

PROCESO DISCIPLINARIO – Falta / REGIMEN DE INHABILIDAD – Celebración de contratos / ALCALDE MUNICIPAL – Contrato de prestación de servicios

La Sala precisa desde ya que la disposición trascrita, ni la contenida en el inciso 2° del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, son las normas que permiten completar la descripción del tipo disciplinario que establece la falta por la cual fue sancionado el demandante, toda vez que no se refieren a la inhabilidad para la celebración de contratos, como sí lo hace el inciso tercero y el párrafo 2° *ibídem*. La Corte Constitucional estudió la asequibilidad de éstas últimas disposiciones en la Sentencia C-348 de 2004, y declaró exequibles las expresiones demandadas contenidas en el inciso 3° y del párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 821 de 2003, en el entendido que se aplica únicamente dentro del ámbito territorial de competencia del respectivo Gobernador, Alcalde o Miembro de Juntas Administradoras Locales, Municipales y Distritales. A juicio de ese Tribunal, el artículo 1 de la Ley 821 de 2003 contiene seis prohibiciones diferentes que aluden a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los Diputados y Concejales, las cuales operan frente a la entidad territorial de la cual forma parte la correspondiente Asamblea o Concejo.

FUENTE FORMAL: LEY 821 DE 2003

ALCALDE MUNICIPAL – Contratación con pariente de concejal / FALTA DISCIPLINARIA – Celebración de un contrato estatal con una persona que estaba incurso en la causal de inhabilidad / CONDUCTA TÍPICA - Constituye falta disciplinaria / CAUSALES DE INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDAD - Son taxativas

En sede administrativa se demostró que el señor Abel Pacífico Pimiento Castro, en su calidad de Alcalde del Municipio de Dibulla, contrató mediante la modalidad de prestación de servicios al señor Edelfides Rodolfo Mena Montenegro, quien es pariente, en tercer grado de consanguinidad (tío), con el señor Mayro Caballos Mena (Concejal en esa entidad territorial). Tal conducta constituye falta disciplinaria en los términos del numeral 30 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en tanto que celebró un contrato estatal con una persona que estaba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el párrafo 2° del artículo 1 de la Ley 821 de 2003, que modificó el artículo 49 de la Ley 617 de 2000. Esa disposición y la contenida en el inciso 3 *ibídem*, prohíben a los parientes de los Gobernadores, Alcaldes, Diputados y Concejales dentro del cuarto grado de consanguinidad; ser contratistas del respectivo Departamento Distrito o Municipio. Debe aclararse que la inhabilidad que desconoció el demandante no es la contenida en el inciso final del artículo 292 de la Constitución, en concordancia con el inciso 2° del artículo 49 de la Ley 617 de 2000; porque el supuesto de hecho que establece es bien distinto al que se encuentra contenido en el inciso 3 y en el párrafo 2° *ibídem*. En efecto, el inciso 2° de la Ley en comento, establece una prohibición para designar a parientes de Gobernadores, Diputados, Alcaldes Municipales y Distritales, funcionarios del respectivo Departamento, Distrito o Municipio; al paso que el inciso 3 y el párrafo 2° de esa disposición, prevén la inhabilidad para contratar con los familiares de los servidores públicos que se encuentren, entre otros, dentro del cuarto grado de consanguinidad. La conducta del actor desconoció las dos últimas normas, razón por la cual su conducta es típica y constituye falta disciplinaria.

AUTO DE FORMULACION DE CARGOS – Contenido / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA – La acusación no es inamovible / DEBIDO PROCESO – No vulnerado

De acuerdo con el principio de congruencia, quien ejerce la potestad disciplinaria no puede variar intempestivamente la imputación jurídica determinada en el Auto de formulación de cargos. De acuerdo con lo probado en el proceso, las decisiones sancionatorias tampoco alteraron el referido principio, toda vez que el proceso se adelantó con base en la misma imputación, es decir con la falta contenida en el numeral 30 del artículo 48 del C.D.U., la cual fue calificada provisionalmente a título de dolo, aspecto que fue confirmado en el Fallo de primera instancia. Advierte la Sala que el demandante pudo estructurar su defensa con base en la falta que se le endilgó, a tal punto que en ejercicio de ese derecho constitucional expuso los argumentos que condujeron, en la Segunda Instancia, a una decisión más favorable, toda vez que el Procurador Segundo Delegado para la Contratación Estatal estimó que la conducta no fue cometida con dolo sino con culpa o negligencia. Así las cosas, el hecho de que al resolverse el recurso de apelación se hubiere considerado que no hubo prueba suficiente del dolo, en nada desconoce el principio de congruencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ (E).-

Bogotá D.C., once (11) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00674-00(2601-11)

Actor: ABEL PACÍFICO PIMIENTA CASTRO

Demandado: NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Decide la Sala en única instancia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., instaurada por el señor Abel Pacífico Pimienta Castro contra la Nación - Procuraduría General de la Nación.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada¹ a obtener la nulidad de los numerales 3 y 4 de la Decisión de 30 de noviembre de 2005, expedida por el Procurador Regional de la Guajira, mediante la cual sancionó al señor Abel Pacífico Pimienta Castro con destitución e inhabilidad general para el ejercicio de funciones públicas por el término de once años; y de la Decisión de Segunda Instancia de 1 de febrero de 2006, dictada por el Procurador Segundo Delegado para la Contratación Estatal, en la que modificó la sanción anterior, cambiándola por la de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 10 meses.

A título de restablecimiento del derecho, el actor pretende que se ordene a la entidad demandada a pagarle los perjuicios materiales y morales ocasionados por las decisiones sancionatorias. Los primeros consistentes en las sumas invertidas en la consecución de asistencia jurídica y en los emolumentos salariales y prestacionales que dejó de percibir como Alcalde del Municipio de Dibulla. Los últimos, en razón a los sufrimientos y expectativas negativas derivados del trámite anormal del procedimiento disciplinario que era a todas luces inconducente, y por las repercusiones sociales y políticas a su buen nombre.

Asimismo pretende el pago de la actualización y la indemnización monetaria sobre las sumas reconocidas, en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo; el cumplimiento de la Sentencia de acuerdo con lo establecido en los artículos 176 y 177 del C.C.A. y 72 de la Ley 446 de 1998, so pena de pagarle los intereses moratorios ante el incumplimiento; y el reconocimiento y pago de las agencias en derecho que genere el proceso.

Para fundamentar sus pretensiones, expuso los siguientes hechos:

- Fue elegido Alcalde del Municipio de Dibulla (Guajira), para el periodo constitucional 2004 – 2007.
- El Procurador Regional de la Guajira adelantó investigación disciplinaria contra él y otros funcionarios públicos, por haber intervenido en la celebración de contratos de prestación de servicios con parientes -en tercer grado de consanguinidad-, de Concejales del Municipio de Dibulla.

¹ La demanda, presentada el 8 de mayo de 2006, obra a folios 1 a 17 del cuaderno principal. El Despacho la admitió mediante Auto del 9 de julio de 2012 (folio 696 a 701 c. ppal).

- La falta disciplinaria fue calificada como gravísima y se le imputó a título de dolo, tal y como se consignó en el Auto de citación a audiencia proferido el 24 de octubre de 2005 proferido por el Procurador Regional de la Guajira.
- El 30 de noviembre de 2005, el Procurador Regional de la Guajira sancionó al demandante con destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos y funciones públicas por el término de 11 años, por haber celebrado varios contratos de prestación de servicios con el tío de un Concejal del Municipio de Dibulla, violando así el régimen de inhabilidades.
- Interpuesto el recurso de apelación en contra de la anterior decisión, el Procurador Segundo Delegado para la Contratación Estatal modificó el numeral tercero de la parte resolutive, y lo sancionó con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 10 meses.

NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Citó como normas violadas las siguientes:

Los artículos 29 y 292 de la Constitución Política; 4, 6, 13, 17, 48 (numerales 1 y 30), y 161 (inciso final) de la Ley 734 de 2002; y 1 de la Ley 821 de 2003.

Sustentó el concepto de la violación con fundamento en los siguientes argumentos:

- **Violación de disposiciones superiores.**

La Entidad demandada desconoció el principio de legalidad al estructurar objetivamente la conducta por la cual lo sancionó, sin tener en cuenta disposiciones que de haber sido consideradas, hubiesen determinado la atipicidad de la conducta y la ausencia de responsabilidad.

La adecuación típica se efectuó forzando el alcance de la estructura normativa vigente, desconociendo así lo considerado por la Corte Constitucional en Sentencia C-311 de 2004 *“(...) respecto del alcance que en virtud del control de constitucionalidad, le fue atribuido al inciso segundo², para los efectos de la*

² El demandante no precisa claramente cuál es la disposición a la que hace referencia.

referencia que hace el párrafo segundo del mismo artículo primero de la Ley 821 de 2003 (...)”.

El argumento que adujo el Procurador Regional de la Guajira para eludir la aplicación de la Sentencia citada, según el cual, el fallo no puede extenderse a la disposición que prevé la falta imputada; es desconcertante y contrario a las reglas de interpretación y aplicación de las normas que regulan la materia, generando un resultado caprichoso y subjetivo *“(...) toda vez que el inciso segundo³ es una norma remitida y no remitente, de forma tal que cuando por vía del párrafo segundo se llega a ella, porque así se dispone en éste, importa el condicionamiento que sobre dicho inciso exista y no si hay alguno que haya recaído sobre el párrafo en cuestión (...)*”.

Agregó el demandante⁴:

“(...) Así las cosas, no se entiende como (sic) si el párrafo segundo ordena que las prohibiciones para nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstos en el mismo artículo 1 de la Ley 821, también se apliquen en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios, porqué (sic) entonces se exige que sobre el mismo haya recaído condicionamiento alguno, cuando se trata de una remisión a otro precepto y en ese orden de ideas, habría que mirar qué dispone el precepto remitido sobre el particular.

Este precepto es precisamente el tantas veces aludido inciso segundo y para efectos de su aplicación a los casos de contratación de prestación de servicios, por la remisión legal antes comentada; únicamente importaba examinar la configuración normativa que sobre el mismo se hubiera realizado por medio de la sentencia C- 311 de 2004, y no si sobre el párrafo que remitía a su aplicación había o no recaído sentencia de constitucionalidad alguna, que fue lo que en últimas desconoció groseramente el operador disciplinario.

Decimos que aquel (sic) desconoció groseramente tal remisión porque, repetimos, si una norma establece que se aplique un régimen de prohibiciones consagrado en otra disposición; tal remisión no puede dejarse de aplicar so pretexto de que sobre ella no ha operado pronunciamiento alguno de constitucionalidad bajo la consideración de que no es posible extender los efectos de un fallo a expresiones o normas que no fueron objeto de revisión, cuando precisamente se trataba de lo contrario, de que se aplicara la norma remitida tal y como había quedado configurada por virtud del citado fallo de constitucionalidad y al no haberlo hecho así resulta incontrovertible que el operador disciplinario al haber dejado de aplicar una disposición que le correspondía acatar, incurrió en una vía de hecho y por ende, en una abierta violación del ordenamiento jurídico que debe ser castigada con la anulación de los fallos sancionatorios demandados, sin que importe si el párrafo segundo

³ El demandante no precisa a qué disposición se refiere.

⁴ Se transcribe el aparte pertinente ante la falta de claridad del actor.

remitente ha sido objeto de revisión o no o si el legislador tiene o no autoridad para establecer restricciones que considere necesarias o si la constitución no establece límites específicos sobre inhabilidades, dado que estas salvedades lo que hacen es afirmar que las reglas de parentesco previstas en el inciso segundo, tal como quedó consignado en la sentencia C- 311 de 2004, deben aplicarse a los casos de contratación de prestación de servicios, por mandato de parágrafo segundo o no.

En ese orden de ideas, si el vínculo comprendido por la aplicación del inciso 2 del artículo 292 de la Constitución Política, va hasta el segundo grado de consanguinidad es claro que encontrándose en tercer grado de parentesco de tío a sobrino, no hay la más mínima posibilidad de que se haya violado dicha disposición y por lo tanto, de que se haya cometido una falta disciplinaria.

(...)”.

. Principio de congruencia y derecho de defensa.

El Auto de formulación de cargos no sirvió de fundamento a la actividad sancionatoria del Estado, razón por la cual la defensa se efectuó con base en incertidumbres jurídicas y *“siempre estuvo estocada por el factor sorpresa”*.

En este caso, el Procurador Segundo Delegado para la Contratación Estatal –al decidir la segunda instancia-, cambió la imputación subjetiva de dolo a culpa, sin haberle dado una nueva oportunidad de defensa. La Entidad ha debido anular el proceso hasta el pliego de cargos, inclusive, dándole la oportunidad de defenderse adecuadamente.

El Auto de formulación de cargos es una providencia de trámite que establece los fundamentos del proceso, de modo que la entidad que ejerce la potestad disciplinaria fija en aquél el objeto de su actuación y le señala al imputado, en forma concreta, cuál es la falta que se le atribuye para que pueda ejercer su defensa. De otro lado, las faltas deben estructurarse con base en el incumplimiento de normas jurídicas *“remitentes y remitidas”* que deben ser relacionadas de manera minuciosa en esa providencia, para que de ahí en adelante le puedan servir de marco de referencia al procesado.

En ese orden, cuando la Entidad demandada en Segunda Instancia varió el aspecto subjetivo de la falta, indicando que la misma no fue cometida a título de dolo sino de culpa, sin otorgarle nuevas oportunidades de defensa; violó los principios de congruencia y el derecho a la defensa.

En otros términos, la decisión sancionatoria de 1 de febrero de 2006, proferida por el Procurador Segundo Delegado para la Contratación Estatal, que resolvió el recurso de apelación, introdujo un “*factor sorpresa*” que vulnera las citadas garantías procesales, cuando estructuró la acusación con una imputación subjetiva y fundamentó la sanción de Segunda Instancia en otra diferente, respecto de la cual no tuvo la oportunidad de defenderse.

De ese modo, la actuación de la administración desconoció el derecho al debido proceso de manera ostensible y flagrante, e incurrió en una verdadera vía de hecho, toda vez que mientras se defendía de un cargo, estructurado sobre circunstancias y normas precisas, la entidad demandada le cambió el fundamento normativo, cambiando sorpresivamente las reglas del juego sin darle la oportunidad de defenderse sobre las nuevas circunstancias.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro de la oportunidad legal el apoderado judicial de la Procuraduría General de la Nación contestó la demanda mediante escrito⁵ en el que se opuso a las pretensiones formuladas por el actor, con los siguientes argumentos:

Los actos administrativos demandados fueron proferidos con observancia de las disposiciones constitucionales y legales que rigen el proceso disciplinario. La sanción impuesta al demandante es el resultado de la investigación que se adelantó, en la cual se respetaron todos los derechos del investigado y sus garantías procesales.

El señor Pimienta Castro, contó con una defensa técnica, tuvo la oportunidad de controvertir los hechos, presentar sus argumentos y apelar la decisión, circunstancias que demuestran que hubo un debido proceso.

El demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos censurados, los cuales fueron proferidos con fundamento en los medios de convicción que se recaudaron en sede administrativa, sin que la Entidad hubiese actuado de manera caprichosa o arbitraria.

⁵ El escrito de la contestación a la demanda obra a folios 711 a 733 del cuaderno principal del expediente.

No existe ninguna falencia de tipo procesal capaz de invalidar el trámite disciplinario, ni se quebrantó el derecho a la defensa. Tampoco hubo una irregularidad sustancial que pueda afectar el derecho al debido proceso.

De otro lado, alterar la verdad en un documento público constituye una falta disciplinaria dolosa, independientemente de si el mismo se utiliza o no, y de la finalidad con la que se emplee.

El análisis que de la culpabilidad se efectuó en segunda instancia, permite inferir que el demandante sabía que las actas que suscribió no correspondían a la verdad, por lo que no aplica en este caso el principio de la confianza legítima. Adicionalmente, hubo un favorecimiento injustificado a terceros.

Asimismo, la imposición de una sanción con arreglo al orden jurídico, no puede ser considerada como fuente generadora de perjuicios y menos si la misma deriva de la responsabilidad en la que incurrió el demandante.

En efecto, el artículo 1 de la Ley 821 de 2003, establece la prohibición de designar a los familiares de los Gobernadores, Diputados, Alcaldes Municipales y Distritales, y Miembros de Juntas Administradores Locales y Distritales; como funcionarios del respectivo Departamento, Distrito o Municipio. La Corte Constitucional, en Sentencia C - 311 del 20 de abril de 2004, estudió la anterior disposición y resolvió condicionar la aplicación del inciso 1 al considerar que cuando el Concejal o Diputado actúa como nominador, la inhabilidad de que trata el artículo citado se extiende hasta los parientes en el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, mientras que si el Concejal o el Diputado no es nominador ni interviene en la designación de éste, la inhabilidad sólo va hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil.

El demandante no adujo ninguna de las causales de nulidad de los actos administrativos previstas en el artículo 84 del C.C.A., por lo que no pueden prosperar las pretensiones de la demanda, máxime si se considera que en sede judicial no resulta posible reabrir el debate que sobre la responsabilidad disciplinaria se surtió en sede administrativa.

Con todo, el control de legalidad que ejerce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no es una tercera instancia de los procesos disciplinarios, tal y como lo ha considerado el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia.

Finalmente propuso las siguientes excepciones:

- **Caducidad de la acción:** porque la demanda fue presentada por fuera de los términos legales.
- **La innominada o genérica:** solicitó declarar probada toda excepción que se encuentre probada en el proceso.
- **Legalidad plena del acto demandado e inexistencia de las causales de anulación invocadas:** las decisiones sancionatorias fueron expedidas con fundamento en las disposiciones constitucionales y legales que rigen los procesos disciplinarios.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Vencido el término probatorio, la Procuraduría General de la Nación, a través de apoderado judicial, presentó sus alegatos de conclusión dentro de la oportunidad que se le concedió para el efecto⁶. La parte demandante guardó silencio.

La Entidad reiteró que se opone a las pretensiones de la demanda, porque los argumentos que expuso el actor no lograron desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos censurados, los cuales no contradicen ninguna disposición Constitucional ni Legal.

Adicionalmente, el demandante no precisa por qué las pruebas que se recaudaron en sede administrativa no eran las suficientes para sancionarlo, y tampoco las tachó de falsas dentro de la oportunidad procesal.

El investigado faltó a los deberes que le fueron asignados y debe responder disciplinariamente porque celebró contratos de prestación de servicios con familiares de Concejales del Municipio en el cual fue electo Alcalde, incurriendo en una causal de inhabilidad.

⁶ Folios 777 a 781 del cuaderno principal.

No vulneró el derecho al debido proceso por no haber practicado unas pruebas en segunda instancia, toda vez que el decreto de elementos de convicción en esa etapa, está limitada a la necesidad y pertinencia de las pruebas, y en este caso las que solicitó el demandante no cumplían con esos requisitos.

Finalmente, el control de legalidad de las actuaciones surtidas con ocasión del ejercicio de la potestad disciplinaria, no constituye una tercera instancia, tal y como lo ha precisado el Consejo de Estado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación rindió Concepto mediante escrito⁷ en el que solicitó acceder a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

En el caso concreto no se configuró la falta imputada al demandante relacionada con la violación al régimen de inhabilidades porque en calidad de Alcalde del Municipio de Dibulla, contrató al señor Edelfides Rodolfo Mena Montenegro, quien es pariente del señor Mayro Ceballos Mena -Concejal de la misma entidad territorial-, pero se encuentra en el tercer grado de consanguinidad, por ser su tío, es decir, dentro del 4° grado que establece el artículo 1 de la Ley 821 de 2003, según el cual *“(…) 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 indirectamente (…)”*.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta lo previsto en el artículo 292 de la Constitución, que prevé:

“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.

⁷ Visible a folios 782 a 789 del cuaderno principal del expediente.

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”.

Las anteriores disposiciones fueron analizadas por la Corte Constitucional en sentencias C - 311 y C - 348 de 2004, de tal manera que la inhabilidad que se predica de los Gobernadores y Alcaldes para vincular a través de la figura del contrato de prestación de servicios, se mantiene en los términos establecidos por el legislador en el artículo 1 de la Ley 821 de 2003, esto es, hasta el 4° grado de consanguinidad “(...) *teniendo en cuenta que la Corte Constitucional consideró que era facultad del legislador regular el tema de las inhabilidades estableciendo según su criterio los parámetros correspondientes, sin que con ello se estuviera vulnerando el artículo 292 de la Carta Política (...)*”.

Al ser declarado exequible el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 821 de 2003, que extiende la inhabilidad a los eventos de la vinculación de los contratos de prestación de servicios, y al considerar el alto Tribunal que la citada disposición obedece a la facultad legislativa, es el 4° grado de consanguinidad el que debe ser tenido en cuenta y no el 2° grado de que trata el artículo 292 Constitucional.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la controversia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Problema jurídico.

Consiste en determinar si los actos administrativos demandados adolecen de nulidad al ser expedidos por la Procuraduría General de la Nación con desconocimiento del derecho de defensa y de los principios de legalidad, tipicidad y congruencia.

Actos administrativos demandados.

- Los numerales 3 y 4 de la Decisión de 30 de noviembre de 2005, proferida por el Procurador Regional de la Guajira, mediante la cual sancionó al señor Abel

Pacífico Pimienta Castro con destitución e inhabilidad general para el ejercicio de funciones públicas por el término de once años.

- La Decisión de Segunda Instancia de 1 de febrero de 2006, dictada por el Procurador Segundo Delegado para la Contratación Estatal, en la que modificó el anterior acto administrativo sancionando al demandante con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 10 meses.

De las excepciones propuestas por la Entidad demandada.

Comoquiera que las denominadas *“legalidad plena del acto demandado e inexistencia de las causales de anulación invocadas”*, están relacionadas con el fondo de la controversia, serán analizadas más adelante cuando se aborde el estudio del mismo.

En lo que tiene que ver con la caducidad⁸, y considerando que el artículo 136 del C.C.A establece un término de 4 meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto -según el caso-, para instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; procede la Sala a verificar si la preceptiva se cumplió, en el siguiente orden:

- Mediante acto administrativo de 30 de noviembre de 2005, proferido por el Procurador Regional de la Guajira, el señor Abel Pacífico Pimienta Castro fue sancionado con destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos por el término de 11 años (folios 508 a 569 c. ppal).

⁸ Tal y como lo ha expresado reiteradamente la Jurisprudencia de esta Corporación, la caducidad ha sido entendida como el fenómeno jurídico procesal a través del cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que -por el contrario-, apunta a la protección de un interés general, e impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado, no puede iniciarse válidamente el proceso. Se trata entonces de una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del Juez, cuando se verifique su ocurrencia También es una carga procesal que debe cumplir quien esté interesado en acudir al aparato jurisdiccional y su omisión lo priva del ejercicio del derecho de acción.

En suma, la caducidad comporta el término dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción, y constituye un instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones entre individuos, y entre estos y el Estado.

- Contra esa decisión el actor interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto el 1 de febrero de 2006 por el Procurador Segundo Delegado para la Contratación Estatal en el sentido de modificar la sanción (folios 587 a 616 c. ppal).
- El anterior acto administrativo fue notificado el 16 de febrero de 2006, tal y como lo acredita la constancia de la diligencia de notificación personal visible a folio 620 del cuaderno principal del expediente.
- El señor Pimienta Castro presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho el 8 de mayo de 2006, de acuerdo con el sello de radicación que aparece a folio 17 del cuaderno principal del expediente.
- El término de caducidad empezó a contarse el 17 de febrero de 2006 (día siguiente al de la notificación del acto de segunda instancia), y venció el 20 de junio del mismo año, pues el 17 de ese mes correspondió al día sábado y el 19, a lunes festivo.

Como la demanda fue presentada el 8 de mayo de 2006, la acción no caducó.

Lo probado en el proceso.

De las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

- El señor Abel Pacífico Pimienta Castro fue elegido Alcalde del Municipio de Dibulla (Guajira), para el periodo constitucional 2004 – 2007 (folio 365 c. 3).
- El Secretario General del Concejo Municipal de Dibulla, a solicitud de varios Concejales, puso en conocimiento de la Procuraduría Regional de la Guajira, hechos que presuntamente comprometían la responsabilidad del Alcalde de esa entidad territorial, relacionados con la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tales como haber contratado en la modalidad de prestación de servicios, a los señores Edelfides Rodolfo Mena Montenegro y Arismeth Mena Montenegro, quienes poseen vínculos de parentesco con el Concejal Mayro Ceballos Mena. (folios 24 y ss. c. ppal).

Surtida la indagación preliminar, el Procurador Regional de la Guajira profirió Auto de 24 de octubre de 2005 mediante el cual abrió la investigación y formuló

los cargos (folios 279 a 290 c. ppal), precisando que el procedimiento se surtiría mediante el trámite verbal, en los términos del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, que prevé:

“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 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”.

- En el mismo pliego de cargos, el citado funcionario le imputó al señor Pimienta Castro las faltas gravísimas contenidas en los numerales 1, 13 y 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que se refieren en su orden a: la realización objetiva de *“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 acción u omisión *“a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales”*; y a *“la intervención en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley (...)”*. (Folio 287).
- En el Auto de formulación de cargos, el Procurador General de la Nación calificó la falta y la modalidad de la culpabilidad así:

“(…)”

Imputación Fáctica: *haber contratado (...) al señor EDELVIDES RODOLFO MENA MONTENEGRO, quien es [tío del] Concejal MAYRO CEBALLOS MENA.*

Imputación Jurídica: *haber intervenido en la celebración de contratos de prestación de servicios con pariente en tercer [grado de] consanguinidad de un Concejal del municipio de Dibulla La Guajira, conducta adoptada a manera de actuar a pesar de la existencia de causal de inhabilidad por*

razón del parentesco. Comportamiento que además objetivamente está consagrado en la Ley penal como delito.

(...)

Imputación Subjetiva: *Por ser de conocimiento público que el municipio de Dibulla es relativamente pequeño, de escasa población, y de pocas familias, se les imputa conocer al momento de las celebraciones de los diferentes contratos, la existencia del parentesco consanguíneo que tienen el contratista con el Concejal, como quiera que además, ambos tienen el mismo apellido. El Concejal es ampliamente conocido en el medio por la función pública que ejerce, se les imputa conocer la existencia de las normas que consagran la inhabilidad, y conocer que actúan a sabiendas de las causales de inhabilidad según las normas citadas del Código Disciplinario Único, constituye Falta Gravísima (sic), no obstante lo cual se actuó en forma contraria al claro y expreso mandato prohibitivo de la Ley, asumiendo consecuencias jurídicas que acarrea conducta como esa, la cual fue reiterada por ambos servidores, toda vez que la Alcaldesa (E), Silvia Ospino Bermúdez, celebró contratos con el inhabilitado en cuatro oportunidades y el Alcalde Abel Pacífico Pimienta castro (sic) en tres. Por ello la imputación subjetiva para ambos es a título de dolo.*

(...)" (Negritas y subrayas del texto original).

- El 30 de noviembre de 2005 el Procurador Regional de la Guajira sancionó al demandante con destitución e inhabilidad general para el ejercicio de cargos y funciones públicos por el término de 11 años. Sustentó su decisión con fundamento en los siguientes argumentos (folios 508 a 569 c. ppal):

El señor Abel Pimienta Castro, Alcalde de Dibulla, contrató mediante prestación de servicios al señor Edelfides Rodolfo Mena Montenegro, quien es tío del señor Mayro Caballos Mena, Concejal de ese Municipio. La ejecución de los contratos celebrados tuvo lugar del 14 de enero al 30 de junio de 2004, y de 1° septiembre al 30 de diciembre de ese mismo año.

El inciso 3° del artículo 1 de la Ley 821 de 2003, establece en lo pertinente que los cónyuges o compañeros permanentes de los Concejales Municipales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no pueden ser contratistas del respectivo Municipio directa, ni indirectamente.

La Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de la citada disposición en Sentencia C- 348 de 2004 y consideró que esa norma hace parte de la atribución dada por el inciso final del artículo 150 de la Carta Política al Congreso de la República, según la cual le compete al legislador expedir el Estatuto General de la Administración Pública. Para esa Corporación

Judicial, el artículo 292 de la Constitución Política no constituye el único referente constitucional para efectos de determinar el régimen de prohibiciones de la contratación estatal en el orden territorial.

De ese modo, la regulación legislativa no constituye *per se*, una vulneración a la Carta Política y menos aún cuando en esta materia tampoco existe una exigencia constitucional que aluda al carácter vinculante de los grados de parentesco señalados en el inciso segundo del citado artículo 292.

Por su parte, a través de la Sentencia C-311 de 2004, el mismo Tribunal analizó el inciso segundo del citado artículo 1 de la Ley 821 de 2003, declarándolo condicionalmente exequible.

El señor Pimienta Castro incurrió en las faltas gravísimas previstas en los numerales 1 y 30 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, al haber contratado al tío de un Concejal del Municipio de Dibulla; y obró con dolo, porque al momento de las celebraciones de los contratos conocía la existencia del parentesco de consanguinidad entre el contratista y el Concejal, y las disposiciones que establecen la inhabilidad.

En ese orden de ideas conducta es típica porque se acreditó el vínculo consanguíneo en tercer grado, en clara violación al artículo 49 (inciso 3) de la Ley 617 de 2000, modificada por el artículo 1 de la Ley 821 de 2003.

- El señor Abel Pacífico Pimienta Castro, actuando mediante apoderado, interpuso recurso de apelación en contra de la Decisión sancionatoria, señalando que la entidad demandada vulneró el principio de interpretación restrictiva que informa la aplicación de los regímenes de inhabilidades, y desconoció configuración normativa que derivó de la Sentencia C- 311 de 2004, proferida por la Corte Constitucional. En su criterio, si las prohibiciones contenidas en el inciso 2° del artículo 292 de la Carta Política se extienden hasta el segundo grado de consanguinidad, en este caso concreto no se configuró la falta disciplinaria porque el parentesco entre el contratista y el Concejal es de tercer grado. Cuestionó, además, la calificación subjetiva de la falta, toda vez que su proceder no fue doloso (folios 574 a 580).
- A través de la decisión de 1 de febrero de 2006, el Procurador Segundo Delegado para la Contratación Estatal resolvió el recurso de apelación

interpuesto por el sancionado, y modificó la sanción, imponiéndole al demandante la de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 10 meses, con los siguientes argumentos (folios 587 a 616 c. ppal):

El inciso 2º de la disposición contenida en el artículo 1 de la Ley 821 de 2003, que establece la inhabilidad que desconoció el demandante, fue objeto de control mediante la Sentencia C - 311 de 2004, en la que el Tribunal Constitucional, previa integración de la unidad normativa, resolvió condicionar la aplicación de la norma acusada al considerar que cuando el Concejal o el Diputado actúa como nominador, la inhabilidad se extiende hasta los parientes en el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil; mientras que si el Concejal o Diputado no es nominador ni interviene en la designación de éste, la inhabilidad solo opera hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil.

Del análisis de la sentencia en cita, el Procurador Segundo Delegado concluyó:

- El párrafo segundo del artículo 1 de la Ley 821 de 2003 no fue objeto de revisión en la decisión C-311 de 2004, mediante el cual se condicionó la aplicación del inciso 2º de ese mismo artículo; por ello, ese Fallo no puede extenderse al párrafo citado, debido a que la misma no ha sido afectada por declaración de inexecutable y tampoco ha sido condicionada.
- La Constitución no establece límites específicos sobre inhabilidades, respecto de la contratación mediante prestación de servicios con los parientes de los Concejales, el legislador puede válidamente concretar esas restricciones, de suerte que la disposición contenida en el artículo 1, párrafo 2 de la Ley 821 de 2003 se debe aplicar al caso concreto.
- La inhabilidad descrita en el párrafo 2 de la Ley en comento es extensible hasta el cuarto grado de consanguinidad.
- Lo anterior está sustentado en lo que consideró la Corte Constitucional en sentencia C-348 de 2004, de manera que la conducta endilgada al procesado se adecúa a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 821 de 2003, y es típica.

En lo que se refiere al grado de culpabilidad, precisó que para concluir que la falta se comete a título de dolo, es necesario acreditar el conocimiento de las

disposiciones que regulan el ejercicio de la función pública, la contratación y, particularmente, las que establecen las inhabilidades; como ocurrió en este caso.

Empero, también resultaba indispensable que el procesado conociera el vínculo existente entre el contratista seleccionado y el Concejal, para poder inferir que teniendo el conocimiento que su actuar era típico y antijurídico, quiso obtener el resultado, es decir, la celebración del contrato violando el régimen de inhabilidades.

En el caso concreto, el dolo se atribuyó con fundamento en supuestos objetivos, que no generan la certeza de que el procesado actuó con conocimiento y que tuvo la intención de vulnerar conscientemente la Ley.

En efecto, de las pruebas recaudadas en sede administrativa se infiere claramente que no se demostró que el señor Pimienta Castro conocía el vínculo familiar entre el contratista y el Concejal, por lo que la modalidad dolosa debe descartarse, pues lo que se evidenció fue un proceder negligente.

Así las cosas, procede la aplicación de lo previsto en el numeral 9 del artículo 43 *ibídem*, según el cual *“la realización típica de una falta objetivamente gravísima pero cometida con culpa grave será catalogada como grave con culpa grave”*; de manera que en este caso la sanción debe ser la de suspensión en el ejercicio del cargo.

Análisis de la Sala.

Previo a desatar la cuestión planteada, resulta necesario precisar que según el diseño Constitucional, la potestad correccional y disciplinaria la ejerce la Procuraduría General de la Nación, autoridad que si bien tiene el poder preferente en esta materia, no excluye la facultad de otras entidades para ejercer directamente esa misma atribución, pero en ambos casos sometida al control judicial por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. No obstante, tal control no se efectúa de cualquier modo, toda vez que tiene unas particularidades **que lo alejan de convertirse en una tercera instancia** en la que se pueda abrir nuevamente el debate probatorio para suplir las deficiencias del proceso disciplinario.

Así lo ha precisado reiteradamente la Subsección⁹ y en ese sentido también se pronunció la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 11 de diciembre de 2012¹⁰ al referirse “*al alcance del control de legalidad de los actos administrativos disciplinarios*”.

Falta disciplinaria.

En consideración a la fecha en la que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la sanción disciplinaria, al demandante le resultan aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 734 de 2002, sin las modificaciones que introdujo la Ley 1474 de 2011¹¹, por no ser preexistentes a la falta imputada.

Está acreditado en el plenario que el señor Abel Pacífico Pimienta Castro fue sancionado por haber cometido la falta prevista en los numerales 1 y 30 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, al haber contratado, en su calidad de Alcalde del Municipio de Dibulla (Guajira), al tío de un Concejal de esa entidad territorial, mediante la modalidad de prestación de servicios.

Las citadas disposiciones establecen en su orden:

“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.

(...)

30. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos

⁹ Ver, entre otras, las siguientes sentencias, proferidas por la Subsección B de la Sección Segunda: **i)** de 16 de mayo de 2012, demandante Carlos Augusto Giraldo (número interno 0967-2011), **ii)** de 2 de mayo de 2012, demandante: Hugo Heliodoro Aguilar Naranjo (número interno 1477 de 2011) **iii)** de 7 de febrero de 2013, demandante María Mercedes Guzmán Oliveros (número interno 0833 de 2010) y **iv)**, de 7 de febrero de 2013, demandante César Augusto Garzón Loaiza, (número interno 2452 de 2010).

¹⁰ Expediente No. 11001-03-25-000-2005-00012-00. Demandante: Fernando Londoño Hoyos. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

¹¹ “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental.

(...)” (Negrillas de la Sala).

Frente al caso que nos ocupa, resulta importante precisar que dada la naturaleza del derecho disciplinario, si bien el legislador ha tratado al máximo de describir de manera clara e íntegra los elementos del tipo disciplinario, los elementos normativos de ciertas faltas deben ser completadas con otras disposiciones¹².

Tal es el caso de la conducta descrita en el numeral 30 del artículo 48 del C.D.U., por la cual fue sancionado el actor, que remite a las causales de inhabilidad previstas en la Constitución y en la Ley.

En lo que resulta pertinente para resolver el caso concreto, la falta por la cual fue sancionado el actor debe ser completada por el artículo 49 de la Ley 617 de 2000¹³, que fue modificado por el artículo 1 de la Ley 821 de 2003, disposición que es del siguiente tenor¹⁴:

"Artículo 49. 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.*

¹²GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. "Dogmática del Derecho Disciplinario" Universidad Externado de Colombia. Cuarta Edición.2007. páginas 315 y siguientes.

¹³ "Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional".

¹⁴ La Sala advierte que el citado artículo 49 de la Ley 617 de 2000, fue posteriormente modificado por el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, la cual no es aplicable a este caso por ser posterior a los hechos que dieron lugar a la sanción disciplinaria.

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.

*<Apartes subrayados y en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles>
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 indirectamente.***

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 servicios**". (Las negrillas son de la Sala).*

La anterior disposición fue objeto de control de constitucionalidad a través de las Sentencias C - 311 y C - 348 de 2004.

En el primero de los fallos mencionados, la Corte Constitucional declaró condicionalmente exequible el 2º inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal y como fue modificado por la Ley 821 de 2003, en el entendido de que cuando los concejales o diputados **no intervienen** en la designación de sus parientes **o no están llamados a intervenir** en la designación de quien actúa como nominador, la regla aplicable es la establecida en el inciso 2 del artículo 292 de la Carta Política que alude al segundo grado de consanguinidad, y en ese sentido condicionó el alcance de la norma acusada. Si existe tal intervención, la inhabilidad se extiende hasta el cuarto grado de consanguinidad.

La disposición citada establece:

"Artículo 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". (Negrillas de la Sala).

La Sala precisa desde ya que la disposición trascrita, ni la contenida en el inciso 2° del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, son las normas que permiten completar la descripción del tipo disciplinario que establece la falta por la cual fue sancionado el demandante, toda vez que no se refieren a la inhabilidad para la celebración de contratos, como sí lo hace el inciso tercero y el párrafo 2° *ibídem*.

La Corte Constitucional estudió la asequibilidad de éstas últimas disposiciones en la Sentencia C-348 de 2004, y declaró exequibles las expresiones demandadas contenidas en el inciso 3° y del párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 821 de 2003, en el entendido que se aplica únicamente dentro del ámbito territorial de competencia del respectivo Gobernador, Alcalde o Miembro de Juntas Administradoras Locales, Municipales y Distritales.

A juicio de ese Tribunal, el artículo 1 de la Ley 821 de 2003 contiene seis prohibiciones diferentes que aluden a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los Diputados y Concejales, las cuales operan frente a la entidad territorial de la cual forma parte la correspondiente Asamblea o Concejo. Dichos familiares no pueden:

- Ser miembros de juntas o concejos directivos de entidades del sector central o descentralizado (inciso primero).
- Ser miembros de juntas o concejos directivos del sector central o descentralizado (inciso primero).
- Ser representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social (inciso primero).
- Ser funcionarios del sector central o descentralizado (inciso segundo).
- **Ser directa o indirectamente contratistas del sector central o descentralizado** (inciso tercero).

- **Ser vinculados como contratistas de prestación de servicios** (parágrafo 2).

Frente a las dos últimas prohibiciones (inciso 3 y parágrafo 2 *ibídem*); la Corte consideró que las mismas hacen parte del desarrollo de la atribución dada por el artículo 150, inciso final, de la Constitución, según el cual, le corresponde al Congreso de la República expedir el estatuto general de contratación de la administración pública.

Asimismo estimó la Corporación que tales medida constituyen “(...) *un desarrollo legislativo razonable y proporcionado, como instrumento necesario e idóneo para el logro de los principios rectores de la actuación administrativa y garantizar que las actuaciones públicas estén despojadas de propósitos o intenciones ajenos al servicio público y al interés general. Lo que buscan esas disposiciones es evitar, entre otros efectos, la injerencia indebida de los miembros de las corporaciones públicas en la gestión pública del orden territorial y a favor de allegados, lo cual no puede entenderse como una sanción legislativa a los parientes de los diputados y*

concejales. De tal suerte que las inhabilidades en referencia constituyen una garantía de imparcialidad, transparencia y moralidad de la gestión pública en los departamentos, distritos y municipios (...)”.

Agregó:

“(...)

Además el artículo 292 no constituye el único referente constitucional para efectos de determinar el régimen de prohibiciones de la contratación estatal que se surta en el orden territorial. Por consiguiente la regulación legislativa sobre asuntos ajenos a los ya contemplados en ese artículo superior que invoca el actor, no constituye per se, una vulneración de la Carta Política, y menos aún cuando en esta materia tampoco existe exigencia constitucional alguna que aluda al carácter vinculante de los grados de parentesco señalados en el artículo 292 de la Carta.

La Corte Concluye entonces que las medidas adoptadas representan la voluntad del legislador, que, a partir de su propia verificación de las experiencias conocidas y la evaluación de la gestión territorial, ha estimado pertinente fijar tales restricciones, sin que ellas afecten de manera irrazonable o desproporcionada los derechos a la igualdad, trabajo o acceso a cargos y funciones públicas de los parientes de Diputados y Concejales. (...)

En consecuencia, se declarará la exequibilidad de los apartes demandados del inciso tercero y el parágrafo 2° del artículo 1 de la Ley 821 de 2003, pero precisando que las prohibiciones allí previstas surtan efectos únicamente dentro del ámbito territorial de competencias del respectivo diputado o concejal.

(...)”.

Estudio de los cargos planteados por el demandante.

• Vulneración a los principios de legalidad y tipicidad.

El demandante afirmó que la Procuraduría General de la Nación lo sancionó a pesar de que su conducta es atípica, porque la inhabilidad para celebrar contratos con los parientes de Concejales se extiende sólo hasta el segundo grado de consanguinidad y no hasta el cuarto, con fundamento en lo previsto en el inciso 2° del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, modificado por el artículo 1 de la Ley 821 de 2003; en el artículo 292 de la Constitución y en los pronunciamientos que, sobre el particular, ha efectuado la Corte Constitucional.

Revisadas las pruebas que obran en el plenario, la Sala advierte que no le asiste la razón al demandante por las siguientes razones:

En sede administrativa se demostró que el señor Abel Pacífico Pimiento Castro, en su calidad de Alcalde del Municipio de Dibulla, contrató mediante la modalidad de prestación de servicios al señor Edelfides Rodolfo Mena Montenegro, quien es pariente, en tercer grado de consanguinidad (tío), con el señor Mayro Caballos Mena (Concejal en esa entidad territorial).

Tal conducta constituye falta disciplinaria en los términos del numeral 30 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en tanto que celebró un contrato estatal con una persona que estaba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el parágrafo 2° del artículo 1 de la Ley 821 de 2003, que modificó el artículo 49 de la Ley 617 de 2000.

Esa disposición y la contenida en el inciso 3 *ibídem*, prohíben a los parientes de los Gobernadores, Alcaldes, Diputados y Concejales dentro del cuarto grado de consanguinidad; ser contratistas del respectivo Departamento Distrito o Municipio.

Debe aclararse que la inhabilidad que desconoció el demandante no es la contenida en el inciso final del artículo 292 de la Constitución, en concordancia con el inciso 2° del artículo 49 de la Ley 617 de 2000; porque el supuesto de hecho que establece es bien distinto al que se encuentra contenido en el inciso 3 y en el párrafo 2° *ibídem*.

En efecto, el inciso 2° de la Ley en comento, establece una prohibición para designar a parientes de Gobernadores, Diputados, Alcaldes Municipales y Distritales, funcionarios del respectivo Departamento, Distrito o Municipio; al paso que el inciso 3 y el párrafo 2° de esa disposición, prevén la inhabilidad para contratar con los familiares de los servidores públicos que se encuentren, entre otros, dentro del cuarto grado de consanguinidad.

La conducta del actor desconoció las dos últimas normas, razón por la cual su conducta es típica y constituye falta disciplinaria.

Adicionalmente, debe precisarse que las causales de inhabilidad e incompatibilidad, por ser taxativas, no admiten interpretaciones extensivas o analógicas como la que pretende el actor.

De otro lado, la entidad demandada al expedir los actos administrativos sancionatorios tampoco se apartó de los pronunciamientos de la Corte Constitucional a través de los cuales estudió la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 821 de 2003.

Tal y como quedó expuesto en el acápite anterior, esa Corporación mediante la Sentencia C-348 de 2004, declaró exequibles tanto el inciso 3° como el párrafo 2° *ibídem*, bajo el entendido que la inhabilidad sólo aplica dentro del ámbito territorial de competencia del respectivo gobernador o Alcalde o Miembros de Juntas Administradoras Locales, Municipales y Distritales.

Los demás argumentos que expuso el actor, relacionados con la presunta vulneración al principio de tipicidad, constituyen una interpretación errada y forzada del artículo 1 de la Ley 821 de 2003 y de lo expuesto por la Corte Constitucional en los fallos previamente citados; razón por la cual el cargo que se estudia no puede prosperar.

- **Violación al principio de congruencia y al derecho de defensa.**

En criterio del demandante, no existió congruencia entre la decisión sancionatoria de primera y segunda instancia, circunstancia que le desconoció el derecho a la defensa al variársele la imputación subjetiva de dolo a culpa.

Revisado el expediente, no encuentra la Sala vulneración alguna al derecho citado, toda vez que el señor Pimienta Castro estuvo asistido por su apoderado judicial, fue escuchado en versión libre, tuvo la oportunidad para aportar, solicitar y controvertir pruebas e interponer los recursos procedentes, tal y como en efecto ocurrió, al presentar apelación en contra del acto administrativo de primera instancia, mediante el cual fue sancionado con destitución e inhabilidad general para el ejercicio de cargos y funciones públicas por el término de 11 años.

Está acreditado en el plenario que el Procurador Segundo Delegado para la Contratación Estatal, al resolver la alzada, modificó la sanción imponiéndole al demandante una más favorable, estimando que no hubo prueba contundente para atribuir la falta endilgada a título de dolo.

Tal proceder, lejos de transgredir el derecho a la defensa del procesado, consultó los principios de favorabilidad y buena fe, generando en consecuencia, una reducción notoria del correctivo impuesto inicialmente, pues en Segunda Instancia el actor fue sancionado con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 10 meses. A juicio de la Sala, no le es dable al señor Pimienta Castro valerse de esa circunstancia para pretender la nulidad de la actuación administrativa.

- **Del contenido del Auto de Formulación de Cargos.**

El artículo 163 de la Ley 734 de 2002, establece que la decisión mediante la cual se formulen los cargos debe contener:

“(...)

1. La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó.

2. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta.

3. *La identificación del autor o autores de la falta.*
4. *La denominación del cargo o la función desempeñada en la época de comisión de la conducta.*
5. *El análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados.*
6. *La exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, de conformidad con lo señalado en el artículo 43 de este código.*
7. *La forma de culpabilidad.*
8. *El análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales”.*

Analizado el Auto de Formulación de Cargos ¹⁵ proferido el 24 de octubre de 2005 por el Procurador Regional de la Guajira, encuentra la Sala que el mismo cumple con todos los requisitos establecidos en la disposición citada, en tanto que el funcionario investigador describió y determinó la conducta investigada; indicó las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó; precisó las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación; concretó la modalidad de la conducta (gravísima a título de dolo); señaló el cargo desempeñado por la procesada; analizó las pruebas que fundamentaron los cargos endilgados; expuso los criterios para determinar la gravedad de la falta; estableció la forma de la culpabilidad; y tuvo en cuenta los argumentos de la defensa.

No se advierte entonces vulneración al derecho al debido proceso en esta materia.

Con todo, el demandante no precisó cuál es el defecto que a su juicio vicia la legalidad del auto de formulación de cargos, y con ello incumplió el deber procesal que le asiste a todo demandante de estructurar razonadamente los argumentos que sustentan la causal de nulidad que invoca.

• **Del principio de congruencia.**

De acuerdo con el principio de congruencia, quien ejerce la potestad disciplinaria no puede variar intempestivamente la imputación jurídica determinada en el Auto de formulación de cargos.

¹⁵ Visible a folios 279 a 290 del cuaderno principal del expediente.

De acuerdo con lo probado en el proceso, las decisiones sancionatorias tampoco alteraron el referido principio, toda vez que el proceso se adelantó con base en la misma imputación, es decir con la falta contenida en el numeral 30 del artículo 48 del C.D.U., la cual fue calificada provisionalmente a título de dolo, aspecto que fue confirmado en el Fallo de primera instancia.

Advierte la Sala que el demandante pudo estructurar su defensa con base en la falta que se le endilgó, a tal punto que en ejercicio de ese derecho constitucional expuso los argumentos que condujeron, en la Segunda Instancia, a una decisión más favorable, toda vez que el Procurador Segundo Delegado para la Contratación Estatal estimó que la conducta no fue cometida con dolo sino con culpa o negligencia.

Así las cosas, el hecho de que al resolverse el recurso de apelación se hubiere considerado que no hubo prueba suficiente del dolo, en nada desconoce el principio de congruencia.

Vale la pena precisar que si bien el Auto de formulación de cargos determina el marco dentro del cual se adelantará la actividad probatoria, la acusación y la defensa, no es inamovible, porque en él se establece una calificación provisional de la falta y del grado de culpabilidad, quedando supeditados a lo que resulte demostrado una vez que se agote el debate probatorio.

La decisión de primera instancia tampoco es inamovible. Precisamente, como expresión del derecho al debido proceso, el ordenamiento jurídico prevé unos recursos o medios de impugnación contra las decisiones de quien ostenta el poder disciplinario, que, como toda obra humana, pueden contener equivocaciones. Con todo, y así aquéllas estén plenamente ajustadas a la legalidad, con la interposición de los recursos y la resolución de los mismos, las partes de un proceso o los terceros habilitados pueden tener la confianza de que la decisión es la correcta o zanjar las dudas o la incertidumbre que, eventualmente, les pueda generar la providencia judicial.

De las anteriores consideraciones la Sala concluye que la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos que demandó, ni se acreditó alguna causal que los vicie de nulidad, razón por la cual no pueden prosperar las súplicas de la demanda.

Finalmente, se precisa que no se encontró probada ninguna excepción de las propuestas por la entidad, que se relacionaban con el fondo del asunto, como tampoco la innominada o genérica.

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. DECLÁRANSE** no probadas la excepciones propuestas por la entidad demandada.
- 2. NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda presentada por el señor Abel Pacífico Pimienta Castro contra la Nación, Procuraduría General de la Nación, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.-

Cópiese, notifíquese y, una vez ejecutoriada esta Sentencia, archívense las diligencias. Cúmplase.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE