



**SANCION DE DESTITUCION DE CONCEJALES DEL MUNICIPIO DEL PEÑON -
Desconocimiento del período institucional del personero municipal.
Nombramiento encargo no vacante**

La Sección Quinta del Consejo de Estado consideró que la norma anterior “institucionalizó y unificó el periodo de los personeros en tres años comprendidos entre el 1º de marzo de 1995 y el último día de febrero de 1998, el 1º de marzo de 1998 y el último día de febrero de 2001, el 1º de marzo de 2001 y el último de febrero de 2004, y así sucesivamente”¹, es decir, que se trata de un periodo de carácter institucional que debió ser observado por los concejales municipales, pues está delimitado en la ley en forma precisa y concreta. a juicio de la Sala el conocimiento que los demandantes tenían respecto de lo previsto en el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, de los conceptos emitidos por diferentes autoridades del Ministerio del Interior y de las razones expresadas públicamente en las sesiones del Concejo Municipal por parte del Personero electo, son motivos suficientes para considerar que actuaron en contra de la ley aún a sabiendas de que la interpretación que le estaban dando a la misma no era la que se compadecía con su tenor literal.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el período institucional del Personero Municipal, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 22 de enero de 2004, Rad 2002-1399 (3144)

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 12 / LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 48 NUMERAL 1/ EY 136 DE 1994 –ARTICULO 170

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUB SECCION “A”

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil trece (2013).

Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00019-00(0143-10)

Actor: MAURO ADRIAN BOTINA y OTROS

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

¹ Sentencia de enero 22 de 2004, Consejero Ponente Filemón Jiménez Ochoa, Radicación No. 52001-23-31-000-2002-1399-01(3144).



REF: 11001 03 25 000 2010 00019 00
No. Interno: 0143-2010
ACTOR: Mauro Adrian Botina y Otros

Decide la Sala la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentaron Bertulia Inés Andino, Mauro Adrián Botina, Claudio Alexander Córdoba, Segundo Alberto García, Luis Armando López y Lucio Bernardo Meneses contra la Procuraduría General de la Nación.

Por conducto de apoderado, piden que se declare la nulidad del fallo disciplinario de primera instancia No. 0023 de agosto 9 de 2004 y del fallo disciplinario de segunda instancia No. 0057 de septiembre 16 de 2004 proferidos por el Procurador Provincial de Pasto y la Procuradora Regional de Nariño, respectivamente, mediante los cuales se les impuso la sanción de destitución en el ejercicio del cargo de concejales del municipio de El Peñol (Nariño) e inhabilidad general para el ejercicio de funciones públicas por el término de 10 años.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho piden: i) reparar los daños causados con ocasión de las decisiones acusadas y para ello, conceder la indemnización de perjuicios materiales por daño emergente equivalentes a la cantidad de dinero debidamente indexada que hubieran recibido a título de honorarios, hasta cuando hubiera finalizado normalmente el periodo para el que fueron elegidos; a título de perjuicios morales, el valor correspondiente al lucro cesante, equivalente a los intereses sobre los honorarios que dejaron de recibir en el mismo periodo, liquidados al doble del valor del interés de mora bancario, de acuerdo con la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria; ii) registrar la sentencia en los archivos y libros de control de los procesos disciplinarios de la entidad demandada y la desanotación de los demandantes de las listas de personas que figuran con antecedentes disciplinarios; iii) actualizar las sumas adeudadas, de conformidad con las fórmulas matemáticas aplicables y con fundamento en el índice de precios al consumidor; iv) ordenar el reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas adeudadas, a partir de la ejecutoria de la sentencia; v) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A. y vi) condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

Relatan que el Concejo Municipal realizó el proceso de elección del personero municipal el 1º de septiembre de 1999, resultando electo el doctor John Jairo Burgos quien desempeñaría su labor por el término de 3 años.

Cuentan que el 27 de mayo de 2001 el personero municipal renunció a su cargo y en su reemplazo fue elegido el doctor Carlos Bustamante de la Cruz, quien tomó posesión el 3 de junio de 2001, asumiendo el cargo hasta completar el periodo de 3 años para el cual había sido elegido el personero anterior.

Informan que el nuevo Concejo Municipal se posesionó el 27 de agosto de 2002 y el 6 de septiembre del mismo año eligió como personero al doctor Mario Zambrano Méndez considerando que el cargo se encontraba vacante, teniendo en consideración que el personero en ejercicio, Dr. Bustamante



REF: 11001 03 25 000 2010 00019 00
No. Interno: 0143-2010
ACTOR: Mauro Adrian Botina y Otros

de la Cruz había sido elegido por el resto del periodo de su antecesor y considerando que ese periodo vencía el 30 de agosto de 2002.

Señalan que la Procuraduría General de la Nación sancionó a los concejales del municipio por haber incurrido en la falta gravísima prevista en el artículo 48 numeral 1º de la Ley 734 de 2002, que se configuró al haber incurrido en la conducta típica propia del delito de prevaricato por acción, al haber provisto un cargo que no se encontraba vacante, pues el periodo del Dr. Bustamante de la Cruz como Personero Municipal se vencía hasta después de transcurridos 3 años posteriores a su posesión.

Comentan que la elección del doctor Mario Zambrano Méndez fue declarada nula mediante sentencia proferida el 6 de junio de 2003 por el Tribunal Administrativo de Nariño, lo que dio lugar al inicio de un proceso disciplinario por parte de la Procuraduría Provincial de Pasto a causa de dicha elección.

Indican que la decisión de elegir al personero municipal tuvo como fundamento el concepto jurídico emitido verbalmente y por escrito por un abogado especialista en derecho administrativo y dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 23 del Acuerdo No. 026 de septiembre 9 de 2000 mediante el cual se aprobó el reglamento interno del Concejo Municipal de El Peñol, según el cual la elección del personero se produce por un periodo de 3 años que inicia el 1º de septiembre y termina el último día de agosto.

Sostienen que en el fallo de primera instancia se adujo que en principio el concepto emitido por el referido abogado, podría ser causal de exoneración de la conducta imputada; sin embargo, como el Presidente del Concejo municipal también solicitó conceptos que fueron emitidos por el Asesor General Jurídico del Ministerio del Interior, el Coordinador del Grupo de Actuaciones Administrativas del Ministerio del Interior y el Jefe del Grupo de Coordinación de Direcciones Territoriales en los que se conceptuó que el periodo de elección del personero era por el espacio de 3 años, conforme al artículo 170 de la Ley 136 de 1994 ello permitía concluir que el cargo no estaba vacante, y por ello los concejales no podían proceder a su elección.

Afirman que la desatención de los referidos conceptos ocurrió porque los mismos no fueron conocidos oportunamente, pues se allegaron ante el Presidente del Concejo Municipal en una fecha posterior a la de la controvertida elección.

Dicen que no hay norma que prevea en forma específica la manera en que debe contabilizarse el periodo de elección de los personeros municipales en el caso de municipios recién creados, de modo que en esos casos la fecha es distinta de la institucionalmente establecida en el artículo 170 de la Ley 136 de 1994 y por ello hay varias tesis interpretativas que no corresponden a la literal.



REF: 11001 03 25 000 2010 00019 00
No. Interno: 0143-2010
ACTOR: Mauro Adrian Botina y Otros

Informan que mediante Resolución No. 06 de enero 28 de 2005 el Fiscal 17 Delegado para el Juzgado Penal del Circuito, Unidad de Delitos Contra la Administración Pública de Pasto, precluyó la investigación por no haberse tipificado el delito de prevaricato por acción.

Consideran que con las decisiones de la administración se incurrió en violación de los artículos 29 de la Constitución Política, 6º, 4º y 48 numeral 1º de la Ley 734 de 2002 y 413 del Código Penal.

Señalan que si bien de conformidad con lo previsto en el artículo 170 de la Ley 136 de 1994 el periodo de personero es de 3 años que se extienden desde el primer día de marzo hasta el último día de febrero del tercer año y que los primeros personeros se elegirían desde el 1º de marzo de 1995, no se hizo consagración alguna de la contabilización del periodo de elección en los casos de los municipios recién creados en cuyos casos la elección ocurre en una fecha distinta a la institucionalmente establecida en la mencionada ley.

Aducen que el texto de la norma, en casos de municipios recién creados puede tener diversas interpretaciones, así: i) que el periodo de elección es de 3 años, contados a partir de la fecha de elección, independientemente de cuál sea esa fecha; ii) que el periodo de elección es de 3 años contados a partir del 1º de marzo del año en que se produce la elección y iii) que el periodo de elección de personero es institucionalizado en lo que respecta a los extremos temporales y para todos los casos, consta de periodos trienales fijos contados a partir del 1º de marzo de 1995.

Aseguran que las dos primeras interpretaciones son factibles pues el artículo 170 de la Ley 136 de 1994 estableció que los primeros personeros serían elegidos el 1º de marzo de 1995, lo que institucionaliza hacia el futuro los extremos temporales de la elección en los municipios que para esa fecha se encontraban debidamente constituidos, mientras que para los municipios creados en una fecha posterior tanto la primera elección de alcalde como la del consejo y la del personero tienen una fecha diferente a la que fija la norma; ello implica un vacío legal que da lugar a una aplicación no literal de la norma.

Manifiestan que la interpretación de esa norma ha sido objeto de discusión en estrados judiciales y finalmente se llegó a la conclusión de que los periodos de los personeros están institucionalizados y en todos los casos empiezan a correr a partir del 1º de marzo de 1995; sin embargo, ello fue el resultado de un profundo análisis de la norma y su alcance y contenido, más no de la aplicación simple y llana.

Indican que no conocían la jurisprudencia relacionada con la interpretación que debía darse a la norma y por ello adhirieron al concepto dado por el abogado especializado, por eso la decisión de elegir un nuevo personero estuvo precedida del convencimiento de no estar equivocados en la interpretación



REF: 11001 03 25 000 2010 00019 00
No. Interno: 0143-2010
ACTOR: Mauro Adrian Botina y Otros

normativa, máxime cuando se apoyó en lo previsto en el artículo 23 del Acuerdo Municipal 026 de 2000.

Precisan que la sanción disciplinaria fue impuesta por estar incurso en la falta gravísima consagrada en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, consistente en haber incurrido en la descripción típica del delito de prevaricato por acción, es decir, haber proferido resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, lo que necesariamente implica que la ilegalidad sea evidente por la sola confrontación con el texto de la norma que contiene el precepto que se considera desconocido.

De lo anterior concluyen que la elección del Dr. Mario Zambrano Méndez como personero municipal no es manifiestamente contraria a la ley pues, se repite, el artículo 170 de la Ley 136 de 1994 da lugar a diferentes interpretaciones en lo que respecta a los extremos temporales del periodo de elección en los municipios de reciente creación, lo que implica que no existe una manifiesta contradicción con la ley y por ello la conducta no se adecua al tipo penal de prevaricato por acción.

Aseveran que al no adecuarse su conducta a la descripción típica del delito, se quebranta el principio de legalidad de las investigaciones disciplinarias y se incurre en una interpretación errada de la norma que describe la conducta con fundamento en la cual se impuso la sanción disciplinaria.

Precisan que la conducta no pudo ser imputable a título de dolo, pues fue el resultado de la interpretación de una norma y la conducta carece del factor subjetivo que daba lugar a calificar la falta como gravísima, por ello, solo debió calificarse como grave al tenor de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 43 de la Ley 734 de 2002, lo que conlleva la vulneración de las normas que prevén la calificación de la falta, pues la conducta, si acaso, daba lugar a imponer una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la Procuraduría General de la Nación se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Indicó que los demandantes confunden la función de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en lo que respecta al estudio de legalidad de los fallos disciplinarios, pues en el proceso contencioso no es dable realizar una valoración del acervo probatorio allegado dentro de la actuación disciplinaria, ni esgrimir nuevamente los mismos argumentos controvertidos y vencidos en juicio que ya fueron decididos en los fallos disciplinarios.

Aseguró que en las actuaciones disciplinarias se observó el debido proceso y se garantizó el derecho de defensa; así mismo, se ciñó a los principios y formalidades en cada una de las etapas, hasta que se resolvió de fondo.



REF: 11001 03 25 000 2010 00019 00
No. Interno: 0143-2010
ACTOR: Mauro Adrian Botina y Otros

Sostuvo que con la sola prueba documental aportada a la actuación disciplinaria se demostraron las irregularidades en que incurrieron los demandantes y que sustentan la imposición de la sanción disciplinaria.

Señaló que hubo una adecuada imputación fáctica y jurídica, lo que descarta una formulación ambigua de cargos e imprecisión en las normas citadas; además, se observaron todas las ritualidades establecidas en la ley, durante la tramitación del expediente disciplinario.

Consideró que pretender tener en cuenta las circunstancias en que actuaron, el medio social en que se desenvolvían y el haber actuado bajo el amparo de un concepto emitido por un abogado especialista no son causales de exoneración de responsabilidad, máxime cuando el mismo personero del municipio había conceptuado que tal proceder quebrantaba el ordenamiento jurídico y el Ministerio del Interior y la ESAP habían emitido conceptos según los cuales no se avalaba la nueva elección, lo que implica que actuaron con conocimiento de los hechos y con ello se configura el dolo que dio lugar a la calificación de la falta como gravísima.

Concluyó afirmando que está demostrado que la falta existe y genera responsabilidad en cabeza de los demandantes y por ello las decisiones demandadas no pueden declararse nulas.

Propuso las excepciones de caducidad de la acción pues el último fallo disciplinario quedó en firme el 27 de octubre de 2004, es decir, la demanda debió incoarse a más tardar el 27 de febrero de 2005, pero como se radicó hasta el 28 del mismo mes y año, ya se había configurado la caducidad de la acción.

Planteó la excepción de incongruencia entre las pretensiones y los hechos, toda vez que al estar demostrada la existencia de la falta disciplinaria por extralimitación de funciones es inaudito reclamar unas pretensiones ilegales y contrarias al ordenamiento jurídico.

Así mismo, propuso la excepción de falta de competencia, pues pretender modificar la sanción que debía imponerse y cambiarla por la de suspensión en el ejercicio de las funciones, implica invadir la órbita de competencia del Estatuto Disciplinario, que ya fue objeto de debate por el juzgador disciplinario.

MINISTERIO PÚBLICO

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el Agente del Ministerio Público rindió concepto en el que solicitó denegar las súplicas de la demanda.

Si bien es cierto hubo un concepto por parte de un abogado que consideró que el periodo de personero era de tres años y por ello podían nombrar un personero nuevo, también lo es que al proceso disciplinario se allegaron los



REF: 11001 03 25 000 2010 00019 00
No. Interno: 0143-2010
ACTOR: Mauro Adrian Botina y Otros

conceptos emitidos por dos asesores jurídicos que conceptuaron que el periodo de los personeros estaba sujeto a la ley y que por ello no podían nombrar a uno nuevo ni remover el que se encontraba designado; así mismo, se probó que el personero designado les informó en reiteradas oportunidades que no podían proveer su reemplazo y a pesar de ello hicieron la designación.

No se trató de una interpretación errada del artículo 170 de la Ley 136 de 1994 pues la disposición es clara y de allí se deriva que al ser un periodo institucional, iba desde el año 2001 hasta el 2004 y por ello no era viable efectuar una nueva designación.

La norma es clara en señalar las fechas en que inicia y concluye el periodo de personero y no había lugar a realizar una mayor interpretación de la norma, por ello la Procuraduría encontró probada la conducta de los demandantes y la calificó como falta gravísima teniendo en cuenta la ostensible violación de la norma que regula todo el tema de la elección de personeros, el término de su periodo y las fechas exactas de inicio y finalización del mismo.

Es evidente que los concejales se extralimitaron en el ejercicio de sus funciones y desconocieron la norma que les obligaba a mantener en el ejercicio de su cargo al personero electo; por lo tanto, a pesar de que la Fiscalía precluyó las investigaciones, no puede desconocerse que los servidores públicos no solo son responsables por infringir la constitución o las leyes sino por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; por lo tanto, la sanción impuesta es proporcional a la falta cometida.

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer la legalidad de los fallos disciplinarios de primera y segunda instancia proferidos el 9 de agosto de 2004 y 16 de septiembre de 2004 por la Procuraduría Provincial de Pasto y la Procuraduría Regional de Nariño, respectivamente, mediante los cuales se sancionó disciplinariamente a Bertulia Inés Andino, Mauro Adrián Botina, Claudio Alexander Córdoba, Segundo Alberto García, Luis Armando López y Lucio Bernardo Meneses, en los que se les impuso la sanción principal de destitución y la accesoria de inhabilidad en el ejercicio de funciones públicas por el término de 10 años.

Previo a hacer pronunciamiento respecto al fondo de la controversia, la Sala decidirá las excepciones planteadas.

En relación con la excepción de caducidad de la acción, se observa que el fallo disciplinario de segunda instancia fue notificado por edicto publicado el 25 de octubre de 2004 y desfijado el 27 del mismo mes y año (fl. 84), mientras que la demanda se radicó el 25 de febrero de 2005 (fl. 1), es decir, cuando aún no habían transcurrido los 4 meses de que trata el numeral 2º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, lo que impide declarar probada la excepción



REF: 11001 03 25 000 2010 00019 00
No. Interno: 0143-2010
ACTOR: Mauro Adrian Botina y Otros

de caducidad.

Tampoco se declarará probada la excepción de incongruencia entre las pretensiones propuestas y los hechos, pues en estos se narran situaciones relativas al proceso disciplinario iniciado en contra de los demandantes y las pretensiones tienden a la anulación de las decisiones adoptadas en el proceso disciplinario, con su correspondiente restablecimiento, de modo que, a juicio de la Sala, sí existe congruencia entre unas y otros.

En lo que atañe a la presunta falta de competencia, advierte la Sala que de conformidad con lo previsto en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, sí es competente esta Corporación para conocer la controversia bajo análisis y por tal razón, mediante providencia de agosto 26 de 2010 (fl. 378 a 380) se avocó conocimiento; por lo tanto, deberá declararse no probada la excepción.

En cuanto al fondo de la controversia, debe decirse que la Procuraduría Provincial de Pasto inició una investigación disciplinaria contra los Concejales del municipio de El Peñol (Nariño), como consecuencia de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 6 de junio de 2003² y confirmada por el Consejo de Estado el 22 de enero de 2004³, mediante la cual se declaró nula la elección del personero municipal Mario Fernando Zambrano Méndez.

En la precitada sentencia se estableció que el Concejo del municipio de El Peñol (Nariño) usurpó o extralimitó sus funciones al designar a un personero municipal cuando ya existía un funcionario elegido en tal cargo para un periodo que aún se encontraba vigente; por lo tanto, como el empleo no estaba vacante, no había lugar a proveer su reemplazo.

En los actos que aquí se controvierten, la Procuraduría Provincial de Pasto aseguró que aunque los Concejales hubieran intentado explicar su conducta basados en un concepto jurídico emitido por un abogado que afirmó que el periodo de personero es de 3 años y que podían proceder a la elección de uno nuevo; con ello no se puede desconocer el hecho de que el personero con elección vigente les advirtió de la inviabilidad de una nueva designación; además, se aportaron los conceptos unificados emitidos por el Asesor General Jurídico, el Coordinador del Grupo de Actuaciones Administrativas del Ministerio del Interior y el Jefe del Grupo de Coordinación de Direcciones Territoriales de la ESAP, según los cuales se aseguró que el periodo de elección comprendía 3 años iniciados el primer día de marzo y culminados el último día de febrero del tercer año, lo que permite asegurar que sí tenían conocimiento de la imposibilidad de elegir al Personero, conducta que se adecúa a la falta disciplinaria consagrada en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 a título de dolo, por haber tenido conocimiento de su ilicitud.

² Folios 12 a 18 del cuaderno 2.

³ Folios 162 a 173 del cuaderno 2.



REF: 11001 03 25 000 2010 00019 00
 No. Interno: 0143-2010
 ACTOR: Mauro Adrian Botina y Otros

Además, la Procuraduría Regional de Nariño sostuvo que en el concepto del Ministerio del Interior, que fue conocido por los Concejales en forma previa a la elección, se respondió que el periodo de los personeros tiene carácter constitucional y el legislador fijó no solo su término de duración, sino la fecha de iniciación y culminación del mismo y que ello, sumado a los fallos de primera y segunda instancia proferidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el proceso electoral, permite considerar que se probó en forma objetiva la conducta ilegal de que fueron acusados los Concejales y que no estuvo amparada por ninguna causal de exclusión de responsabilidad, máxime cuando estos actuaron con indiferencia frente al planteamiento expuesto por el Personero electo respecto de la inviabilidad de la elección de su reemplazo y sin tener en cuenta el concepto emitido por el Ministerio del Interior en tal sentido.

El cargo principal de la demanda se circunscribe a desvirtuar el hecho de que con la decisión adoptada -elección del personero- se hubiera incurrido en una *manifiesta* infracción de la ley; además, no se probó el dolo en la comisión de la falta y por ello si acaso, debió calificarse la falta como grave, lo que implicaría, como máximo, la imposición de una sanción de suspensión en el ejercicio de las funciones, pero no la destitución en el cargo.

El soporte de tal argumento se funda en varios aspectos, a saber: i) la falta de claridad de la norma que se contravino con la elección, pues de ella se derivan diferentes interpretaciones; ii) el concepto previo a la elección, emitido por un abogado especialista en derecho administrativo que conceptuó en forma favorable la elección; iii) la extemporaneidad con que llegaron los conceptos emitidos por funcionarios del Ministerio del Interior y de Justicia, en que se conceptuaba desfavorable la elección, pues fueron posteriores a que se realizara la misma y iv) la falta de dolo en la actuación de los disciplinados.

En torno al primero de los argumentos, se debe precisar que la sanción principal impuesta a los demandantes consistió en la destitución del cargo, por haber incurrido en la conducta descrita en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 a título de dolo; dicha disposición consagra:

“Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:
 1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.”

La descripción típica prevista en la ley como delito, cuya comisión se endilgó a los demandantes en el proceso disciplinario, fue la que corresponde al prevaricato por acción, prevista en el artículo 149 del Código Penal⁴, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Art. 149.- Prevaricato por acción. El servidor público que profiera

⁴ Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 190 de 1995.



REF: 11001 03 25 000 2010 00019 00
 No. Interno: 0143-2010
 ACTOR: Mauro Adrian Botina y Otros

resolución, dictamen manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo tiempo de la pena impuesta.”

La decisión que adoptaron los Concejales del municipio de El Peñol (Nariño) que, a juicio de la Procuraduría, se enmarca dentro del tipo penal antes transcrito, fue la elección del personero municipal que, como ya se señaló, fue anulada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por contravenir lo consagrado en el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, cuyo texto, al momento en que se produjo la elección⁵, era el siguiente:

“**Artículo 170.-** A partir de 1995, los personeros serán elegidos por el Concejo Municipal o Distrital, en los primeros diez (10) días del mes de enero del año respectivo, para periodos de tres años, que se iniciarán el primero de marzo y concluirán el último día de febrero.

Parágrafo. Los personeros municipales o distritales elegidos a la vigencia de la presente ley, concluirán su periodo el 28 de febrero de 1995.”

La Sección Quinta del Consejo de Estado consideró que la norma anterior “institucionalizó y unificó el periodo de los personeros en tres años comprendidos entre el 1º de marzo de 1995 y el último día de febrero de 1998, el 1º de marzo de 1998 y el último día de febrero de 2001, el 1º de marzo de 2001 y el último de febrero de 2004, y así sucesivamente”⁶, es decir, que se trata de un periodo de carácter institucional que debió ser observado por los concejales municipales, pues está delimitado en la ley en forma precisa y concreta.

A juicio de la Sala, el texto literal de la norma que consagra el periodo de los personeros municipales no presenta vacíos o apartes oscuros que requieran de interpretación o conceptos para su aplicación; por el contrario, es clara en fijar el término de duración del periodo para el cual van a ser elegidos y señala los extremos de inicio y finalización de su periodo; es más, incluso para efecto de no dar lugar a equívocos, en su parágrafo y en relación con los personeros cuyos cargos están provistos a la fecha de promulgación de la ley, les precisa que su periodo terminará el último día de febrero de 1995, para empezar en forma sincronizada el siguiente periodo de todos aquellos que vayan a desempeñar tal cargo.

El argumento de que se trataba de un municipio nuevo, creado con posterioridad a la disposición antes citada, no implica que requiriera una regulación especial en la que se previera la situación particular y concreta del proceder para la elección del cargo en los nuevos municipios, pues es evidente que si la norma ya había delimitado el término de duración y primera fecha de

⁵ La norma fue posteriormente modificada por el artículo 1º de la ley 1031 de 2006 y el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012.

⁶ Sentencia de enero 22 de 2004, Consejero Ponente Filemón Jiménez Ochoa, Radicación No. 52001-23-31-000-2002-1399-01(3144).



REF: 11001 03 25 000 2010 00019 00
 No. Interno: 0143-2010
 ACTOR: Mauro Adrian Botina y Otros

iniciación y culminación del periodo, todos los municipios debían seguir con ese mismo orden y respetar los extremos temporales del periodo fijado en la ley.

Los Concejales demandantes, dentro de la actuación disciplinaria adelantada en su contra, como argumento de defensa adujeron que previo a la decisión de elección solicitaron un concepto emitido por el abogado especialista en derecho administrativo, Harold Ricardo Herrera Reyes, quien consideró que como el municipio de El Peñol fue creado mediante Ordenanza No. 036 de diciembre de 1998, los cargos de elección popular tienen un periodo diferente al del resto de municipios y por ello, la elección podía producirse dentro de los primeros 10 días de sesión y posesionarse al terminar el primer periodo de sesiones, es decir, el 26 de octubre del año 2002⁷.

No obstante, en la decisión disciplinaria se adujo que tal argumento no era causal eximente de responsabilidad, toda vez que el Concejo contaba con conceptos emitidos por el Ministerio del Interior, en los cuales se precisaba el carácter institucional y legal del periodo de personero y la manifestación del personero electo previamente, según la cual informó sobre la imposibilidad de volver a elegir a otro funcionario en dicho cargo, hasta tanto no se venciera el periodo para el cual había sido nombrado, lo que les daba el conocimiento previo de estar actuando en contra de una disposición legal.

La Sala no desconocer que en la demanda se afirma que el concepto emitido por el Ministerio del Interior fue conocido con posterioridad a la elección; sin embargo, esa afirmación se desvirtúa con los argumentos expuestos a continuación:

Con la documental aportada al expediente se allegó copia de las actas levantadas en las sesiones celebradas por el Concejo Municipal de El peñol (Nariño) de las cuales se extracta lo siguiente:

En el Acta No. 001 que da cuenta de la sesión celebrada el 27 de agosto de 2002⁸, al referirse a las proposiciones y varios, se tocó el tema de la elección del Personero Municipal, estando presente quien ejercía tal cargo en ese momento y sobre su intervención se dejó constancia de lo siguiente:

“...manifiesta además que **se permitió dejar una copia del concepto expedido en el Ministerio del Interior en el cual le determinan que su periodo le corresponde hasta el último día del mes de febrero de 2004**, recuerda que la elección de Personero no es popular sino de periodo institucional.

Según el señor Personero a él lo eligieron para el periodo 2001-2004, que en caso de elección de nuevo personero el (sic) iría hasta la fecha que lo determine y que luego acudiría a las instancias competente (sic) porque en las dos elecciones de personero ha habido inconsistencias, de todas maneras esta (sic) dispuesto a entregar el cargo cuando el Concejo

⁷ Año en que emitió el concepto (fls. 131 y 132 del cuaderno 2).

⁸ Folios 24 a 28 del cuaderno 2.



REF: 11001 03 25 000 2010 00019 00
 No. Interno: 0143-2010
 ACTOR: Mauro Adrian Botina y Otros

Municipal así lo determine...

(...)

Nuevamente el señor Personero toma la palabra para aclarar que la Constitución faculta al legislador para que regule a través de la Ley 136 la elección de personero, la cual no solo determina el término de duración (3 años) sino que también su fecha de iniciación y culminación. Reitera que tiene sus derechos y que los hará respetar". (realalta la Sala).

En el Acta No. 005 que da cuenta de la sesión llevada a cabo el 5 de septiembre de 2002⁹ al volver a tocar el tema relativo a la elección de un nuevo personero, se consideró:

"5. Se da lectura a un oficio enviado de Personería Municipal de El Peñol por el cual **el doctor Carlos Bustamante hace llegar copia de la Sentencia de fecha noviembre 30 de 2001, emitida por el Consejo de Estado, donde habla de la elección de funcionarios por los concejales.**

Lo anterior para qué sea tenido en cuenta en el momento de la elección de personero de manera preventiva.

También se da lectura al concepto emitido por el doctor William Holman Hernández del Grupo de Coordinación de Direcciones Territoriales y C.A.P. de fecha 2 de septiembre de 2002, relativo al periodo de personero." (negrilla de la Sala)

Finalmente, en el Acta No. 006 se levantó constancia de la sesión llevada a cabo el 6 de septiembre de 2002¹⁰ en la que se eligió al señor Mario Fernando Zambrano Méndez como Personero del municipio, decidiendo por unanimidad que la posesión quedaría a discrecionalidad de quien resultó electo.

De lo anterior se concluye que si el Personero electo puso en conocimiento de los Concejales del municipio el concepto emitido por el Ministerio del Interior y Justicia, desde la sesión celebrada el 27 de agosto de 2002, mal puede afirmarse que al 6 de septiembre de ese mismo año, aún no conocían el referido concepto.

Ahora bien, como prueba del recibo del extracto de la sentencia anunciada por el Personero en su intervención en las sesiones del Concejo Municipal, antes reseñadas, obra a folio 206 del cuaderno 2 anexo, copia del oficio de radicación de fecha 3 de septiembre de 2002, es decir, previamente a la elección; sin embargo, el contenido del extracto aportado¹¹ si bien se refiere al procedimiento de la elección del personero por parte de los Concejos Municipales, no precisa lo relativo al carácter institucional del periodo de elección.

Ahora bien, en cuanto al concepto emitido por el Director General

⁹ Folios 29 a 31 del cuaderno 2.

¹⁰ Folios 36 a 37 del cuaderno 2.

¹¹ Folios 207 a 210 del cuaderno 2



REF: 11001 03 25 000 2010 00019 00
 No. Interno: 0143-2010
 ACTOR: Mauro Adrian Botina y Otros

Jurídico y el Coordinador Grupo de Actuaciones Administrativas del Ministerio del Interior que, según lo señalado en el Acta No. 001, fue puesto en conocimiento de los Concejales por parte del Personero Municipal, se observa que en él se precisó¹²:

“La anterior norma nos indica que el periodo de los personeros se encuentra fijado por la ley, no como un periodo personal de tres años, sino como un periodo institucional de tres años que se inicia el 1 de marzo y concluye el último día de febrero del tercer año.

Como quiera que desde 1995 se han establecido las fechas, los periodos se deben contabilizar de la siguiente forma: marzo 1995 a febrero 1998; marzo 1998 a febrero 2001; marzo 2001 a febrero 2004.

Así las cosas, **las elecciones de personeros no procederían en fechas diferentes a las señaladas**, salvo en los casos de falta absoluta, evento en el cual el nuevo personero se elegirá sólo por el tiempo que faltare para concluir el periodo correspondiente, tal como lo prescribe el artículo 172 de la misma Ley 136.

En este orden de ideas, cuando en el evento de la creación de un municipio y la elección de sus autoridades la fecha de elección del personero no pueda coincidir con la señalada en las normas citadas, debe entenderse que, con el fin de evitar vacíos de poder y garantizar la marcha de la administración municipal, **la primera elección de personero que haga el concejo del nuevo municipio sólo será para el tiempo que falte para la finalización del periodo que esté cursando.**

(...)

En armonía con las normas citadas, en el presente caso, tenemos que el anterior personero presentó renuncia a su cargo en el año que concluía el periodo para el cual fue elegido (1998-2001), por lo cual la falta absoluta no se produjo solamente por la renuncia sino también por la terminación de su periodo institucional, en consecuencia **su sucesor no fue elegido para concluir el periodo, que ya había terminado, sino por el lapso del nuevo periodo institucional (2001-2004)**, radicación D.G.A.T. 669, emitida por la Subdirección de Ordenamiento Territorial y Descentralización.”

Ahora bien, conforme al oficio visible a folio 213 del cuaderno 2, con fecha 26 de agosto de 2002, el Personero Municipal también puso en conocimiento de los Concejales del municipio de El Peñol, el concepto emitido por el Subdirector de Ordenamiento Territorial y Descentralización del Ministerio del Interior, cuyos lineamientos son los mismos expresados en el precitado concepto.

Así mismo, se allegó copia del acta de posesión del personero electo de fecha 6 de junio de 2001 (fl. 219 cuaderno 2), en cuyo texto se señaló que el periodo del cargo en que se estaba posesionando era **el restante constitucional.**

Así las cosas, como el periodo institucional de conformidad con la ley iniciaba el 1º de marzo de 2001, el personero posesionado el 6 de junio de 2001 debía permanecer en el cargo hasta culminar el periodo el último día del mes de

¹² Ver folios 211 y 212 del cuaderno 2.



REF: 11001 03 25 000 2010 00019 00
 No. Interno: 0143-2010
 ACTOR: Mauro Adrian Botina y Otros

febrero de 2004.

Lo anterior, desvirtúa el argumento según el cual los Concejales no tenían conocimiento del concepto emitido por los funcionarios del Ministerio del Interior, pues obra prueba de que sí lo conocían y a pesar de ello, actuaron en contra de lo que ellos conceptuaron y prefirieron acoger el concepto emitido por un particular, quien a pesar de tener una especialización en derecho administrativo, según se señala en el membrete de su concepto¹³, no tenía el valor suficiente para desvirtuar lo conceptuado por tres autoridades administrativas diferentes del Ministerio del Interior, ni desconocer la insistente solicitud del Personero previamente electo para evitar que incurrieran en una elección manifiestamente contraria a la ley.

Ahora bien, en lo que respecta al dolo en materia disciplinaria, esta Subsección ha sostenido:

“Deviene afirmar, que el dolo o la culpa en materia disciplinaria parte del artículo 122 Constitucional, cuando el funcionario asume sus funciones y se compromete solemnemente a cumplir con la Constitución, la ley y los reglamentos que rige la función que va a desempeñar. Lo anterior implica, que el servidor público puede exonerarse de responsabilidad demostrando que ha incurrido en la situación vulneradora en contra de su querer o intención, escenario que obliga al operador a demostrar a través de indicios externos que su voluntad no estaba dirigida a atender las normas.

Ahora bien, los conceptos definidos en materia civil sobre la culpa grave, leve y levísima son estándar¹⁴ y no son ajenos al derecho disciplinario. De ellas, ni la culpa leve ni la levísima son punibles. La cota sancionable encuentra su regulación en el párrafo del artículo 44 del C.D.U., que define la culpa gravísima y la culpa grave.¹⁵

Entonces, no es que el concepto de dolo o culpa gravísima sea diferente en civil, penal o disciplinario, lo que sucede es que en esta última, **el análisis debe concentrarse en la naturaleza del comportamiento**, es decir, **es la propia ontología de la falta la que define si la acción es cometida a título de dolo o culpa, por ello puede ocurrir que el delito sea culposos en materia penal y la conducta sea gravísima en el punitivo disciplinario**, o lo contrario, lo que significa que ninguna condiciona a la otra.”¹⁶ (Se resalta).

Así las cosas, a juicio de la Sala el conocimiento que los

¹³ Folio 204 cuaderno 2.

¹⁴ Dogmática del Derecho Disciplinario. Carlos Arturo Gómez Pavajau. 3ª edición. Universidad Externado de Colombia.

¹⁵ “PARÁGRAFO. *Habrà culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones*”.

¹⁶ Sentencia de septiembre 26 de 2012, Consejero Ponente Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00127-00(0977-10).



REF: 11001 03 25 000 2010 00019 00
No. Interno: 0143-2010
ACTOR: Mauro Adrian Botina y Otros

demandantes tenían respecto de lo previsto en el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, de los conceptos emitidos por diferentes autoridades del Ministerio del Interior y de las razones expresadas públicamente en las sesiones del Concejo Municipal por parte del Personero electo, son motivos suficientes para considerar que actuaron en contra de la ley aún a sabiendas de que la interpretación que le estaban dando a la misma no era la que se compadecía con su tenor literal.

Es más, en el proceso se estableció que los concejales en lugar de ceñirse al texto literal de la norma que fijaba claramente los extremos inicial y final del periodo de personero y que fueron ratificados en los conceptos emitidos por el Ministerio del Interior, desecharon tales conceptos en forma caprichosa, para sujetarse únicamente a un concepto emitido por un profesional asesor de uno de los concejales presentes, cuya interpretación era contraria al tenor de la ley y a lo conceptuado por diferentes autoridades administrativas, pero que sí se sujetaba al interés del Concejo en pleno, que fue evidenciado desde la primera sesión en la que mostró su interés de designar a un nuevo personero municipal.

Además, los demandantes en su condición de Concejales del municipio, no podían excusarse en el desconocimiento del alcance de las normas relativas a la elección del Personero, máxime cuando dicha elección hace parte de sus funciones, por lo que estaban en la obligación de conocer cuáles eran los lineamientos constitucionales y legales que debían seguir para el desempeño de las mismas.

En virtud de todo lo anterior, considera la Sala que el análisis realizado por la demandada en los fallos de primera y segunda instancia fue adecuado y la sanción impuesta fue proporcional a la falta cometida, lo que conlleva denegar las súplicas de la demanda.

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

FALLA

1º.- Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la Procuraduría General de la Nación.

2.- Deniéganse las súplicas de la demanda promovida por Betulia Inés Andino, Mauro Adrián Botina, Claudio Alexander Córdoba, Segundo Alberto García, Luis Armando López y Lucio Bernardo Meneses, contra la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo manifestado en las consideraciones de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.
Archívese el expediente,



REF: 11001 03 25 000 2010 00019 00
No. Interno: 0143-2010
ACTOR: Mauro Adrian Botina y Otros

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO