

INHABILIDAD EN ELECCION DE PERSONERO POR PARENTESCO – Criterio restrictivo de interpretación / DESTITUCION DE CONCEJALES POR NOMBRAMIENTO DE PERSONERO INHABILITADO – Parentesco. Criterio restrictivo de interpretación

Resulta evidente que la prohibición contenida en el literal f) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, según la cual no podrán ser elegidos Personeros quienes tengan parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad con los Concejales, es más severa que la contenida en el inciso segundo del artículo 292 de la Constitución porque en éste último la prohibición para designar funcionarios va hasta el segundo grado de consanguinidad. El Personero Municipal es elegido o designado por el Concejo Municipal por lo que, aplicando criterios restrictivos de interpretación, debe entenderse que es uno de los “funcionarios” a los que se refiere el inciso segundo del artículo 292 de la Constitución y en tal sentido, no podrá ser elegido como tal, el pariente de un Concejal dentro del segundo grado de consanguinidad. El artículo 4 de la Constitución Política dispone que en caso de “incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. La inhabilidad imputada a la señora Nela Alejandra Mendoza para ser elegida Personera Municipal de Distracción no se configuró porque el parentesco con uno de los Concejales es del cuarto grado de consanguinidad y la prohibición de que trata el artículo 292 de la Constitución Política va hasta el segundo grado. Al no configurarse la inhabilidad, los Concejales que participaron en la designación de Personero Municipal no incurrieron en la falta disciplinaria contenida en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y en tal sentido, los actos demandados infringieron las normas constitucionales en que debían fundarse.

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 174 LITERAL F / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 292 / CONSTITUCION POLITICIA – ARTICULO 4

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00080-00(0248-11)

Actor: DAVID ALFONSO MURILLO ARAGON Y OTROS

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del C.C.A. instaurada por David Alfonso Murillo Aragón, Nerio Luis Levette Mejía, Campo Elías Caicedo Atencio, William Carlos Rodríguez Araos y Marlin del Rosario Zuleta Molina contra la Nación, Procuraduría General de la Nación.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad del fallo disciplinario de primera instancia de 15 de abril de 2004 proferido por el Procurador Regional de la Guajira que sancionó a los demandantes con destitución en el cargo e inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de 11 años, y la Resolución de 10 de junio de 2004 expedida por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa que confirmó la decisión anterior.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitaron la desanotación (sic) de la sanción disciplinaria impuesta y el pago de los perjuicios morales tasados en 200 salarios mínimos legales vigentes para cada uno.

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se resumen así:

Los señores David Alfonso Murillo Aragon, Nerio Luis Levette Mejía, Campo Elías Caicedo Atencio, William Carlos Rodríguez Araos y Marlin del Rosario Zuleta Molina, fueron elegidos como Concejales del Municipio de Distracción, Guajira, por el periodo constitucional 2004-2007.

En sesión celebrada el 7 de enero de 2004, eligieron como Personera Municipal a la señora Nela Alejandra Mendoza Tovar para un periodo de 3 años.

En queja presentada ante la Procuraduría Regional de la Guajira, se informó que la elegida personera es prima hermana de William Carlos Rodríguez Araos, porque el padre del Concejal es hermano de la madre de la personera, por lo que se configura la inhabilidad de que trata el artículo 174 literal f) de

la Ley 136 de 1994, en concordancia con los artículos 49 de la Ley 617 de 2000 y 126 de la Constitución Política.

Por auto de 17 de marzo de 2004, la Procuraduría Regional de la Guajira calificó la falta y ordenó la práctica de pruebas en audiencia pública aplicando el procedimiento verbal sumario dispuesto en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002.

El 16 de marzo de 2004 los demandantes rindieron descargos afirmando que la Personera elegida no se encontraba inhabilitada para ejercer el cargo porque el numeral 2 del artículo 292 de la Constitución Política, establece que no podrán ser designados funcionarios de la entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los Diputados y Concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

Mediante Resolución de 15 de abril de 2002, la Procuraduría Regional de la Guajira sancionó disciplinariamente a los Concejales demandantes con destitución del cargo e inhabilidad general para ocupar cargos públicos por el término de 11 años.

Contra al anterior decisión los disciplinados interpusieron recurso de apelación que fue resuelto mediante Resolución de 10 de junio de 2004 proferida por el Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa, confirmándola en todas sus partes.

La Personera elegida tiene un vínculo consanguíneo de cuarto grado con el Concejal William Carlos Rodríguez Araos, hecho que no conocían los señores Concejales David Alfonso Murillo, Marlín Zuleta, Neiro Luis Levette y Campo Elías Caicedo.

En sesión de 7 de enero de 2004, alguien manifestó que la Personera estaba inhabilitada pero no se precisó en qué consistía la inhabilidad y nadie se refirió al vínculo consanguíneo existente con el Concejal Rodríguez, además, no tienen los mismos apellidos.

La Procuraduría Regional de la Guajira calificó la conducta de los investigados como dolosa respecto del Concejal William Carlos Rodríguez y culposa en cuanto a los demás Concejales demandantes, sin embargo, inexplicablemente y sin ningún sustento probatorio, varió el título de imputación de la conducta de todos los Concejales a título de dolo.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Como disposiciones violadas cita las siguientes:

Constitución Política, artículos 2, 3, 6, 25, 292; Ley 57 de 1887; Ley 734 de 2002, artículo 48 numeral 17 y Ley 821 de 2003, artículo 1.

La entidad demandada sustentó la decisión en la inhabilidad contenida en el artículo 1º de la Ley 821 de 2003 cuando la norma aplicable al caso es el inciso 2º del artículo 292 de la Constitución Política que, por expreso mandato del artículo 4º debe aplicarse de manera preferente.

Los accionantes eligieron a la Personera Municipal de Distracción, Guajira, atendiendo lo dispuesto en el artículo 292 de la Constitución Política que inhabilita a los familiares de los Concejales hasta el 2º grado de consanguinidad.

El artículo 5º de la Ley 57 de 1887 establece que al presentarse una incompatibilidad entre la Constitución y la Ley se debe inaplicar la disposición legal y aplicar la norma constitucional.

La Procuraduría desconoció el artículo 48, numeral 17 de la Ley 734 de 2002, porque si bien los entonces Concejales incurrieron en un error no lo hicieron a título de dolo.

La Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia de 28 de septiembre de 1995, expediente 1404, concluyó que el inciso 2 del artículo 292 de la Constitución Política, prevalece frente a lo dispuesto en la Ley 136 de 1994 por expresa disposición del artículo 4 constitucional.

La Corte Constitucional, en sentencia C-147 de 1998, manifestó que en los casos en que existan dos interpretaciones posibles en materia de inhabilidad deberá preferirse la norma que menos limite el derecho de acceso a cargos públicos.

Por otra parte advirtió que la Corte Constitucional en sentencia C-311 de 31 de marzo de 2004, declaró la exequibilidad condicionada del artículo 1 de la Ley 821 de 2003 en el entendido “que respecto de diputados y concejales se aplica el inciso segundo del artículo 292 de la Constitución” según el cual no podrán ser designados, entre otros, los parientes de los Concejales en el segundo grado de consanguinidad.

En ese sentido, la prohibición de que trata la norma declarada condicionalmente exequible se aplica únicamente a los parientes de los Gobernadores, Alcaldes y miembros de las Juntas Administradoras Locales Municipales y Distritales, dentro del cuarto grado de consanguinidad.

Concluyó que en los casos en que la elección es realizada por la Asamblea Departamental o el Concejo Municipal se aplica la inhabilidad de que trata el inciso 2 del artículo 292 de la Constitución Política, es decir, a parientes dentro del segundo grado de consanguinidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la Procuraduría General de la Nación se opuso a las pretensiones argumentando que las decisiones disciplinarias respetaron el ordenamiento jurídico y propuso las excepciones de “legalidad de los actos administrativos, control jurisdiccional del proceso disciplinario, presupuestos probatorios para sancionar, autonomía del régimen disciplinario e inexistencia de causales de anulación” (fls. 137 a 145).

Contrario a lo expuesto por la parte actora, la Corte Constitucional mediante sentencia C-311 de 2004 manifestó que el inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, con la modificación introducida por la Ley 821 de 2003, es exigible condicionalmente en el entendido que cuando los diputados y concejales “no actúan como nominadores o no han intervenido en la designación

de quien actúa como nominador se aplicará la regla prevista en el segundo inciso del artículo 292 de la constitución y que la inhabilidad a que dicho inciso se refiere se aplica dentro del ámbito territorial de competencia del respectivo gobernador, alcalde, diputado, concejal...”.

En casos como el presente, en que los Concejales actúan como nominadores o intervienen en la designación de un funcionario, la regla a aplicar respecto de la inhabilidad es la establecida en el inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, es decir, hasta el cuarto grado de consanguinidad.

Los demandantes proponen como causal de nulidad del proceso disciplinario una violación a las normas superiores sustentada en criterios subjetivos que no tiene asidero porque a partir de la entrada en vigencia de la Ley 821 de 2003 y de la expedición de la sentencia C-311 de 2004, “es impertinente y necia cualquier discusión respecto al grado de inhabilidad”.

Advirtió que el control de legalidad de los actos sancionatorios “se limita ahora a cuestiones de mera forma, ya que no debe olvidarse que no es función propia del Juez Contencioso valorar nuevamente la prueba”. En ese sentido, la Jurisdicción Contenciosa no es una tercera instancia en la que se elimine el criterio utilizado por el operador disciplinario pues ello implicaría la desnaturalización de las funciones Constitucionales otorgadas a la Procuraduría General de la Nación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

La Procuraduría General de la Nación reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda en el sentido de afirmar que los actos administrativos que impusieron la sanción disciplinaria se ajustaron a la ley y no violaron derechos fundamentales de los demandantes (fls. 151 a 157).

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 821 de 2003 y de la expedición de la sentencia C-311 de 2004, proferida por la Corte Constitucional, es claro

que la interpretación de las normas constitucionales y legales aplicadas en el presente caso es la aplicada por la Procuraduría en los fallos disciplinarios acusados porque la regla de inhabilidad de los Concejales y Diputados para ejercer su facultad de postulación es hasta el cuarto grado de consanguinidad.

De lo anterior se concluye que la sanción disciplinaria impuesta a los demandantes obedeció al cumplimiento de los mandatos Constitucionales y Legales, sin que se les haya desconocido garantía alguna dentro del proceso disciplinario.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado al rendir Concepto visible de folios 168 a 173, solicitó declarar la nulidad de los fallos disciplinarios en virtud de la excepción de inconstitucionalidad de que trata el artículo 4º de la Constitución Política.

El artículo 174 literal f) de la Ley 136 de 1994, el inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 y el inciso tercero del artículo 1º de la Ley 821 de 2003, establecen como inhabilidad para ser elegido Personero el hecho de que el aspirante se encuentre dentro del cuarto grado de consanguinidad con los Concejales que intervienen en su elección.

Los fallos disciplinarios demandados enmarcaron la actuación de los demandantes dentro de la falta disciplinaria de que trata el artículo 48 de la Ley 734 de 2002 porque incurrieron en la prohibición de nombrar a una persona en quien concurría la causal de inhabilidad contenida en el artículo 174 de la Ley 136 de 1994 según el cual no podrá ser elegido Personero quien sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad con los Concejales que interviene en su elección.

Si bien las normas aplicadas en el proceso disciplinario establecen la inhabilidad para los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad las mismas vulneran el artículo 292 de la Constitución Política que extiende la

inhabilidad a los parientes de los Concejales hasta el segundo grado de consanguinidad.

En tal sentido, las normas legales citadas hicieron más gravosa la incompatibilidad de que trata el artículo 292 de la Constitución Política toda vez que la ampliaron hasta el cuarto grado de consanguinidad sin tener en cuenta que las inhabilidades e incompatibilidades son de carácter restrictivo, taxativas y cerradas.

En relación con el tema, la Corte Constitucional en sentencia C-903 de 2008, declaró inexecutable la expresión “dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil” contenida en el inciso 2 del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007 porque hacía más gravosa la inhabilidad contenida en el artículo 292 de la Constitución Política.

Si bien la sentencia citada fue proferida en septiembre de 2008 y produce efectos hacia el futuro, es del caso advertir que las normas en que se sustentaron los fallos disciplinarios tienen un contenido similar en materia de inhabilidades que también contrarían la Constitución Política y por tanto resulta procedente su inaplicación.

Como no se evidencia causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si los actos administrativos demandados por medio de los cuales la Procuraduría General de la Nación sancionó con destitución e inhabilidad de 11 años para ejercer cargos públicos a los demandantes, en su calidad de Concejales Municipales de Distracción, Guajira, se ajustan o no a las normas constitucionales y legales aplicables al caso.

ACTOS DEMANDANDOS

1. Fallo de 15 de abril de 2004 proferido por la Procuraduría Regional de la Guajira dentro del proceso disciplinario No. 089-2222-04, que declaró disciplinariamente responsables a título de dolo a los señores David Alfonso Murillo Aragon, Nerio Luis Levette Mejía, Campo Elías Caicedo Atencio, William Carlos Rodríguez Araos y Marlin del Rosario Zuleta Molina, en su condición de Concejales del Municipio de Distracción, Guajira, por incurrir en la falta gravísima consistente en elegir como Personera Municipal a Nela Alejandra Mendoza Tovar estando legalmente inhabilitada por ser pariente en cuarto grado de consanguinidad del Concejal William Carlos Rodríguez Araos. Por lo anterior, fueron sancionados disciplinariamente con destitución del cargo e inhabilidad general para ocupar cargos públicos por 11 años (fls. 39 a 67).

2. Fallo de 10 de junio de 2004 expedido por el Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa que desató el recurso de apelación interpuesto contra la decisión anterior confirmándola en todas sus partes (fls. 21 a 38).

ANÁLISIS DE LA SALA

Teniendo en cuenta que el problema jurídico planteado se refiere a la sanción disciplinaria de destitución impuesta por la Procuraduría Regional de la Guajira a los demandantes, en calidad de Concejales del Municipio de Distracción, Guajira, la Sala procederá a su estudio en el siguiente orden: 1. Trámite del proceso disciplinario y pruebas 2. Falta disciplinaria endilgada 3. Estudio de los cargos.

1. Trámite del proceso disciplinario

La investigación disciplinaria en contra de los demandantes se originó en la queja presentada por la señora Ana Clara Fonseca ante la Procuraduría Regional de la Guajira el 10 de febrero de 2004, en la que informó que la Personera elegida por el Concejo Municipal de Distracción, Guajira, en sesión celebrada el 7 de enero de 2004, es prima hermana del Concejal William Carlos Rodríguez Araos, quien participó e intervino en la elección tal como consta en el Acta No. 002 de la sesión (fl. 4 del cuaderno No. 2).

En la queja se advirtió que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 174, literal f) de la Ley 136 de 1994, 1 de la Ley 821 de 2003 (subrogó artículo 49 de la Ley 617 de 2000) y el artículo 126 constitucional, la Personera elegida estaba inhabilitada para ejercer cargos públicos porque es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad de uno de los Concejales Municipales. En tal sentido, los concejales que participaron en su elección incurren en la falta disciplinaria descrita en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

La Procuraduría Regional de la Guajira, por auto de 17 de marzo de 2004, ordenó la apertura de la investigación disciplinaria en contra de los señores David Alfonso Murillo Aragon, Nerio Luis Levette Mejía, Campo Elías Caicedo Atencio, William Carlos Rodríguez Araos y Marlin del Rosario Zuleta Molina, en su condición de Concejales del Municipio de Distracción, Guajira, por elegir como Personera Municipal a persona presuntamente inhabilitada (fl. 58 del cuaderno No. 2).

En dicha actuación, se calificó la falta como gravísima en la modalidad de dolo respecto del señor William Carlos Rodríguez Araos, primo de la Personera elegida, y de culpa en relación con los demás investigados. El proceso disciplinario se adelantó conforme a lo dispuesto en los artículos 175 a 181 de la Ley 734 de 2002¹, que establecen el procedimiento verbal sumario (fl. 64 del cuaderno No. 2).

El Procurador Regional de la Guajira constituyó audiencia pública el 19 de abril de 2004 para recibir la versión libre de los Concejales investigados. Cada uno de ellos indicó sus generales de ley y entregó la versión libre en documento escrito (fl. 84 del cuaderno No. 2).

¹ Artículo 175. APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO VERBAL. El procedimiento verbal se adelantará contra los servidores públicos en los casos en que el sujeto disciplinable sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta, cuando haya confesión y en todo caso cuando la falta sea leve.

También se aplicará el procedimiento verbal para las faltas gravísimas contempladas en el artículo 48 numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 47, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 62 de esta ley.

En los eventos contemplados en los incisos anteriores, se citará a audiencia, en cualquier estado de la actuación, hasta antes de proferir pliego de cargos.

En todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia.

Los disciplinados presentaron sus descargos argumentando todos, que el literal f) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 contraría el artículo 292 de la Constitución Política que se refiere específicamente a las prohibiciones que tienen los Concejales y Diputados en relación con la designación de funcionarios de la correspondiente entidad territorial (fls. 86, 104, 122, 140 y 157 del cuaderno No. 2.).

Evidenciaron que al aplicar esa norma constitucional, no se configura la falta disciplinaria endilgada porque el parentesco existente entre uno de los Concejales Municipales y la Personera elegida es del cuarto grado de consanguinidad y el artículo 292 de la Carta Política determina expresamente que la inhabilidad va hasta el segundo grado de consanguinidad.

En Audiencia de 30 de marzo de 2004, el Procurador Regional de la Guajira decretó la prueba solicitada por el apoderado de los disciplinados consistente en el testimonio de la señora Claudia Zuleta en su condición de Secretaria General del Concejo Municipal de Distracción, Guajira, con el propósito de determinar el nombre de los Concejales que intervinieron en la elección de la Personera y si tenían o no conocimiento del parentesco (fl. 108 del cuaderno No. 2).

En Audiencia de 1 de abril de 2004 el Procurador Regional de la Guajira recepcionó el testimonio de la Secretaria del Concejo Municipal quien manifestó que el día de la elección de Personero Municipal se postularon dos nombres: luego de ello, los concejales que no están investigados “hicieron llegar un informe en donde ellos decían que la Dra. estaba inhabilitada, por ser familiar del honorable William Rodríguez, luego de la elección quedando elegida la doctora Nela Alejandra Mendoza el honorable William Rodríguez tomó la palabra para pedirle explicación a los honorables” (fl. 188).

La testigo manifestó que los Concejales William Rodríguez y Bayron Oñate debatieron sobre la supuesta inhabilidad de la Personera “que era hasta tal grado de consanguinidad y los otros decían que era hasta el cuarto grado.”. En la votación participaron los 9 Concejales, 5 a favor de la Dra. Nela Alejandra y 4 a favor del señor Roberto. Quienes votaron en contra de la elegida comentaron,

fuera de sesión, “que no votaban por la doctora Nela porque estaba inhabilitada pero ellos solo pasaron el oficio del que hablé”.

En la misma diligencia, el Procurador Regional decidió modificar la modalidad de culpabilidad de algunos de los Concejales quedando para todos a título de dolo porque todos conocían el parentesco y aún así decidieron actuar como lo hicieron “bajo la interpretación de estar haciéndolo en forma jurídica y legal.”.

La Procuraduría Regional de la Guajira, en Audiencia de 15 de abril de 2004, profirió fallo de primera instancia declarando disciplinariamente responsables a los Concejales investigados bajo la modalidad de dolo por la falta gravísima consistente en haber elegido a la ciudadana Nela Alejandra Mendoza Tovar como Personera Municipal de Distracción, Guajira, a pesar de encontrarse legalmente inhabilitada por ser pariente en el cuarto grado de consanguinidad del Concejal William Carlos Rodríguez Araos.

La decisión se sustentó en el hecho de que los Concejales Andrés Mendoza, Bayron Oñate, Antonio Córdoba y Joel Pallares, se refirieron a la inhabilidad que tenía la señora Mendoza Tovar para ser Personera Municipal y aún así, los demás la eligieron “restando importancia a sus consecuencias”.

Al pariente de la persona elegida se atribuye pleno conocimiento de la situación fáctica y jurídica y la intención de actuar pese a ello; a los demás Concejales involucrados se les pregona desatención elemental y violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento porque desatendieron la advertencia de los Concejales que dejaron constancia de la inhabilidad.

Concluyó que la conducta de los Concejales encaja en la falta gravísima dispuesta en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 porque eligieron a una persona que estaba incurso en la inhabilidad contemplada en el literal f) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 en concordancia con el artículo 126 de la Constitución Política (fl. 43 del cuaderno No. 2).

Los disciplinados interpusieron recurso de apelación contra la decisión que fue desatado el 10 de junio de 2004 por el Procurador Primero Delegado para la Vigilancia Administrativa confirmándola en todas sus partes (fl. 21).

Argumentó que los investigados conocían el vínculo de consanguinidad existente entre la Personera electa y el Concejal Rodríguez, y aún así, procedieron a su elección desatendiendo las advertencias de inhabilidad que hicieron los demás Concejales.

Pruebas documentales

Acta No. 002 de 7 de enero de 2002 suscrita por el Presidente y la Secretaria del Concejo Municipal de Distracción, Guajira, en la que consta que algunos de los Concejales manifestaron que la señora Nela Alejandra Mendoza Tovar, postulada al cargo de Personero Municipal se encuentra inhabilitada sin embargo, fue elegida para la vigencia 2004-2007 (fl. 6 del cuaderno No. 2).

Registros civiles de nacimiento de Nela Alejandra Mendoza Tovar hija de Melba Tovar Rodríguez, y William Carlos Rodríguez Araos, hijo de William Rodríguez Tovar (fls. 9 y 10 del cuaderno No. 2).

Certificación de 2 de marzo de 2004, expedida por la Secretaria del Concejo Municipal de Distracción, Guajira, en la que consta que los Concejales David Alfonso Murillo Aragon, Nerio Luis Levette Mejía, Campo Elías Caicedo Atencio, William Carlos Rodríguez Araos y Marlin del Rosario Zuleta Molina votaron a favor de la señora Nela Alejandra Mendoza para Personera Municipal (fl.16 del cuaderno No. 2).

2. Falta disciplinaria endilgada

La Ley 734 de 2002 determina que se incurre en falta disciplinaria por el incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y, además, por la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses.

De conformidad con lo establecido en los artículos 44 y 46 de la ley disciplinaria, la sanción establecida para las faltas gravísimas, es la destitución e inhabilidad general de 10 a 20 años, en los casos en que la conducta sea realizada con dolo o culpa gravísima que se origina cuando la

falta es cometida “por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento”.

Las faltas gravísimas están señaladas de manera taxativa en la Ley 734 de 2002 y por tal razón no están sometidas a los criterios establecidos para determinar la “gravedad o levedad de la falta” dispuestos en el artículo 43 de la Ley 734 de 2002, porque los mismos sólo se aplican en las faltas graves o leves.

En el sub lite se le atribuyó a los demandantes la comisión de la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que establece lo siguiente:

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

Nombrar, designar, elegir, postular o intervenir en la postulación de una persona en quien concurra causal de inhabilidad, incompatibilidad, o conflicto de intereses.

(…)”.

La falta se sustentó en el hecho de que los Concejales sancionados eligieron como Personera del Municipio de Distracción, Guajira, a la prima hermana del Concejal William Carlos Rodríguez Araos, es decir, que tienen parentesco en cuarto grado de consanguinidad que la inhabilitaba para el ejercicio del cargo.

La causal de inhabilidad que impedía la elección de la Personera Nela Alejandra Mendoza se sustentó en las siguientes normas:

El artículo 126 de la Constitución Política establece que “los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad (…)”.

La Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los Municipios, en el capítulo IV relacionado con los Concejales Municipales, artículo 49, establece lo siguiente:

“Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los concejales. Los concejos no podrán nombrar, elegir o designar como servidores públicos a personas con las cuales los concejales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los concejales y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo municipio.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los concejales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades de los sectores central o descentralizado del correspondiente municipio.

Parágrafo 1º.- Es nulo todo nombramiento o designación que se haga en contravención a lo dispuesto en el presente Artículo.

Parágrafo 2º.- Se exceptúan de lo previsto en este artículo, los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa².”.

A su vez, el Capítulo X relacionado con los Personeros Municipales establece en el artículo 174, literal f) lo siguiente:

“Inhabilidades. No podrá ser elegido personero quien:

(...)

f) Sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil o tenga vínculos por matrimonio o unión permanente con los concejales que intervienen en su elección, con el alcalde o con el procurador departamental;

(...)”.

La Ley 136 de 1994 fue modificada por la Ley 617 de 2000 en el sentido de indicar que los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de los Concejales Municipales no podrán ser miembros de Juntas o Consejos Directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente Departamento, Distrito o Municipio, ni miembros de Juntas Directivas, Representantes Legales, Revisores Fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo Departamento o Municipio (artículo 49).

² Subrayado declarado EXEQUIBLE en sentencia C-380 de 1997 de la Corte Constitucional.

Esta a su vez, fue modificada por el artículo 1 de la Ley 823 de 2003, de la siguiente manera:

“Prohibiciones relativas a *los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales, y Distritales; concejales municipales, y Distritales; y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales. Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio*³.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y *miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales*, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente⁴.

PARÁGRAFO 1o. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

PARÁGRAFO 2o. Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios⁵.”.

³ **Apartes subrayados declarados exequibles en sentencias C-1051-04, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño y C-348-04 con ponencia del mismo Magistrado, '...en el entendido que en el caso de los representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social, cuando sean parientes de diputados y concejales, se aplica el inciso segundo del artículo 292 de la Constitución'.**

⁴ Apartes subrayados y en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

⁵ Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-348-04 de 20 de abril de 2004, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño, '... en el entendido que se aplica únicamente dentro del ámbito territorial de competencia del respectivo gobernador, alcalde o miembros de juntas administradoras locales, municipales y distritales'.

Con base en las normas citadas, la Procuraduría Regional de la Guajira y la Delegada para la Vigilancia Administrativa concluyeron que los parientes de los Concejales dentro del cuarto grado de consanguinidad están inhabilitados para ser elegidos Personeros Municipales en el mismo ente territorial y por tanto, quienes en la condición de Concejales intervienen en la elección de una persona en quien concorra dicha causal de inhabilidad incurrir en falta gravísima sancionable con destitución e inhabilidad, tal como ocurrió en el presente caso.

3. Estudio de los cargos

Los demandantes argumentan, en primer lugar, que la señora Nela Alejandra Mendoza, elegida Personera Municipal en enero de 2004 no estaba incurso en una causal de inhabilidad porque el vínculo de parentesco con el Concejal William Carlos Rodríguez Araos es de cuarto grado. En tal sentido los Concejales del Municipio de Distracción, Guajira, que participaron en la elección de la señora no incurrieron en falta disciplinaria alguna porque el artículo 292 de la Constitución Política limita la inhabilidad al segundo grado de consanguinidad.

La Constitución Política establece el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos en general y en el capítulo I del título XI, sobre organización territorial, establece el régimen de incompatibilidades de los Diputados y Concejales de la siguiente manera:

“ARTICULO 292. Los diputados y concejales y sus parientes dentro del grado que señale la ley no podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio.

No podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.”.

La norma citada, dirigida de manera expresa a los Diputados y Concejales debe ser concordada con lo dispuesto en el artículo 126 constitucional en razón a que éste se refiere a las inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos

en general, entre ellos, los “miembros de las corporaciones públicas⁶”, siempre que actúen como nominadores.

La prohibición de los servidores públicos para “nombrar como empleados a personas con las que tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad” contenida en el artículo 126 Constitucional, al igual que la contenida en el artículo 292, pretenden evitar la parcialidad, el favoritismo, la preferencia o el nepotismo en la escogencia de los servidores públicos imponiendo límites para su nombramiento, designación o elección.

En relación con el tema, la Corte Constitucional en sentencia C-311 de 31 de marzo de 2004, M.P. Alvaro Tafur Galvis, hizo las siguientes presiones⁷:

“a) Cuando los diputados y concejales actúan como nominadores o han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, los grados de parentesco a tener en cuenta serán los previstos en el inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1º de la Ley 821 de 2003, esto es, el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil.

En esta hipótesis, la decisión del legislador concuerda con los límites fijados en el artículo 126 de la Constitución Política¹.

b) Cuando los diputados y concejales no actúen como nominadores o no hayan intervenido en la designación del correspondiente nominador, se aplicará la prohibición consagrada en el inciso segundo del artículo 292 de la Constitución Política, según el cual “no podrán ser *designados* funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil”.

c) En cualquier caso, estas inhabilidades se aplicarán dentro del ámbito territorial de competencia del respectivo diputado o concejal².”.

En aplicación de las dos normas constitucionales, artículos 126 y 292, la Corte Constitucional en la sentencia citada, declaró la exequibilidad condicionada del inciso segundo del artículo 1 de la Ley 821 de 2003 **“en el entendido que respecto de diputados y concejales, cuando los mismos diputados y concejales no actúan como nominadores o no han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, se aplicará la regla prevista en**

⁶ Artículo 123 de la Constitución Política: “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. (...)”.

el segundo inciso del artículo 292 de la Constitución y que la inhabilidad a que dicho inciso se refiere se aplica dentro del ámbito territorial de competencia del respectivo gobernador, alcalde, diputado, concejal o miembro de junta administradora local, municipal o distrital.”.

Ahora bien, las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000, antes citadas, fueron modificadas nuevamente por la Ley 1148 de 2007⁸, reiterando en el inciso segundo que los parientes de los Concejales Municipales y Distritales, dentro del cuarto grado de consanguinidad “no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas”.

Si bien la norma en cita no es aplicable al presente caso, es oportuno advertir que la misma reprodujo el inciso segundo del artículo 1 de la Ley 821 de 2003 declarado condicionalmente exequible, la Corte Constitucional, al estudiar el precepto normativo contenido en la nueva Ley, declaró inexecutable el aparte **“dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.**

La decisión anterior, contenida en la sentencia C-903 de 17 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería, se sustentó en las siguientes razones:

“[...]”

- Conforme al criterio expresado por la Corte Constitucional con base en los respectivos textos normativos, las causales constitucionales de inhabilidad e incompatibilidad tienen en unos casos carácter taxativo. En los demás casos pueden ser establecidas o ampliadas por el legislador, por disposición expresa del constituyente o en virtud de la cláusula general de regulación de la función pública (Arts. 123 y 150, Num. 23, C. Pol.), en ejercicio de la potestad de configuración normativa, en el cual está sometido a dos tipos de límites: i) los derechos, principios y valores constitucionales, particularmente los derechos a la igualdad, el trabajo, el libre ejercicio de profesiones y oficios y el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, y ii) los principios de razonabilidad y de

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-348 de 20 de abril de 2004, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, que declaró estarse a lo resuelto en sentencia C-311 de 2004.

⁸ Reproduce el contenido del artículo 1 de la Ley 821 de 2003.

proporcionalidad, por tratarse de limitaciones a derechos fundamentales, principios que en esta materia tienen como referencia los principios de la función administrativa previstos en el Art. 209 superior, en particular la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad.

- Las inhabilidades son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público (...) y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos, y que las mismas pueden tener naturaleza sancionatoria, en materia penal, contravencional, disciplinaria, correccional y de punición por indignidad política; en los demás casos no tienen dicha naturaleza.
- Por la índole excepcional de las inhabilidades e incompatibilidades, las normas que las contemplan deben ser interpretadas y aplicadas con un criterio restrictivo y, por ende, con exclusión de un criterio extensivo.
- **Por ello, aunque la inhabilidad prevista en el Art. 292 de la Constitución persigue garantizar la moralidad y la imparcialidad de los servidores públicos allí señalados en el ejercicio de sus funciones, los cuales son fines constitucionalmente valiosos, no es legítimo dar a dicha disposición una interpretación que sacrifique el acceso de los ciudadanos al ejercicio de los cargos públicos sin una justificación objetiva y razonable, o sea, en forma desproporcionada.**
- En este sentido, no es constitucionalmente admisible otorgar a la inhabilidad consagrada en la citada disposición una *vis*⁹ (sic) expansiva de índole indefinida que a la postre convertiría la excepción en la regla general, en contradicción con el texto de la norma, y originaría la muerte en el campo político de muchos ciudadanos que no podrían acceder a los cargos públicos, más allá de un límite razonable.
- Los grados de parentesco que determinan la inhabilidad contemplada en el Art. 292 de la Constitución son taxativos o cerrados, de suerte que el legislador no puede establecer dicha inhabilidad con base en otros grados. En cambio, la inhabilidad allí prevista respecto de los

diputados y de los concejales puede ser establecida por el legislador, hasta los grados indicados, también en relación con otros servidores públicos del orden territorial, como son, por ejemplo, los gobernadores y los alcaldes distritales o municipales.

[...].

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala concluye lo siguiente:

La inhabilidad impide o imposibilita que una persona sea elegida, o designada para un cargo público por las causales contenidas de manera taxativa en la Constitución o la ley, y su interpretación debe atender criterios restrictivos debido a que su aplicación implica la limitación del derecho fundamental contenido en el artículo 40 de la Constitución Política.

Atendiendo dicho concepto, resulta evidente que la prohibición contenida en el literal f) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, según la cual no podrán ser elegidos Personeros quienes tengan parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad con los Concejales, es más severa que la contenida en el inciso segundo del artículo 292 de la Constitución porque en éste último la prohibición para designar funcionarios va hasta el segundo grado de consanguinidad.

El Personero Municipal es elegido o designado por el Concejo Municipal por lo que, aplicando criterios restrictivos de interpretación, debe entenderse que es uno de los “funcionarios” a los que se refiere el inciso segundo del artículo 292 de la Constitución y en tal sentido, no podrá ser elegido como tal, el pariente de un Concejal dentro del segundo grado de consanguinidad.

El artículo 4 de la Constitución Política dispone que en caso de “incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

En el sub lite resulta evidente la “incompatibilidad” entre el artículo 174 literal f de la Ley 136 de 1994 y el artículo 292 de la Constitución Política por

⁹ Vis es un término latino que significa "fuerza", utilizada en Derecho como sinónimo de fuerza o presión.

lo que procede la inaplicación de la norma legal para darle aplicación a la “disposición constitucional” de la siguiente manera:

La inhabilidad imputada a la señora Nela Alejandra Mendoza para ser elegida Personera Municipal de Distracción no se configuró porque el parentesco con uno de los Concejales es del cuarto grado de consanguinidad y la prohibición de que trata el artículo 292 de la Constitución Política va hasta el segundo grado.

Al no configurarse la inhabilidad, los Concejales que participaron en la designación de Personero Municipal no incurrieron en la falta disciplinaria contenida en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y en tal sentido, los actos demandados infringieron las normas constitucionales en que debían fundarse.

En este orden de ideas fuerza concluir que la presunción de legalidad de los actos demandados fue desvirtuada y en tal sentido procede la declaratoria de nulidad con las consecuencias solicitadas por los demandantes.

No es viable acceder al pago de los perjuicios morales solicitados por los actores en razón a que no se allegó prueba alguna que demuestre su existencia.

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

FALLA

1. Declárese la nulidad de los fallos disciplinarios de 15 de abril y 10 de junio de 2004 proferidos por la Procuraduría Regional de la Guajira y la Delegada para la Vigilancia Administrativa que impusieron sanción de destitución e inhabilidad de 11 años para ejercer cargos públicos a los señores David Alfonso Murillo Aragón, Nerio Luis Levette Mejía, Campo Elías Caicedo Atencio, William Carlos Rodríguez Araos y Marlin del Rosario Zuleta Molina.

2. Como consecuencia de lo anterior, condénase a la Procuraduría General de la Nación a eliminar la inhabilidad impuesta a los demandantes con motivo de los fallos disciplinarios declarados nulos.
3. Niéganse los perjuicios morales solicitados.
4. **Dése cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.**

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA