solo la establecida en el inciso 8º del artículo 272 Constitucional y no la Ley 136 de 1994, artículo 163, literal c).

Al respecto es suficiente reiterar, que conforme a lo expuesto por el Consejo de Estado, desde el año **2015**, la interpretación del régimen de inhabilidades se realiza con fundamento en el método sistemático y teniendo en cuenta la finalidad de la norma, aclarando que interpretación restrictiva no es sinónimo de interpretación exegética, o descontextualizada del marco de principios, fines y normas que integran en su totalidad el ordenamiento jurídico y que permiten a los concejales ajustar su conducta de elegir al contralor a dicho marco.

Otra de las sentencias referidas dentro de la audiencia es la calendada el 7 de diciembre de 2016. Radicación número 47000-23-33-002-2016-0074-02 (Acumulado) de la misma Sección del Consejo de Estado, caso del Contralor de Santa Marta período 2016-2019. Sentencia de segunda instancia que declaró la nulidad del acto contenido en el acta 007 del 10 de enero de 2016, a través del cual el Concejo Distrital de Santa Marta eligió al señor WILFRIDO ENRIQUE GUTIÉRREZ OSPINA, en la que se reiteró la necesidad de interpretar las inhabilidades con una óptica teleológica y atendiendo a **criterios lógicos y de aplicación útil de la norma**, en la siguiente forma:⁴³

Así pues, es claro que para determinar el alcance de la inhabilidad objeto de estudio no basta acudir a una interpretación exegética y literal de la norma, comoquiera que ‘el juez no puede en ningún caso restarle obligatoriedad a la Carta Política, adoptando posiciones en las cuales la disposición se torne ineficaz, inane, inútil o que su aplicación sea tan difícil que en ningún supuesto de hecho pueda emplearse la norma prevista por el Constituyente, porque la finalidad de aquellas es producir efectos jurídicos’. Es por ello, que para dilucidar el alcance de la expresión ‘nivel ejecutivo’ contenida en la disposición objeto de estudio debe usarse el criterio de interpretación sistemática.

*Es precisamente por lo anterior que esta sección, en aplicación de una interpretación sistemática del régimen de inhabilidades, ha entendido que la expresión ‘nivel ejecutivo’ contenida en el inciso 8º del artículo 272 Constitucional **incluye** también a los niveles superiores. Específicamente en sentencia del 21 de agosto de 2016 la Sala Electoral determinó:*

En el caso concreto existe una palmaria necesidad lógica y práctica de apartarse parcialmente del tenor literal de la norma que establece la inhabilidad para contralores departamentales referida al ejercicio de cargos del nivel ejecutivo en el año anterior, para entender incluida dentro de la misma el ejercicio de cargos de nivel superior a ese –como el caso del nivel directivo– sin que ello implique o se traduzca necesariamente en una interpretación extensiva de la misma. (Subrayas fuera de texto).

[...]

*Así las cosas, no cabe duda que una interpretación sistemática y bajo el principio de efecto útil del inciso 8º del artículo 272 de la Constitución impone colegir que ‘**si el desempeño de un cargo del nivel ejecutivo ha sido considerado por el constituyente como un motivo de inhabilidad para acceder al cargo específico de contralor territorial, con mayor razón***

⁴³ Folios 4652 a 4680.

lo es el ejercicio de un cargo del nivel directivo, dadas las implicaciones que la categoría el mismo conlleva. (Negritas fuera de texto).

Es de resaltar que esta tesis no es aislada⁴⁴, pues en auto del 1º de septiembre de 2016, la Sala Electoral al estudiar si el Contralor de Ibagué estaba incurso en la prohibición constitucional por haber ocupado, previo a su elección, un cargo del nivel directivo, reiteró⁴⁵ que la expresión ‘nivel ejecutivo’ incluía niveles superiores a dicha categoría. Expresamente señaló:

La Sala advierte que la inhabilidad consagrada en la norma constitucional realmente no solo incluye el supuesto del ejercicio de cargos del nivel ejecutivo sino también aquellos que estén por encima de esta categoría, por lo que se colige que esta disposición abarca tanto el nivel ejecutivo como los niveles superiores a éste, es decir asesor y directivo.

Contrario sensu, tal interpretación resultaría contraria con la protección de los principios de imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública, toda vez que aceptar la interpretación del impugnante implicaría, verbigracia, que el ejercicio de cargos correspondientes al nivel directivo, por parte de los aspirantes a ser elegido en el cargo de contralor departamental, municipal, o distrital, quedaría excluido del régimen de restricciones pues solo abarcaría el ejercicio de cargos del nivel ejecutivo.⁴⁶

Providencia en la que el Consejo de Estado reiteró que la expresión «nivel ejecutivo» contemplada en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución abarca tanto dicha categoría, como las que sean superiores a la misma, nivel asesor y directivo, interpretación lógica y que no atenta contra el principio de legalidad de la inhabilidad y del juicio de adecuación típica realizado por el *a quo*, en las presentes diligencias.

Así las cosas, la Sala Disciplinaria llega a la conclusión que el señor RAMIRO SÁNCHEZ se encontraba inhabilitado para ser elegido como Contralor Municipal de Ibagué, para el 9 de enero de 2016, por tanto, los aquí investigados eligieron a una persona en la que concurría una causal de inhabilidad y en consecuencia adecuaron su comportamiento a lo previsto en el inciso 2º del numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por lo que la conducta de los disciplinados es típica.

4.4. Culpabilidad – Causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria alegadas (error invencible-existencia de un deber de mayor importancia que el sacrificado):

Consideraciones preliminares

La «culpabilidad», como principio rector determina que los sujetos disciplinables pueden ser investigados y sancionados por infringir la Constitución, las leyes y los reglamentos, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones⁴⁷; bajo la premisa de la proscripción de la responsabilidad objetiva, en tanto, las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa⁴⁸

⁴⁴ El Consejo de Estado relacionó en pie de página varias sentencias para señalar que en diferentes oportunidades ha acuñado el método de interpretación sistemático y finalístico para interpretar el régimen de inhabilidades, desde 1987 hasta 2015.

⁴⁵ Negrilla del texto original.

⁴⁶ Aquí el Consejo de Estado referenció en auto de Sala del 1º de septiembre de 2016, de la Sección Quinta, radicación 73001-23-33-000-2016-000107-01. C.P. Rocío Araujo Oñate. Demandado: RAMIRO SÁNCHEZ, Contralor de Ibagué.

⁴⁷ Sentencias de la Corte Constitucional C-504 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-030 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-908 de 2013 M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁴⁸ Artículo 13 de la Ley 734 de 2002.

En este contexto se recuerda que la Constitución Política de Colombia, confirió a la Procuraduría General de la Nación la guarda de la disciplina y la ética en el ejercicio de la función pública⁴⁹; y, es que la naturaleza y finalidad del derecho disciplinario es consustancial y necesario en el marco del Estado Social de Derecho, toda vez, que son los servidores públicos y los particulares que ejercen la función pública, los responsables de materializar los fines del Estado.

En tal sentido la existencia del régimen disciplinario se justifica en la medida que garantizan la organización de las comunidades y a su vez, la eficacia y la eficiencia de las instituciones creadas para gobernarla; de tal manera, que en el ámbito del derecho público, la primer institución que tiene la obligación de cumplir con sus fines es el Estado, por tanto, es necesario que se les exija el cumplimiento de deberes, se regule el comportamiento como agentes del Estado y se sancione cuando su conducta sea contraria a derecho. Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C – 417 de 1993, puntualizó:

El derecho disciplinario está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan. Ello hace parte de las condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial, que resultan imprescindibles para la eficiente atención de los asuntos a cargo del Estado, motivo por el cual su mantenimiento, merced a un ordenamiento jurídico especial de reglas y sanciones, no solamente constituye derecho, sino que es ante todo deber del Estado

Así, la eventual imposición de la sanción disciplinaria a quienes se aparten del cumplimiento de las normas que rigen el ejercicio de sus deberes funcionales, se constituye en un derecho y a la vez un deber del Estado encomendado a los órganos encargados del ejercicio del poder disciplinario.⁵⁰

Teniendo establecido que la falta aquí endilgada es típica y provista de ilicitud sustancial; es imprescindible determinar la culpabilidad de los aquí investigados para determinar si son merecedores de la condigna sanción que el Código Disciplinario Único establece para el comportamiento que les fue censurado.

Fue tesis axial por los sujetos procesales que los concejales actuaron con el convencimiento errado e invencible que Ramiro Sánchez, no se encontraba incurso en causal de inhabilidad, es decir; que la conducta reprochada no constituyó falta disciplinaria, al tenor de lo consagrado en el artículo 28, numeral 6º de la Ley 734 de 2002.

Este cuerpo colegiado ha sido insistente en dejar sentado que el legislador no previó un tratamiento distinto, refiriéndose al error en materia disciplinaria, como ocurre en materia penal, en donde se regularon sus connotaciones y/o diferencias, como sus consecuencias, tratándose de los denominados errores de tipo o de prohibición y/o errores de hecho o de derecho.

La nota característica que le dio el C.D.U. a esta causal de exclusión fue la de su invencibilidad, para que se pueda considerar, en su verdadera dimensión, como eximente de responsabilidad. En efecto, el artículo 28, numeral 6º de la Ley 734 de 2002 preceptúa: «Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. Está exento de

⁴⁹ Artículo 277 de la Constitución Política de Colombia

⁵⁰ Al respecto consultar la sentencia C- 721 de 2015

responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta: [...] 6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria».

La Sala Disciplinaria frente a esta causal de exclusión ha considerado lo siguiente:⁵¹

No se trata entonces de un simple convencimiento de que se obra bien o en forma adecuada, son acciones concretas para agotar las posibilidades propias —según sus circunstancias— que hará inculpable su proceder [...]

La Sala Disciplinaria se ha pronunciado en varias oportunidades⁵², en relación con la incursión en esta causal de exclusión de responsabilidad, en la siguiente forma:

[...]

*Esta colegiatura ha reiterado, a tono con dicha norma, que para que opere la causal alegada, al error se le debe sumar su **invencibilidad**.*

*Así lo hemos dicho: ‘Para la Sala Disciplinaria, es invencible un error, cuando no puede superarse; cuando las circunstancias en que se encontraba la persona, al momento de tomar la decisión objeto de cuestionamiento, le hacían físicamente imposible ilustrar su entendimiento **con un criterio diverso** que lo aparte de la convicción errada que le asiste, ejerciendo todos los medios posibles para salir del error. La ética de la responsabilidad, que el derecho disciplinario eleva a categoría dogmática, impone al servidor público, o a quien aspire a serlo, el proceder con el máximo de prudencia y ponderación. Téngase en cuenta que aquello que se pone en manos del servidor público, como agente del Estado, es lo máspreciado de la justificación axiológica de éste: La realización de sus fines (artículo 2 Constitucional)’*

Y en el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en providencia del 24 de mayo de 1983, en cuanto al error señaló:

(...)

“En todo caso, para que tal error genere inculpabilidad es indispensable que posea la nota de la insuperabilidad, es decir, que no le haya sido humanamente posible evitarlo o vencerlo pese a la diligencia y cuidado con que actuó en el caso concreto”

Demostrado que el señor SÁNCHEZ sí se encontraba incurso en causal de inhabilidad (tipicidad), es menester determinar, si los miembros de la corporación pública adelantaron con diligencia las acciones requeridas para salir del error y si estas actuaciones comportaron la suficiente entidad para ubicarlos en un escenario de absolución disciplinaria (culpabilidad).

El primer argumento en el cual se soporta la existencia del error hace relación a los pronunciamientos que el Consejo de Estado había proferido con anterioridad a la elección del contralor. Si bien, este aspecto fue ampliamente analizado en el acápite correspondiente a la tipicidad, es de señalar que los concejales de la ciudad de Ibagué no fueron cuidadosos en la lectura de estas providencias, pues de haberlo hecho se habrían percatado que estas sentencias se emitieron con anterioridad a la modificación del artículo 272 de la Constitución, por el acto legislativo 02 de 2015 razón que era suficiente para descartar estas providencias como lo señaló el Consejo de Estado en la decisión que resolvió la nulidad de la elección del contralor municipal de Neiva; premisa que es apenas

⁵¹ Radicación 161-6131.

⁵² Entre ellas, en los radicados 161-5078, 161-5608 y 161-6121.

lógica y que no resultaba de difícil comprensión para los aquí investigados dadas las condiciones personales que se acreditaron en la actuación.

Adicionalmente, se tiene en cuenta que la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional sobre la razonabilidad en relación con la protección de los principios de imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública no es oscura o farragosa, por el contrario, de la lectura simple de las mismas y de la utilización de la lógica común, era posible colegir que Ramiro Sánchez estaba incurso en causal de inhabilidad, en razón al cargo que ejerció durante el año anterior en el que se estaba surtiendo la elección, se reitera, el cargo de Director Territorial Tolima de la Escuela de Administración Pública ESAP, entrañaba dirección, manejo y mando en la jurisdicción de la Dirección Tolima de la ESAP, que comprendía el municipio de Ibagué, estando legalmente facultado para celebrar contratos o convenios, con los cuales podría afectar la imparcialidad e igualdad frente a otros candidatos por cuanto justamente es esto lo que busca evitar la norma, es decir que personas que ostentan determinada dignidad en la administración pública puedan prevalerse de la misma para beneficiar su propia candidatura.

De igual forma, esta colegiatura tiene en cuenta que los investigados ostentaban la calidad de concejales de la ciudad de Ibagué, capital del departamento del Tolima, por tanto, contaban con medios tecnológicos y herramientas de consulta que les permitían ejercer de manera cuidadosa el ejercicio de sus funciones que les imponía elegir al contralor municipal; adicionalmente el concejo es una corporación político administrativa constituida en una instancia de representación del pueblo que los eligió, por consiguiente, eran responsables política y socialmente del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura, de la salvaguardia del interés colectivo y materializar los principios de moralidad, transparencia e igualdad en el proceso de elección del contralor, que por demás no se trababa de elegir cualquier funcionario, pues en bajo su orientación estaría el control fiscal de la ciudad de Ibagué.

En lo que respecta a la configuración del error, no aparece que durante la sesión de la elección se hubiese debatido y analizado de fondo y en específico la existencia o no de la inhabilidad de ningún candidato y en particular de quien resultó elegido por ellos, pues lo cierto es que no parecen haber sido consultadas ni antes ni durante el proceso de elección las normas y las posturas jurisprudenciales alegadas ex pos por la defensa.

En efecto, no hay constancia de haber discutido o estudiado el tema de las inhabilidades aplicables a los aspirantes a contralor, tan es así, que en el acta de la sesión en la cual se realizó la elección no hay mención a las fuentes normativas y jurisprudenciales aplicables, ni siquiera cuando una de las concejales mencionó los rumores que circulaban en relación con la posible inhabilidad de uno de los aspirantes, pues la forma de resolver la duda que allí se planteaba se limitó en lo formal, a solicitarle a aquéllos que bajo la gravedad de juramento manifestaran si estaban o no incurso en alguna causal de inhabilidad.

Pareciera que la cita de una fuente jurisprudencial que pudo llevarlos a error, es un argumento que se da ex post facto, es decir, se pretende utilizar la jurisprudencia, específicamente de unos fallos del Consejo de Estado – que en todo caso no eran aplicables al caso como antes se mencionó- para cambiar las consecuencias jurídicas de un acto cometido previamente. Esto por cuanto se alega un supuesto error originado en la consulta de la jurisprudencia, pero, de ello no hay evidencia sino hasta la defensa en el trámite de la investigación disciplinaria y no en el trámite de la elección del contralor. Surgen entonces los siguientes interrogantes: ¿Cómo se puede caer en error invencible para elegir al contralor a partir de una jurisprudencia que se consultó después de dicha

elección? ¿Cómo pudieron los concejales caer en error invencible al momento de establecer si los aspirantes a contralor estaban incurso en alguna causal de inhabilidad si el análisis jurídico respecto a las inhabilidades no se llevó a cabo sino hasta después de la elección, en sede disciplinaria como parte de la defensa dentro de la misma?

Lo anterior evidencia que para el momento de la elección los disciplinados no adelantaron ninguna gestión o análisis sustancial que les permitiera haber superado el error invencible que hoy alegan.

De igual forma, esta colegiatura nuevamente hace hincapié en que los investigados ostentaban la calidad de concejales de la ciudad de Ibagué, capital del departamento del Tolima, que independientemente de su formación o experiencia se esperaba de ellos haber siquiera debatido o analizado sustancialmente las situaciones particulares de los candidatos, emplear medios tecnológicos u ordenar hacerlo o al menos consultar sí en los candidatos concurrían o no causales de inhabilidad, en aras de ilustrar su entendimiento, lego o especializado, con un criterio diverso y diferente a la mera afirmación de los candidatos que los hubiera permitido salir del supuesto error.

Adicionalmente, los disciplinados contaban con medios tecnológicos y herramientas de consulta que les permitían ejercer de manera cuidadosa el ejercicio de sus funciones que les imponía elegir al contralor municipal; adicionalmente el concejo es una corporación político administrativa constituida en una instancia de representación del pueblo que los eligió, por consiguiente, eran responsables política y socialmente del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura, de la salvaguardia del interés colectivo y materializar los principios de moralidad, transparencia e igualdad en el proceso de elección del contralor, que por demás no se trababa de elegir cualquier funcionario, pues en bajo su orientación estaría el control fiscal de la ciudad de Ibagué.

De otra parte, el *a quo*, en un aparte del fallo impugnado señaló que los concejales tenían la posibilidad de acudir al Departamento Administrativo de la Función Pública para solicitar un concepto sobre el tema. Frente a esta apreciación es del caso recordar, que no obra en el expediente evidencia de que se hubiese hecho, y de haberlo hecho de todas formas no tenían la obligación de regir su actuar por la respuesta eventualmente otorgada, toda vez, que como se señaló en líneas anteriores para el cumplimiento de la función de elegir al contralor los miembros de la corporación pública debían regir su deber funcional por la Constitución y la Ley.

Un nuevo argumento para respaldar la tesis del error se relaciona con lo expuesto en la Resolución 330 de 2015 y existencia de una relación contractual con un ente universitario (CUN), entidad que entregó una lista de aspirantes, de quienes se presumieron cumplían los requisitos legales para desempeñarse en el cargo de Contralor.

En el expediente se observa copia del contrato de prestación de servicios No. 117 de 2015, suscrito entre el Concejo de Ibagué y la Corporación Unificada Nacional de Educación Superior.⁵³ La cláusula quinta del bilateral contiene las obligaciones del contratista, entre otra la siguiente:

CLÁUSULA QUINTA.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: *El CONTRATISTA, se obliga para con EL CONCEJO a lo siguiente: 6.- Realizar la recepción de las hojas de vida y verificación de requisitos legales.*

⁵³ Folio 1201 Cuaderno original 7.

Revisada la normativa vigente para el 9 de enero de 2016, fecha de elección del contralor municipal de Ibagué, se observa que los requisitos a cumplir por las personas que desean postularse para el nombrado cargo se encontraban, como incluso a la fecha ocurre, en el inciso 2º del artículo 158 de la Ley 136 de 1994, de la siguiente forma:

ARTÍCULO 158. CONTRALORES MUNICIPALES. En aquellos distritos y municipios donde exista contraloría, los respectivos contralores se elegirán dentro de los primeros diez (10) días del mes de enero respectivo por el Concejo para un período igual al de los alcaldes de ternas integradas con dos (2) candidatos presentados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial y uno (1) por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que ejerza jurisdicción en el respectivo municipio, con no menos de un (1) mes de antelación.

<Apartes tachados INEXEQUIBLES> Para ser elegido contralor se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco años y acreditar ~~título de abogado o título profesional en disciplinas económicas, administrativas o financieras.~~ En ningún caso habrá lugar a reelección.

Por su parte, las inhabilidades para ser contralor se encuentran señaladas en el artículo 272 de la Carta Política y en el artículo 163 de la Ley 136 de 1994, por tanto, la CUN en ejecución del contrato 117 de 2015, para cumplir la obligación contractual prevista en el numeral 6º de la cláusula quinta del negocio jurídico debía confrontar la hoja de vida de los aspirantes con el artículo 158 de la Ley 136 de 1994 y no con las normas contentivas de las inhabilidades. De tal forma, que realizar la verificación de requisitos comportaba para el ente universitario realizar un procedimiento distinto a establecer si uno o varios de los candidatos se encontraban inhabilitados.

Lo anterior se acompasa con la declaración rendida por Liliana Margarita Rodríguez Rodríguez, representante legal de la Corporación Unificada Nacional, quien en su testimonio fue clara al señalar que no le correspondía a la entidad por ella representada verificar si las personas inscritas se encontraban inhabilitadas para ser elegidos como contralor de Ibagué.

En lo que atañe a la Resolución 330 del 7 de diciembre de 2015, los artículos 10º y 11º se relacionan con la **verificación de requisitos** que son los previstos en el artículo 158 de la Ley 136 de 1994, se insiste, y corresponden a los estudios y experiencia profesional exigida para ocupar el cargo de contralor municipal.

De tal forma, que esta colegiatura comparte lo señalado por el funcionario especial en la decisión objeto de recurso, pues, tiene razón al afirmar que la Resolución 330 de 2015 era la carta de navegación para la realización de la convocatoria pública, por lo tanto, la CUN no se podía desligar del acto administrativo para ejecutar el contrato y la entidad universitaria no estaba en la obligación de establecer la inhabilidad de RAMIRO SÁNCHEZ

Por el contrario, la Sala Disciplinaria no comparte lo afirmado por la defensa técnica de los disciplinados en el sentido de entender que dentro de los requisitos llámense generales y/o mínimos a verificar de los aspirantes, estaban los legales y dentro de estos, la ausencia de inhabilidades, sumado a que esta verificación (requisitos legales) le correspondía a la CUN, por cuanto, como se evidenció tanto la obligación contractual y lo reseñado en el acto administrativo hace alusión a la verificación de requisitos de estudio y experiencia contenidos en el artículo 158 de la Ley 136 de 1994, más no, de establecer inhabilidades

en los candidatos de las previstas en el artículo 272 constitucional y 163 de la Ley 136 de 1994.

No es aceptable tampoco, que el trabajo adelantado por la CUN influyó en la conciencia de los concejales, al confiar en la verificación realizada por el ente universitario, toda vez, que como se analizó la obligación contractual claramente se refería a la verificación de requisitos de estudio y de experiencia, no de estar incurso en causal de inhabilidad. Además, no se puede perder de vista que era un deber funcional indelegable en cabeza de los concejales el elegir al contralor de Ibagué y que en él no podía concurrir causal de inhabilidad, por tanto, eran ellos los llamados a actuar con la diligencia debida y el cuidado necesario en el desarrollo de la función electoral encomendada.

Un nuevo argumento para demostrar el convencimiento acerca de la ausencia de causal de inhabilidad es que RAMIRO SÁNCHEZ hizo entrega al Concejo Municipal de Ibagué de una declaración juramentada en la que hizo constar su ausencia de cualquier inhabilidad para el ejercicio del cargo, sumado al concepto emitido por el doctor EDUARDO ARMANDO RODRÍGUEZ.

Al respecto, se observa que la manifestación realizada por el candidato y el concepto previo que el entonces aspirante aportó por intermedio de un abogado, sin habersele solicitado, no comporta la entidad suficiente para desvirtuar la culpabilidad, por el contrario, evidencia que era mayor la necesidad para los concejales de revisar el tema, pues a ello se sumaba la advertencia de otros cabildantes y medios de comunicación que daban cuenta de la existencia de inhabilidades del candidato que resultó elegido versus la postura de este en la que les informaba que no, por tanto, al existir esta situación la conducta esperada de los servidores públicos era actuar con el cuidado necesario y la diligencia debida para desentrañar el fondo del asunto antes de elegir.

Y es que no pasa inadvertido que en la actuación disciplinaria se acreditó que en el desarrollo del proceso de elección del contralor municipal se advirtió a los concejales de la posible inhabilidad de alguno o algunos de los candidatos. Concretamente, por parte de las concejalas LINDA ESPERANZA PERDOMO RAMÍREZ y MARTHA RUIZ. Este hecho, debió alertar y llevar a los miembros de la corporación pública a extremar los cuidados en el cumplimiento del deber funcional; sin embargo, esto no ocurrió y se eligió a una persona en la que concurría una causal de inhabilidad.

Y no puede pensarse, que los concejales no tenían la capacidad de discernir que la inhabilidad contenida en el artículo 272 de la Ley Fundamental le era aplicable al señor RAMIRO SANCHEZ, toda vez, que se insiste, la misma rige desde que entró en vigencia el acto legislativo 02 de 2015.

Así las cosas, para esta colegiatura el error que reclaman los concejales, no tiene aplicación en el *sub examine*, por cuanto, los argumentos en los que se sustenta no están llamados a prosperar y en razón, a que no se acreditaron las acciones concretas que los investigados debieron desplegar para salir de su percepción errada.

Para no desatender otro de los puntos de disenso y solo para responder el argumento, porque fue expuesto por varios de los concejales, se deja claro que en los certificados de antecedentes disciplinarios que tuvieron los concejales a la vista, porque reposaban en las hojas de vida de los aspirantes, no podían aparecer anotaciones relacionadas con las

inhabilidades aquí cuestionadas (constitucional y legal), así que no es un postulado válido para atender en esta instancia.⁵⁴

En conclusión, la Sala Disciplinaria no reconoce la causal eximente de responsabilidad, y despacha de manera desfavorable los argumentos expuestos por los sujetos procesales.

Habida cuenta que la incursión en este eximente impone relevar de responsabilidad disciplinaria a los concejales investigados, por economía procesal, so pena de un desgaste innecesario, la Sala Disciplinaria se abstendrá de analizar los restantes argumentos expuestos en esta instancia, incluidos los que tienen que ver con la otra causal de alegada (artículo 28, numeral 2º de la Ley 734 de 2002) y los postulados que a manera de pregunta formuló el doctor SEGOVIA ARMENTA.

Ahora bien, en lo que respecta al argumento defensivo de los disciplinados de la existencia de un deber de mayor importancia al sacrificado (elección del contralor dentro de los 10 primeros días del mes de enero) esta Sala considera que no es procedente.

En efecto, el deber esperado de los concejales no era solamente el elegir dentro del plazo sino elegir conforme a derecho y de manera cuidadosa y precavida, lo anterior máxime cuando la Ley 1437 de 2011, faculta a las autoridades administrativas, en desarrollo del principio de eficacia, para que de manera oficiosa puedan remover todos aquellos obstáculos formales que se presenten en procura de la efectividad del derecho material objeto de la iniciativa.

En este caso, no resulta proporcional el haber sacrificado una correcta elección de la primera autoridad del control fiscal del municipio versus el haberlo hecho dentro del plazo fijado en la ley, pues el cumplimiento de un término administrativo, no obstante, el deber de acatarlo, debe acompasarse con el recto ejercicio de la función electoral en cabeza del cabildo de Ibagué.

Corolario de lo expuesto, encuentra comparte esta colegiatura la calificación subjetiva de responsabilidad que hizo el a quo a título de culpa grave.

4.5 De la Ilícitud sustancial

El artículo 5º de la ley 734 de 2002, exige que la falta (debiendo entenderse el comportamiento), realizado por el servidor público, además de típico debe ser sustancialmente ilícito. Bajo este contexto, es menester determinar la sustancialidad de la ilicitud de la conducta que se reprocha a los investigados, teniendo en cuenta su deber funcional, identificando el principio de la función administrativa que resulta conculcado y la finalidad o interés que protege el derecho disciplinario, cual es, el correcto ejercicio de la función pública, como garantía de la consecución de los fines del Estado Social de Derecho, que en este caso gravita en torno a las corporaciones públicas de elección popular.

Sobre el particular la Corte Constitucional en la sentencia C- 092 de 2004, acotó:

⁵⁴ El sistema de Información de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad SIRI registra las decisiones ejecutoriadas y notificadas remitidas a la Procuraduría General de la Nación por las autoridades competentes, las cuales se incluyen en el registro, así: sanciones disciplinarias, penales e inhabilidades provenientes de sanciones disciplinarias, penales, de las relaciones contractuales con el Estado, de responsabilidad fiscal y provenientes de pérdida de investidura.

“...Al respecto la Corte constata que la norma traduce - ART. 5 CDU - la adopción por el Legislador de una postura clara a favor de la autonomía del derecho disciplinario en materia de determinación de la antijuridicidad de las conductas que dicho derecho sanciona frente a las categorías propias del derecho penal.

Para la Corte, como se desprende de las consideraciones preliminares que se hicieron en relación con la especificidad del derecho disciplinario, resulta claro que dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones. En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública.

El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta...”

Resulta oportuno recordar lo consagrado en el artículo 22 de la Ley 734 de 2002 y en el artículo 3º de la Ley 489 de 1998, norma que contiene los principios de la función administrativa, por ser de interés transcribimos los preceptos:

*“Artículo 22. Garantía de la función pública. El sujeto disciplinable, para salvaguardar la **moralidad pública**, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, **eficacia** y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las Leyes”.*

*“Artículo 3º. PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, **moralidad**, celeridad, economía, imparcialidad, **eficacia**, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.*

PARÁGRAFO. Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular”.

Así entonces, el incumplimiento del deber funcional es el que orienta la determinación de la antijuridicidad, teniendo en cuenta que debe responder a la infracción sustancial de dicho deber, es decir, que se atente contra el buen funcionamiento de Estado y sus fines.

En el caso que nos ocupa, encuentra esta colegiatura que los concejales del Municipio de Ibagué (Tolima), período constitucional 2016-2019: **VÍCTOR JULIO ARIZA LOAIZA, JUAN EVANGELISTA ÁVILA SÁNCHEZ, JORGE LUCIANO BOLÍVAR TORRES, CARLOS ANDRÉS CASTRO LEÓN, CAMILO ERNESTO DELGADO HERRERA, VÍCTOR HUGO GRACIA CONTRERAS, HAROL**

OSWALDO LOPERA RODRÍGUEZ, HASBLEDY MORALES LOZANO, ERNESTO ORTIZ AGUILAR, LINDA ESPERANZA PERDOMO RAMÍREZ, CARLOS ANDRÉS PORTELA CALDERÓN, HUMBERTO QUINTERO GARCÍA, MARCO TULIO QUIROGA MENDIETA, FLAVIO WILLIAM ROSAS JURADO, OSWALDO RUBIO MARTÍNEZ Y WILLIAM SANTIAGO MOLINA, conculcaron los principios de Eficacia y Moralidad de la Función Pública.

Se tiene entonces que los miembros de la Corporación Político Administrativa que por demás constituye una de las instituciones más representativas del derecho constitucional y administrativo colombiano, ostentan cargas relativas al desempeño de sus funciones, que en el ámbito del derecho disciplinario se acompasan con las normas que tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas, en este caso, electorales, con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, así entonces, el principio de eficacia y moralidad están relacionado directamente con las obligaciones concretas que surgen de la facultad que tienen las corporaciones públicas de elección popular del orden municipal y departamental de elegir a los contralores de los respectivos municipios, para materializar el cumplimiento de los tales cometidos estatales.

En el caso objeto de estudio, los concejales eligieron al señor RAMIRO SÁNCHEZ, como Contralor Municipal de Ibagué, el 9 de enero de 2016, no obstante que en él concurría una causal de inhabilidad tal y como se refirió ampliamente en el acápite correspondiente, y en consecuencia el comportamiento de los cabildantes disciplinados resulta sustancialmente ilícito toda vez que conculcaron los principios de moralidad administrativa y eficacia, contraviniendo el interés que protege el derecho disciplinario de responder al correcto ejercicio de la función pública, y adecuando su conducta a lo previsto en el inciso 2º del numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

En efecto, es prueba de la ilicitud que:

- (i) los disciplinados tenían como función propia, indelegable e intransferible el elegir al Contralor de su municipio, lo cual conllevaba a su vez, el deber de elegir a alguien que reuniera las condiciones y requisitos previstos en la ley y, que, además, no estuviera inhabilitado.
- (ii) Que el 9 de enero de 2016 eligieron al señor Ramiro Sánchez, no obstante que en él concurría una causal de inhabilidad,
- (iii) Que en desarrollo del proceso electoral la forma como abordaron dicho deber funcional se quedó en lo formal y no trascendió a un análisis de fondo del caso concreto, no obstante, las advertencias, lo que conllevó a que se afectara el recto ejercicio de la función electoral en cabeza del cabildo, al elegir a alguien inhabilitado.
- (iv) Que el Consejo de Estado en última instancia removió al decretar la nulidad al contralor elegido por el Concejo, con lo cual se genera una afectación en el ejercicio no solo de la función electoral, sino de la función fiscal, que, por su diseño constitucional, debe tener una estabilidad jurídica durante el período constitucional para el cual el Contralor es elegido por el Concejo.
- (v) Que el resultado de la elección afectó el principio democrático, toda vez que la facultad electoral de los contralores municipales en cabeza de los concejos municipales responde a una función que directamente el constituyente primario

les otorgó, como desarrollo de la autonomía administrativa que se le reconoce a las autoridades territoriales de elegir a sus propias autoridades⁵⁵.

En tal sentido, los concejales conculcaron en primer término el principio de eficacia, por cuanto debieron en cumplimiento de su deber funcional hacer la evaluación de los aspirantes de manera rigurosa abarcando las perspectivas no solo formales sino sustanciales, realizando un análisis antes de proceder a la elección del contralor, máxime cuando estaban advertidos acerca de la concurrencia de una causal de inhabilidad, acentuándose así este reproche.

En este contexto, se recuerda que el principio de eficacia, exige al servidor público realizar actuaciones tendientes a garantizar los fines del estado de manera material no simplemente formal, independientemente de que la finalidad se hubiese cumplido, es decir, la elección del contralor, dentro de la fecha definida, determinándose la antijuricidad en el deber material no formal, es decir, en la carga que se les imponía de elegir a una persona que no se encontrara inhabilitada.

Así las cosas, esta colegiatura encuentra que la conducta reprochada a los concejales está provista de ilicitud sustancial, al vulnerarse el principio de eficacia de la función administrativa, frente al comportamiento que le era exigible a los servidores públicos, se itera, en relación con el buen funcionamiento del Estado.

Respecto al principio de **moralidad**, previsto en el artículo 209 de la Constitución Política, frente al cumplimiento que les era exigible en ejercicio de sus funciones y los obligaba a acatar de manera irrestricta lo que estaba permitido en las disposiciones legales. Sobre ese pilar de las actuaciones de los servidores públicos de manera general en el ejercicio de función pública, la Corte Constitucional en sentencia C – 826 de 2013, puntualizó:

Acerca del principio de moralidad en el ámbito de los deberes jurídicos de la administración pública, recuerda la Corte que el artículo 6º de la Constitución Política señala que 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. Lo anterior, expresado con otras palabras, quiere significar que los servidores públicos están obligados a hacer solo lo que les está permitido por la ley, de manera que cuando hay omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones están sobrepasando lo que por orden constitucional les está permitido ejecutar. Los servidores y funcionarios públicos se comprometen a cumplir y defender la Constitución desempeñando lo que les ordena la ley, ejerciendo sus funciones de la forma prevista por la Carta, la Ley y el Reglamento, ya que ellos están al servicio del Estado y no de sus necesidades e intereses particulares, tal y como lo indican los artículos superiores 122-2 y 123-2, de manera que la aplicación de este principio es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1º y 2º superiores. El principio de moralidad en la administración pública cubre todas las actuaciones de los funcionarios del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas.

Bajo esta óptica, se entiende que el cumplimiento de funciones públicas debe realizarse conforme al ordenamiento constitucional, legal y reglamentario y orientado al cumplimiento del interés general⁵⁶.

Ahora, una de las expresiones de la violación del principio de la moralidad administrativa es la elección de un ciudadano inhabilitado para ocupar un empleo público, que en este

⁵⁵ Constitución Política, artículo 287 numeral 1º.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, 31 de mayo de 2002, Consejera Ponente: Dra. Ligia López Díaz, Radicado Número: 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300)

caso es una elección que reviste la mayor importancia para un municipio como Ibagué, toda vez que será quien administre, coordine y dirija el ejercicio del control fiscal en la Capital del departamento del Tolima, garantizando el concejo con dicha elección que la Contraloría Municipal pueda contar con un jefe que le imprima la estabilidad, imparcialidad y autonomía al ejercicio del control fiscal, en defensa del patrimonio público y los intereses generales que desde el Constituyente de 1991 se le ha conferido a esta tipología de entes de control.

Corolario de lo expuesto, los concejales disciplinados vulneraron los principios de eficacia y moralidad administrativa, esta última materialización del principio de legalidad, el cual es aplicable a toda la actividad estatal, y que les imponía frente al comportamiento que les era exigible en ejercicio de sus funciones como cabildantes de la ciudad “*hacer solo lo que le estaba permitido por la ley*⁵⁷” “*observando las normas jurídicas aplicables*⁵⁸” y en subexamine lo infringieron, reiteramos, al elegir a alguien inhabilitado contraviniendo el marco jurídico conforme a las consideraciones que se han desarrollado ampliamente y que tienen como sustento el caudal probatorio arrimado a la actuación.

Adicionalmente, resulta sustancialmente ilícita la conducta de los disciplinados no solo por las consideraciones antes indicadas, sino también cuando los concejales abordan el cumplimiento de sus funciones electorales desde una dimensión que no profundiza y no atiende a la realidad de las advertencias y supuestos sobre los cuales deben ejercerla. En este caso, se lesionó la función pública no solo por el hecho de haber elegido a alguien inhabilitado, sino también al no haber desatado con la profundidad con la que se debió haber abordado esta situación.

Luego de concluir que la falta disciplinaria es típica, culpable y sustancialmente ilícita, esta Sala procederá a proferir la decisión correspondiente:

4.5. Decisión de la Sala Disciplinaria:

El anterior recorrido permite a esta colegiatura **CONFIRMAR** en su integridad el fallo sancionatorio proferido en audiencia pública, el 7 de diciembre de 2017, por el funcionario especial designado (Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa), en contra de los concejales del municipio de Ibagué- Período 2016-2019: **VÍCTOR JULIO ARIZA LOAIZA, JUAN EVANGELISTA ÁVILA SÁNCHEZ, JORGE LUCIANO BOLÍVAR TORRES, CARLOS ANDRÉS CASTRO LEÓN, CAMILO ERNESTO DELGADO HERRERA, VÍCTOR HUGO GRACIA CONTRERAS, HAROL OSWALDO LOPERA RODRÍGUEZ, HASBLEDY MORALES LOZANO, ERNESTO ORTIZ AGUILAR, LINDA ESPERANZA PERDOMO RAMÍREZ, CARLOS ANDRÉS PORTELA CALDERÓN, HUMBERTO QUINTERO GARCÍA, MARCO TULIO QUIROGA MENDIETA, FLAVIO WILLIAM ROSAS JURADO, OSWALDO RUBIO MARTÍNEZ y WILLIAM SANTIAGO MOLINA**, mediante el cual se les sancionó con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de nueve (9) meses.

En mérito de lo expuesto, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en cumplimiento de sus funciones legales,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia proferido por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, en audiencia pública del 7 de

⁵⁷ Principio de moralidad C-826 DE 2013

⁵⁸ Funciones de los alcaldes artículo 91 Ley 136 de 1994

diciembre de 2017, mediante el cual se sancionó con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de nueve (9) meses a los concejales del Municipio de Ibagué período 2016-2019:

VÍCTOR JULIO ARIZA LOAIZA, JUAN EVANGELISTA ÁVILA SÁNCHEZ, JORGE LUCIANO BOLÍVAR TORRES, CARLOS ANDRÉS CASTRO LEÓN, CAMILO ERNESTO DELGADO HERRERA, VÍCTOR HUGO GRACIA CONTRERAS, HAROL OSWALDO LOPERA RODRÍGUEZ, HASBLEDY MORALES LOZANO, ERNESTO ORTIZ AGUILAR, LINDA ESPERANZA PERDOMO RAMÍREZ, CARLOS ANDRÉS PORTELA CALDERÓN, HUMBERTO QUINTERO GARCÍA, MARCO TULIO QUIROGA MENDIETA, FLAVIO WILLIAM ROSAS JURADO, OSWALDO RUBIO MARTÍNEZ y WILLIAM SANTIAGO MOLINA, acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Por la Secretaria de la Sala Disciplinaria **NOTIFICAR** esta decisión a la defensa técnica de los disciplinados apelantes y a los concejales que actuaron en causa propia. Para el efecto se tendrá en cuenta lo establecido en los artículos 100 y siguientes de la Ley 734 de 2002, advirtiéndoseles que no procede recurso alguno. También se le comunicará al quejoso.

Concejales que actuaron en nombre propio:

- CARLOS ANDRÉS PORTELA CALDERÓN y JORGE LUCIANO BOLÍVAR TORRES.

Defensores:

1. LUIS ALBERTO TRIVIÑO ESPINOSA, defensor de la concejal HASBLEDY MORALES LOZANO.
2. JORGE MARIO SEGOVIA ARMENTA, defensor de los concejales: CAMILO ERNESTO DELGADO, CARLOS ANDRÉS CASTRO LEÓN, MARCO TULIO QUIROGA, VÍCTOR HUGO GRACIA CONTRERAS, FLAVIO ROJAS JURADO, LINDA ESPERANZA PERDOMO y JUAN EVANGELISTA ÁVILA.
3. ANDRÉS LEONARDO GARCÍA PRADA, defensor del concejal VÍCTOR JULIO ARIZA LOAIZA.
4. YEISON ALFONSO MORENO BERNAL, defensor del concejal HUMBERTO QUINTERO GARCÍA.
5. JOSÉ FILADELFO MONROY CARRILLO, defensor del concejal WILLIAM SANTIAGO MOLINA.
6. LUIS ELMER URRIAGO, defensor del concejal HAROL OSWALDO LOPERA.
7. EDUAR ARMANDO RODRÍGUEZ RUBIO, defensor de los concejales ERNESTO ORTIZ AGUILAR y OSWALDO RUBIO MORALES.

Las direcciones son las que se tuvieron en cuenta al momento de enterarlos del traslado para alegar en segunda instancia.

TERCERO: DEVOLVER el proceso a la oficina de origen, previos los registros y las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Radicado n.º 161 – 7169

GLORIA YANET QUINTERO MONTOYA
Procuradora Segunda Delegada para la Contratación Estatal
Procuradora AD-Hoc

CAMILO JOSÉ ORREGO MORALES
Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal
Procuradora AD-Hoc

JAIME MEJÍA OSSMAN
Procurador Primero Delegado
Presidente

(con salvamento de voto anexo a la presente decisión)
