

DESTITUCION DE ALCALDE DE LEIVA – Por contratación con ex - concejal con vulneración del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Debido proceso. Principio de legalidad. Principio de favorabilidad

Para la Sala resulta claro que la decisión sancionatoria de segunda instancia incurrió en violación al debido proceso por desconocimiento de los principios de legalidad y favorabilidad en materia disciplinaria, toda vez que en el análisis de la conducta desplegada por el actor para imputar la falta gravísima consistente en “actuar u omitir a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad...”, el órgano disciplinario omitió dar aplicación a la ley permisiva o favorable como lo ordena el artículo 14 de la Ley 734 de 2002. Lo anterior, por cuanto, en lo atinente a la **duración de las incompatibilidades de los concejales municipales**, la Procuraduría Regional de Nariño, decidió aplicar el artículo 47 de la Ley 136 de 1994 que establecía una duración de las incompatibilidades hasta de seis (6) meses posteriores al vencimiento del periodo respectivo, y no el artículo 43 de la Ley 617 de 2000, según el cual, las incompatibilidades tenían vigencia hasta la terminación del periodo constitucional respectivo, resultando más permisiva o favorable en cuanto que al amparo de la misma, la prohibición para celebrar los contratos de prestación de servicios Nos. 040 y 082 de 1 de marzo y 2 de mayo de 2004 respectivamente, había dejado de existir. Así las cosas, la Sala considera que la conclusión a la que llegó el funcionario investigador se aparta de principios rectores de carácter imperativo dentro del trámite del proceso disciplinario, lo cual, claramente afectó las garantías del derecho al debido proceso del actor, en tanto que al no dar aplicación a la norma permisiva o favorable, el actor fue considerado responsable de la comisión de una falta disciplinaria gravísima que dio lugar a la imposición de la sanción de destitución del cargo e inhabilidad para el ejercicio de funciones por el término de diez (10) años.

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 47 / LEY 617 DE 2000 – ARTICULO 43 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 14

NULIDAD DE ACTO DE DESTITUCION DEL ALCALDE DE LEIVA – Perjuicios morales. Prueba

La declaración de nulidad de un acto administrativo trae como consecuencia la invalidación o la abolición de la decisión allí contenida, esto es, desde el momento mismo en que ésta ha sido expedida, por los efectos ex tunc que produce una sentencia de tal naturaleza, retrotrayendo por lo tanto la situación al estado anterior, de suerte que si el efecto de la declaratoria de nulidad es que las cosas retornen a su estado inicial, entonces el reintegro del actor al cargo desempeñado en principio resultaría procedente. No obstante, en el presente caso el reintegro encuentra un límite temporal que está dado por el vencimiento del periodo institucional de cuatro (4) años para el que fue elegido el actor -2004 a 2007-, razón por la cual el reintegro del demandante al cargo de Alcalde Municipal de Leiva actualmente se torna improcedente y en tal sentido dicha pretensión debe ser negada. **b.- Pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de recibir.** Para obtener el restablecimiento pleno de los derechos del actor y no limitar los efectos de la declaratoria de nulidad del acto, es necesario reconocer los salarios y prestaciones sociales que dejó de devengar el actor como consecuencia de la sanción disciplinaria cuya nulidad se ordena, reconocimiento que debe comprender el lapso de tiempo que el actor permaneció retirado del servicio por efectos de la sanción, esto es, del 30 de diciembre de 2005 al 14 de febrero de 2007, toda vez que a partir del 15 de febrero de 2007 el actor retornó al ejercicio del mandato, hasta la finalización de su periodo como quedó demostrado en la presente actuación y se anotó anteriormente. Las sumas que se reconozcan

deberán ser indexadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 178 del C.C.A., y deberán efectuarse los respectivos descuentos que por concepto de aportes a la seguridad social debía realizar el actor durante dicho periodo. En tal sentido, se confirmará la condena impuesta en el numeral segundo de la sentencia impugnada.

**NULIDAD DE ACTO DE DESTITUCION DEL ALCALDE DE LEIVA –
Restablecimiento del Derecho. Reintegro y pago de prestaciones sociales**

Las declaraciones de los testigos resultan vagas, abstractas e imprecisas al discurrir sobre la aflicción, sufrimiento, congoja que padeció el actor con motivo de la sanción disciplinaria, pues en ellas tan sólo se realizan apreciaciones personales de los testigos, quienes se limitan a manifestar que el actor sufrió perjuicios porque la sanción afectó su imagen, buen nombre y trayectoria política, pero sin acreditar su concreción, es decir, sin discurrir sobre las expresiones de ese padecimiento, la situación de tristeza, el dolor sufrido, la gravedad de la aflicción, concretamente de qué manera se vio afectado el buen nombre, la imagen y vida política del actor, como incidió en su vida, en sus relaciones, en su familia, en general, como resultó afectada la órbita aflictiva del demandante, máxime si se tiene en cuenta que la sanción de destitución fue revocada directamente por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa el 26 de septiembre de 2006, circunstancia que le permitió al actor regresar al ejercicio de su mandato el 15 de febrero de 2007 y terminar su periodo, desvirtuándose lo manifestado acerca de la afectación del ejercicio de su actividad política. Para que proceda el reconocimiento de la indemnización por concepto de perjuicios morales, la Corporación ha indicado que es necesario arribar al convencimiento del Juez de que existió un padecimiento que le fue causado con ocasión de la sanción y la publicidad que de ella se hizo, para que este funcionario, dentro de su discrecionalidad judicial, determine el dolor sufrido, la intensidad de la congoja, el derecho vulnerado, la valoración ponderada de lo que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción (de verse en la situación generada por la sanción) para que, una vez valorado, haga la tasación del “quantum” indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto y ello es justamente lo que no emerge del acervo probatorio, circunstancia que conduce a la Sala a revocar el reconocimiento de la indemnización ordenada por concepto de perjuicio morales.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., Diez (10) de julio de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 52001-23-31-000-2006-00268-01(0354-09)

Actor: HERMES SANCHEZ ADRADA

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 28 de noviembre de 2008, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Nariño, accedió a las pretensiones de la demanda presentada por Hermes Sánchez Adrada contra la Nación- Procuraduría General de la Nación.

ANTECEDENTES

El señor Hermes Sánchez Adrada, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo de Nariño decretar la nulidad de la sanción disciplinaria de destitución del cargo e inhabilidad para el desempeño de funciones públicas por el término de diez (10) años, impuesta el 15 de noviembre de 2005 en segunda instancia por la Procuraduría Regional de Nariño.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó el reintegro al cargo de Alcalde de Leiva y el pago de los salarios, prestaciones sociales y gastos de representación dejados de devengar durante la sanción. Asimismo, solicitó a título de reparación del daño ocasionado, indemnizar los perjuicios de orden material y moral estimados en la demanda y la declaración de que no existió solución de continuidad en la prestación del servicio, el cumplimiento de la sentencia, el pago de los intereses y las costas y agencias procesales, de conformidad con los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Basó su *petitum* en los siguientes hechos:

Refiere la demanda que mediante auto de 11 de mayo de 2005, expedido por la Procuraduría Provincial de Pasto se dio inicio a la indagación preliminar en contra de los señores Hermes Adrada Sánchez y Otalivar Potosí Arcos, en calidad de Alcalde y Concejal del Municipio de Leiva – Nariño, con ocasión de la queja presentada por la señora Diana Karina Rojas Muñoz.

Narra el actor que la queja disciplinaria presentada en su contra se basó en hechos relacionados con la contratación del señor Otalivar Potosí Arcos, exconcejal del Municipio de Leiva durante el periodo 2001-2003, para prestar los servicios de promotor de salud de la IPS de dicho ente territorial, por valor de \$716.000, celebrada el 1 de marzo de 2004 y prorrogada el 2 de mayo del mismo año, vulnerando presuntamente, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la Ley 136 de 1994 y específicamente el artículo 47 sobre la duración de las incompatibilidades hasta seis meses posteriores al vencimiento del periodo.

Manifiesta que mediante auto de 15 de septiembre de 2005, la Procuraduría Provincial de Pasto, adecuó el trámite al proceso verbal consagrado en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002 y lo citó a Audiencia Pública de versión libre.

Indica que en la mencionada providencia se estructuró la conducta investigada como una presunta violación al régimen de incompatibilidades de los concejales municipales, al contratar los servicios personales del señor Otalivar Potosí Arcos, los días 1 de marzo y 2 de mayo de 2004, estando dentro de los seis meses siguientes al vencimiento del periodo en el que se desempeñó como concejal del mismo municipio, incurriendo así en la falta disciplinaria gravísima descrita en el

numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por violación del régimen de incompatibilidades de los concejales, previsto en los artículos 45 y 47 de la Ley 136 de 1994, calificando provisionalmente la conducta investigada como una FALTA GRAVISIMA a título de dolo.

Luego, mediante auto de 26 de septiembre de 2005, la Procuraduría Provincial de Pasto convocó a Audiencia Pública de ampliación de versión libre y práctica de pruebas. Surtida la etapa probatoria, el 7 de octubre de 2005 se llevó a cabo la Audiencia Pública de Alegatos.

Mediante providencia No. 0036 de 14 de octubre de 2005, la Procuraduría Provincial de Pasto, resolvió absolver de responsabilidad disciplinaria al actor al considerar que el cambio de legislación obligaba a la modificación del artículo 47 de la ley 136 de 1994, y por lo tanto, tal norma no armonizaba con las nuevas regulaciones, primando entonces el principio de favorabilidad en virtud del cual debía relevarse de responsabilidad a los disciplinados.

Contra la decisión de primera instancia, la quejosa interpuso recurso de apelación insistiendo en la responsabilidad disciplinaria del actor.

La Procuraduría Regional de Nariño, procedió a emitir decisión de segunda instancia No. 038 de 14 de noviembre de 2005, ordenando la revocatoria de la decisión de primera instancia proferida por la Procuraduría Provincial de Pasto y sancionando con destitución del cargo e inhabilidad de diez (10) años al actor, por considerar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el nuevo ordenamiento (Ley 617 de 2000) solo podía aplicarse respecto de los comicios que se realizaran a partir del 2001, por lo cual concluyó que el concejal no podía vincularse como contratista de la administración dentro de los seis (6) meses siguientes a la terminación del periodo respectivo.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Nacional: artículos 6, 29, 90 y 21.

De orden legal: Ley 734 de 2002, artículos 5, 27, 43, 48, 97, 128, 129, 141, 142, 143, 170; Código Contencioso Administrativo, artículos 35, 84; Ley 190 de 1995, artículo 81 inciso 2.

Al exponer el concepto de violación, se afirma en la demanda que la entidad accionada vulneró el debido proceso y el derecho de defensa porque no efectuó una valoración integral de las pruebas aportadas al proceso, las cuales podían llevar a la exoneración de responsabilidad. Expresó que la entidad demandada calificó en forma genérica y abstracta la conducta investigada como gravísima, a título de dolo, lo que podría dar lugar a una responsabilidad objetiva, la cual se encuentra proscrita por el ordenamiento jurídico.

Sostuvo que la sanción disciplinaria impuesta le vulneró el derecho a la honra y le causó perjuicios morales, incurriendo tal decisión en falsa motivación y desviación de poder por cuanto no se establecen las circunstancias de hecho y de derecho que rodearon la conducta investigada.

Indicó que no se realizó una apreciación conjunta de las pruebas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y por lo tanto, el acto demandado incurrió en una motivación arbitraria por su frágil sustento probatorio.

Afirmó que no obra en el proceso una prueba determinante de la conducta disciplinable y por el contrario, las pruebas generan un elemento probatorio de inocencia que no fue analizado, en tal sentido, indicó que la existencia del concepto jurídico imponía que se revisara la ilicitud sustancial que se exige para la imposición de una sanción disciplinaria al tenor del artículo 5 de la Ley 734 de 2002.

Manifestó que el incumplimiento del deber funcional es el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. No es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta, sino es la infracción sustancial de dicho deber, el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines lo que da origen a la antijuridicidad de la conducta.

Sostuvo que con la prueba documental y testimonial que obra en el expediente es posible establecer que el actor no incurrió en conducta susceptible de reproche disciplinario, además que debieron considerarse las circunstancias favorables como desfavorables, y calificar cada conducta investigada, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 43 de la Ley 734 de 2002.

Aseguró que la conducta investigada no se encuentra catalogada como tal por el artículo 48 de la Ley 734 de 2002, dando lugar a una nulidad procesal de conformidad con el artículo 143 del CUD; asimismo, se configura la causal consagrada en el numeral 2 del referido artículo por cuanto en el pliego de cargos y en el fallo de primera instancia, existe una vaguedad que afecta el derecho de defensa al no ser perfecta la adecuación típica de la conducta, pues si bien se señalaron las normas generales presuntamente violadas, se omitió indicar de manera precisa los deberes o prohibiciones con los que queda configurada cada falta, es decir no se encuadró la conducta investigada dentro del marco legal.

Expresó que el fallo de primera instancia efectuó una relación de la prueba documental sin ningún análisis o estudio que conduzca a la certeza de la responsabilidad disciplinaria y frente a la prueba testimonial únicamente se limita a extraer todo aquello que el investigador subjetivamente considera viable para establecer responsabilidad disciplinaria, e igualmente frente a los descargos y alegaciones presentadas por la defensa no realiza ningún análisis, ni valoración jurídica de los cargos, de los descargos y de las alegaciones presentadas, por lo que consideró que la sanción se profirió sin motivación.

Finalmente afirmó que la entidad accionada no demostró que el actor tuvo conocimiento real y previo de la existencia de la inhabilidad y se apartó de una prueba válidamente decretada como fue el concepto jurídico, presumiendo la mala fe, violando el derecho de defensa, contradicción, favorabilidad e indubio pro disciplinado, reformatio in pejus, generando irregularidad sustancial a favor del investigado, incurriendo además en violación al principio de lealtad procesal. Indicó que la prueba documental consistente en el concepto jurídico tiene trascendencia y capacidad inequívoca de modificar sustancialmente la situación del actor.

SUSPENSION PROVISIONAL

Refiere la demanda que el acto administrativo demandado es ostensiblemente violatorio del régimen disciplinario previsto en la Ley 734 de 2002 toda vez que la conducta reprochada no atiende a los principios de tipicidad y antijuridicidad y tampoco se efectuó un análisis de la culpabilidad, situación por la que se afirma

que se vulneró el principio de legalidad de la falta. Igualmente, se indica que se desconoció el principio de favorabilidad porque la conducta del actor fue cuestionada mucho tiempo después de haber entrado en vigencia la Ley 617 de 2000, y la contratación fue celebrada en el año 2004, época para la cual ya no revestía tipicidad.

Mediante auto de 21 de abril de 2006 el Tribunal Administrativo de Nariño negó la medida cautelar de suspensión provisional por considerar que para la prosperidad de la misma resultaba necesario el análisis de la prueba documental aportada, lo cual tornaba improcedente la medida (fls. 354 a 358).

ADICION DE LA DEMANDA

Mediante escrito presentado el 18 de octubre de 2006 (fls. 365 a 418), la parte actora adicionó la demanda para precisar que la Procuraduría Regional de Nariño actuó sin competencia toda vez que el fallo de primera instancia se encontraba ejecutoriado y en firme cuando la quejosa presentó el recurso de apelación, al tenor del artículo 106 del C.U.D., igualmente reiteró los planteamientos expuestos en la demanda.

La adición de la demanda fue admitida mediante providencia de 1 de noviembre de 2006 (fl. 497) y contestada por la demandada mediante escrito presentado el 5 de febrero de 2007 (fls. 508 a 522).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Procuraduría General de la Nación, debidamente representada y por conducto de apoderada judicial, contestó la demanda con los siguientes argumentos: (fls. 419 a 431).

Indicó que todas las ritualidades fueron observadas por parte de la Procuraduría Provincial de Pasto con sujeción a la Ley 734 de 2002, siendo competente para adelantar la investigación en primera instancia, y en segunda instancia la Procuraduría Regional de Nariño.

Expresó que los argumentos expuestos en la demanda constituyen conjeturas y acusaciones sobre el proceder de la Procuraduría y no un concepto de violación nítido y claro sobre lo actuado. Precisó que en la jurisdicción contenciosa administrativa no es dable cuestionar el debate probatorio realizado en la instancia disciplinaria.

Destacó que la responsabilidad disciplinaria del actor obedeció al principio de tipicidad y se enmarcó dentro de la sanción de destitución del cargo e inhabilidad para ejercer funciones públicas, previo el estudio y análisis integral de las pruebas y de la responsabilidad del disciplinado.

Sostuvo que en la expedición del acto demandado se observó el debido proceso, el derecho de defensa, los principios y formalidades en cada una de las etapas del proceso disciplinario.

Propuso la excepción de indebida acumulación de pretensiones por considerar que no es posible acumular la pretensión de reintegro con la de pago de los salarios y prestaciones sociales que dejó de devengar; igualmente indicó que la

tasación de la cuantía no encuentra ningún soporte válido por lo que solicitó negar las pretensiones de la demanda.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Nariño, en sentencia de 28 de noviembre de 2008, accedió a las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos (fls. 655 a 677):

Consideró el Tribunal que en la fecha de realización de la conducta disciplinable la norma vigente en materia de inhabilidades e incompatibilidades de los concejales era la Ley 617 de 2000 y no la Ley 136 de 1994, razón por la cual, en aplicación del principio de favorabilidad, la situación del actor debía resolverse a la luz del nuevo régimen de incompatibilidades, según el cual la incompatibilidad para celebrar contratos con el ente territorial tenía como límite la fecha de terminación del periodo. Por lo anterior, y como quiera que los contratos fueron celebrados en marzo y mayo de 2004, concluyó el Tribunal que el exconcejal no se encontraba inmerso en la causal de incompatibilidad imputada por el órgano disciplinario. Indicó que no aplicar el principio de favorabilidad conllevaba la violación del debido proceso, lo cual acarrearía la nulidad del acto administrativo demandado.

Con respecto al recurso de apelación sostuvo que éste fue interpuesto oportunamente toda vez que la quejosa no se presentó a la Audiencia Pública de fallo sino que se notificó el 19 de octubre de 2005 y el recurso de apelación fue recibido el 21 de octubre del mismo año.

Frente a la existencia de la causal de exculpación de responsabilidad, consideró el Tribunal que el actor consultó a un experto en la materia para no incurrir en falta disciplinaria alguna, agotando los esfuerzos necesarios para evitar el incumplimiento del deber legal, por lo que actuó con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituía falta disciplinaria. Indicó que el artículo 13 del CDU proscribía la responsabilidad objetiva y en el caso bajo estudio no habría existido culpabilidad ni culposa ni dolosa, pues el Alcalde recurrió al único medio posible para establecer la posibilidad de contratar legalmente sin que pueda imputársele imprudencia o negligencia y menos dolo. Así las cosas, concluyó que el acto demandado también habría incurrido en nulidad por no haber reconocido una causal de exclusión de responsabilidad suficientemente demostrada al castigar una conducta exenta de culpa o dolo.

En punto al restablecimiento del derecho y los perjuicios morales, sostuvo el Tribunal que como consecuencia de la revocatoria del fallo sancionatorio de segunda instancia, el actor fue reintegrado al cargo el **15 de febrero de 2007** y lo ejerció hasta la terminación del periodo el 31 de diciembre de 2007, sin embargo, ordenó el reconocimiento de los salarios y prestaciones dejados de devengar desde el retiro del servicio (30 de diciembre de 2005) hasta el reintegro (14 de febrero de 2007), con la correspondiente indexación de los mismos, siempre y cuando no se hubieren reconocido por efectos de la revocatoria de la sanción. Frente a los perjuicios morales indicó que la prueba testimonial da cuenta del padecimiento sufrido por lo que reconoció la suma equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La Procuraduría General de la Nación, presentó recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos que se sintetizan a continuación (fls. 685 a 688):

En primer lugar indicó que el señor Otalivar Potosí Arcos si fue elegido concejal en las elecciones del año 2000 por lo que afirmó que el Tribunal incurrió en un error evidente al considerar que el ex -concejal a quien contrató el Alcalde no fue elegido en el año 2000 sino el 22 de diciembre de 2002 cuando ya regía la Ley 617 de 2000.

Indicó que no resultaba aplicable el principio de favorabilidad por cuanto la Ley 617 de 2000 solo resultaba aplicable para las elecciones realizadas a partir del año 2001 y así lo expresó claramente el legislador.

Sostuvo que a pesar de que a la fecha de celebración de los contratos de prestación de servicios (marzo y mayo de 2004) la Ley 617 de 2000 llevaba varios años de vigencia, ello no implicaba que perdiera validez el régimen de transición en ella previsto.

Afirmó que el acto de revocatoria de la sanción obedeció a un error inducido por el actor quien actuó en contra del principio de buena fe procesal.

En cuanto a los perjuicios morales indicó que la prueba testimonial en que se funda la existencia de los mismos es contradictoria y los declarantes no residen en el Municipio de Leiva en donde el demandante tiene su domicilio. Afirmó que el tiempo de duración de la sanción se extendió por el "paquidémico" actuar de la administración departamental frente a la orden de reintegro contenida en la decisión de revocatoria de la sanción, por lo anterior, solicita revocar la sentencia impugnada y negar las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSION

.- La demandada: La Procuraduría General de la Nación, por medio de apoderada judicial, presentó los alegatos que se resumen a continuación (fls. 705 a 714):

Indicó que una investigación disciplinaria deviene de la potestad que tiene el Estado cuando vigila la conducta de quienes prestan servicio público y actúan contrario al deber funcional, por tanto, la investigación y su consecuente sanción por si mismas no causan un perjuicio determinado sino el comportamiento del disciplinable que agravia el ordenamiento y se hace acreedor de la acción represiva con las consecuencias que ello acarrea.

Sostuvo que la sanción impuesta no puede considerarse como causa generadora de un daño antijurídico, toda vez que en los términos del artículo 90 de la C.N. la Procuraduría actuó con fundamento en las atribuciones constitucionales y legales; además, no constituye un daño cierto por cuanto no se concretó, toda vez que la misma entidad revocó la sanción ordenada.

Anotó que el perjuicio para que sea reparable debe reunir ciertas características que define el profesor Michel Paillet en su obra "La responsabilidad administrativa": que sea real y cierto, directo y personal.

En cuanto a la prueba del daño sostuvo que no resultan suficientes las afirmaciones hechas en la demanda sino que es un imperativo demostrar los supuestos para su existencia; destacó que de la prueba testimonial no se puede

inferir el sufrimiento moral, personal y familiar del actor, toda vez que no ofrece credibilidad y no es suficiente para demostrar el nexo de causalidad; además el actor fue reintegrado al cargo.

Concluyó que el daño alegado, por no ser antijurídico, no resulta cierto pues no se concretó en la realidad de su existencia constituyendo una simple afirmación, razón por la cual solicitó negar la pretensión de indemnizar el daño moral, al igual que el material.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público solicitó que se modifique la sentencia recurrida y en su lugar se condene únicamente al pago indexado de los salarios y demás prestaciones laborales dejadas de cancelar durante el lapso comprendido entre el 30 de diciembre de 2005 y 14 de febrero de 2007, sin reconocimiento de perjuicios morales toda vez que no se acreditó debidamente el daño subjetivo como consecuencia de la sanción impuesta (fls.715 a 729).

CONSIDERACIONES

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

1.- El problema jurídico

Deberá determinar la Sala, si la sanción de destitución del cargo e inhabilidad general de diez (10) años impuesta al actor es nula por violación al debido proceso, para lo cual es preciso resolver el siguiente interrogante: ¿Se vulneró el principio de legalidad y favorabilidad en materia disciplinaria porque la demandada, en el análisis de la conducta desplegada por el actor para imputar la falta gravísima consistente en “actuar u omitir a pesar de la existencia de causas de incompatibilidad...”, omitió dar aplicación a la ley permisiva o favorable como lo ordena el artículo 14 de la Ley 734 de 2002?

2.- Marco jurídico y jurisprudencial.

Del alcance del control de legalidad de los actos administrativos disciplinarios.

La Sala Plena Contenciosa Administrativa de la Corporación, en sentencia proferida el 11 de diciembre de 2012¹, estableció los alcances del control de legalidad del juez administrativo sobre los actos administrativos disciplinarios, indicando que se trata de un control pleno que no tiene restricciones ni limitaciones de ninguna índole por la naturaleza del acto administrativo que se enjuicia. Así se pronunció:

“Sobre el primer aspecto, es decir, el alcance del control de legalidad de los actos administrativos de naturaleza disciplinaria, debe partirse de la premisa según la cual el control de legalidad del juez administrativo sobre estos actos es pleno, es decir, no tiene restricciones ni limitaciones de ninguna índole por

¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 11 de diciembre de 2012. Ref: Expediente No. 11001-03-25-000-2005-00012-00. Actor: Fernando Londoño Hoyos.

la naturaleza del acto administrativo que se enjuicia, como en general no las tiene sobre ningún acto administrativo²”.

En dicho precedente jurisprudencial, la Sala Plena discurrió sobre las particularidades de la actividad administrativa disciplinaria y las cargas argumentativas y probatorias que tiene la parte actora en esta clase de procesos, así como el papel del juez administrativo frente a las mismas, pronunciamiento del cual se destacan las siguientes **subreglas** que deben orientar el ejercicio del control de legalidad de los actos administrativos disciplinarios:

.- No hay restricciones a la facultad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para enjuiciar los actos de naturaleza disciplinaria.

.- La actividad administrativa disciplinaria comprende una función especializada, regida por normas y procedimientos propios, en la que los principios que informan el derecho al debido proceso y a la defensa cobran significativa importancia, por esta misma razón, el acto administrativo disciplinario tiene una connotación especial.

.- El funcionario titular de la acción disciplinaria, dada la autonomía e independencia del ejercicio de la autoridad que ejerce, puede hacer uso de las reglas de interpretación de las normas jurídicas, actuando dentro de unos límites impuestos por la Constitución y la Ley, dentro del mismo criterio de autonomía funcional que el mismo legislador le autoriza.

.- La Presunción de Legalidad que se predica de todo acto administrativo, adquiere particular relevancia frente al acto sancionatorio disciplinario, pues éste ha sido el resultado de un procedimiento disciplinario, con etapas, partes, formulación de cargos, descargos, etapa probatoria, fallo, etc.

.- El control judicial contencioso administrativo del acto administrativo disciplinario no puede constituir una instancia más dentro de la actuación; el mismo, tiene por finalidad verificar si la interpretación jurídica efectuada por el titular de la acción disciplinaria se enmarcó dentro de los parámetros hermenéuticos, o si excedió los límites de la actividad disciplinaria.

.- La interpretación y aplicación de la ley, son un ejercicio de la autonomía funcionalmente conferida al servidor que tiene el poder disciplinario.

² Como lo señala el profesor Gaston Jeze, en su obra “Los principios Generales del Derecho Administrativo”, “Una buena organización política y administrativa debe someter a un control jurisdiccional todas las manifestaciones de voluntad de los gobernantes y de los agentes. Los administrados, los gobernadores deberían siempre tener a su alcance un recurso que les permitiese el control de la legalidad de los actos de los gobernantes y de los agentes, ejercitado por autoridades organizadas jurisdiccionalmente y con facultad para decidir según formas jurisdiccionales. El control jurisdiccional es el único que ofrece serias garantías”. (pág. 205. Axel Editores. 2010).

La jurisprudencia de la Corporación ha señalado, retomando la doctrina francesa, que el ejercicio de cualquier potestad administrativa, inclusive la de naturaleza discrecional, debe respetar el bloque de legalidad o juridicidad. Así se ha precisado:

“Pues bien, dentro de ese bloque de legalidad o de juridicidad que, en últimas, constituye el límite último a ser respetado en el ejercicio de cualquier potestad administrativa —sea ésta reglada o discrecional—, quizás los parámetros de control judicial que no resultan reconducibles a alguno de los antes referidos elementos reglados del acto administrativo y que han venido a convertirse, sin duda, en una de las más poderosas herramientas de fiscalización de la actividad de los poderes públicos, especialmente al amparo de una Constitución Política como la colombiana de 1991, cargada con tan elevados componentes axiológicos y finalísticos, son los **principios generales del Derecho** y en particular los **principios que rigen la función administrativa**, en relación con cuya virtualidad como técnicas de control de la actividad administrativa, incluso respecto de aquella que se despliega cuando se ejercen facultades discrecionales² y recalcando su incorporación al ordenamiento jurídico por vía del artículo 230 constitucional, más allá de que, en ocasiones, algunos de esos principios alcancen a ser plasmados de manera expresa en una norma de derecho positivo(...)”. (**Sentencia del 5 de junio de 2008, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, M.P.: Dr. Mauricio Fajardo Gómez**).

.- El control de legalidad del acto no autoriza *per se*, la imposición de un criterio de interpretación y valoración diferente, ello sólo es posible en los casos en los que la decisión desborde los límites que imponen la Constitución y la ley.

.- El examen de legalidad del acto no es un juicio de corrección sino de validez.

.- Por la especificidad de la actuación administrativa disciplinaria, la carga argumentativa y probatoria para quien alega la ilegalidad del acto administrativo sancionatorio es mayor.

.- En principio, no resulta viable extender a esta jurisdicción el debate probatorio de la instancia disciplinaria, toda vez que la interpretación y aplicación de la ley, así como la valoración probatoria, son un ejercicio de la autonomía funcionalmente conferida al servidor que tiene el poder disciplinario; sin embargo, ello dependerá de que la decisión sancionatoria desborde los límites que imponen la Constitución y la ley.

.- Resulta imposible anular el acto administrativo disciplinario frente a mínimos defectos del trámite procesal.

.- La omisión en el cumplimiento de las normas que garantizan el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción y que afecte la validez y legalidad de la providencia sancionatoria, conlleva la declaratoria de su nulidad.

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, corresponde a la Sala determinar, si en la determinación de la responsabilidad disciplinaria del actor por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los concejales municipales, resultaba aplicable el principio de favorabilidad en materia disciplinaria previsto en el artículo 14 de la Ley 734 de 2002.

3.- El acto demandado.

Lo constituye la decisión de segunda instancia No. 038 de 14 de noviembre de 2005, proferida por la Procuraduría Regional de Nariño, mediante la cual se revocó la Resolución No. 0036 de 14 de octubre de 2005 que había absuelto de responsabilidad disciplinaria al actor, y en su lugar, ordenó sancionarlo disciplinariamente con DESTITUCION del cargo e INHABILIDAD para el desempeño de funciones públicas por el término de diez (10) años por incurrir en la falta gravísima prevista en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, es decir, actuar a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley.

Como fundamentos de la sanción se aduce en la decisión disciplinaria de segunda instancia, lo siguiente:

“CONSIDERACIONES DE LA REGIONAL

(...)

3.3.2.- EL PRINCIPIO RECTOR DE LA FAVORABILIDAD, OBLIGA A QUE EN ESTE CASO NO SE TENGA EN CUENTA LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 86 DE LA LEY 617 DE 2000.-

Pese a que inicialmente el Procurador Provincial señala que "... la elección del señor Otalivar Potosí se realizó en el mes de octubre de 2000, la aplicación de la Ley 136 de 1994 en esta materia mantiene total vigencia, pues debemos recordar que fue la misma Ley 617 la que dispuso su aplicación a las elecciones de 2001 en adelante..." (fs. 227), seguidamente se expresa que "... en tratándose de un tema punitivo, el principio de favorabilidad impone aplicar lo menos restrictivo y desfavorable en la situación planteada. Es decir que al desaparecer la incompatibilidad, desaparece también la responsabilidad que pudiere recaer sobre sus servidores que pudieron incurrir en la vulneración del régimen previsto en ley anterior.." (fs. 229).

De lo que debe partirse necesariamente es de lo preceptuado en el artículo 86 de la Ley 617 de 2000:

"Régimen de transición para el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades a los cuales se refiere la presente ley, regirá para las elecciones que se realicen a partir del año 2001".

(...)

Si ello es así y si se atiende lo dispuesto en los artículos 52 y 53.1 del Código de Régimen Político y Municipal (Ley 4 de 1913), que subrogaron los artículos 11 y 12 del C.C.C(5)(sic), no cabe ninguna duda respecto a que las disposiciones en materia de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 617 de 2000, por expreso mandato de su artículo 86, únicamente se aplican a partir de los comicios que se celebraron en el año 2001 operando en esa regulación concreta aquella libertad del legislador, a quien, como dice la Corte Constitucional, le compete valorar la realidad social, política, económica, etc, para poder determinar la fecha en que han de entrar a regir las disposiciones que expide.(6)

(...)

No se trata de discutir ni la vigencia, ni mucho menos la importancia del principio de favorabilidad, como que es una de las garantías del sometido al jus puniendi que se halla constitucionalmente consagrada, sino de destacar que tal disposición rectora no puede ser aplicada cuando en uno de los cuerpos normativos cuya comparación se efectúa, se determina de manera expresa desde cuándo comenzarán a regir sus mandatos, sin que, por tanto, pueda hablarse jurídicamente de una coexistencia de dos preceptos, posición ésta que es la de la recurrente y que el Despacho acoge, más aún si se atiende la teleología(43) de las reglas, cual es, se insiste, la de evitar que en un determinado momento se utilicen las prerrogativas propias de una investidura para favorecer intereses de terceros o propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública.

La Corte Constitucional sostiene que

“...el principio de favorabilidad está esencialmente concebido para resolver conflictos entre leyes que coexisten de manera simultánea en el tiempo....”(44).

Lo que resulta imprescindible en el evento a estudio, si se atiende la circunstancia relativa a la vigencia de los dos preceptos que se han comprado, o a la coexistencia de los mismos, a la que alude la Procuraduría Provincial, cuando cada uno establece de manera clara e inequívoca la época en la cual sus normas resultan aplicables.

Los anteriores son los argumentos fundamentales por los cuales la Procuraduría Regional no comparte el que la Provincial haya dado aplicación al principio de favorabilidad, el cual existe, según lo expuesto por la Comisión Especial Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación,

“...cuando varias disposiciones consagren consecuencias jurídicas diferentes y ello por virtud del tránsito de leyes en el tiempo, de manera que a un hecho hipotéticamente resultaría aplicables varias normas que se suceden o se solapan ...”(45)

(...)”.

En dicho acto, la Procuraduría, luego de analizar las pruebas allegadas dentro del proceso disciplinario, estableció que el señor Otalivar Potosí Arcos fungió como Concejal del Municipio de Leiva (N) entre el 11 de diciembre de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, fecha ésta última en la cual finalizó su período; que el Alcalde Hermes Sánchez Adrada, contrató con el exconcejal a efectos de que prestara sus servicios como Promotor de Salud de la IPS del Municipio de Leiva, según contrato 040 de 1 de marzo de 2004, posteriormente renovado; que el artículo 45 de la Ley 136 de 1994 establece que los concejales no podrán contratar con las entidades oficiales; que el artículo 47 ibídem establece que las incompatibilidades de los concejales cubren el lapso comprendido entre su elección y hasta seis (6) meses posteriores al vencimiento de su período, por lo que concluyó que *“el Alcalde Sánchez Adrada y el Concejal Potosí Arcos incurrieron culpablemente en la falta gravísima que se halla prevista en el ordinal 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, es decir, actuaron a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad previstas en la Constitución y en la ley”*, afirmó que el obrar fue intencional o doloso porque en el derecho disciplinario para que se presente esa modalidad de la conducta basta que la persona haya tenido conocimiento de la situación típica aprehendida en el deber que sustancialmente se ha infringido y haya captado que le correspondía actuar conforme al deber.

3. Análisis de la Sala

3.1. Las pruebas allegadas y los hechos demostrados

3.1.1.- Lo actuado dentro del proceso disciplinario.

En el expediente obran las siguientes pruebas documentales que corresponden a las actuaciones procesales desplegadas dentro de la investigación disciplinaria No. 113-2356 de 11 de mayo de 2005, adelantada por la Procuraduría Provincial

de Pasto (Nariño) contra Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos, dentro de las cuales se destacan, por su relevancia probatoria, las que a continuación se relacionan:

.- Queja disciplinaria presentada por Diana Karina Rojas Muñoz el 19 de abril de 2005 contra el señor Hermes Sánchez Adrada por haber celebrado contrato de prestación de servicios el 1 de marzo de 2004 con el exconcejal Otalivar Potosí Arcos, con el fin de compensar el apoyo político recibido durante la campaña electoral para la Alcaldía (fls. 1 a 10 cdo. anexo)

.- Actas Nos. 47 a 60 del Concejo Municipal de Leiva correspondientes a las sesiones realizadas entre el 10 de noviembre y el 18 de diciembre de 2003, de las cuales se desprende que el señor Otalivar Potosí Arcos fue concejal en dicho ente territorial durante dicho lapso (fls. 13 a 38 cuaderno anexo).

.- Informes presupuestales del segundo semestre del año 2003 del Municipio de Leiva (fls. 39 a 67 cuaderno anexo).

.- Contratos de prestación de servicios Nos. 040 y 082 celebrados el 1 de marzo y el 02 de mayo de 2004, respectivamente, entre el Municipio de Leiva y el señor Otalivar Potosí como Promotor de Salud de la IPS, comprobantes de egreso, certificados de disponibilidad y registro presupuestal, y certificados de cumplimiento a satisfacción de los referidos contratos, expedidos por el Centro de Salud San José. (fls. 68 a 82 cuaderno anexo).

.- Auto de 11 de mayo de 2005, proferido por la Procuraduría Provincial de Pasto, por el cual se da inicio a la indagación preliminar disciplinaria en contra del actor (fls. 93 y 94 cuaderno anexo). El auto anterior fue notificado personalmente al actor el 06 de junio de 2005 por conducto del personero municipal de Leiva (fl. 104 cuaderno anexo).

.- Acta de Posesión del señor Hermes Sánchez Adrada como Alcalde Municipal de Leiva (Nariño) de 1 de enero de 2004 (fl. 107 cuaderno anexo).

. Acta de Posesión del señor Otalivar Potosí Arcos como Concejal del Municipio de Leiva -segundo renglón en la lista 202-, de 11 de diciembre de 2002. (fl. 113 cuaderno anexo).

.- Auto de 15 de septiembre de 2005, proferido por la Procuraduría Provincial de Pasto, por el cual se adecúa el procedimiento disciplinario al trámite del proceso especial verbal regulado por el artículo 175 y ss. De la Ley 134 de 2002 y se cita al actor a audiencia verbal para que responda por los cargos de violación del régimen de incompatibilidades de los concejales, al contratar los servicios personales del señor Otalivar Potosí Arcos, los días 1 de marzo y 2 de mayo de 2004, estando dentro de los seis meses posteriores al vencimiento del periodo en el que se desempeñó como concejal del mismo Municipio, incurriendo en falta gravísima. (fls. 121 a 127 cuaderno anexo). El auto anterior fue personalmente notificado al actor el 15 de septiembre de 2005 (fl. 138 cuaderno anexo).

.- Audiencia Pública de versión libre y decreto de pruebas de 26 de septiembre de 2005 (fls. 148 a 152 cuaderno anexo), en la cual el actor manifestó lo siguiente:

"Nosotros basándonos en la Ley 617 del año 2000 su artículo 43 y basándonos en la escacés(sic) de personal de nuestro municipio para esta

actividad buscamos al señor OTALIVAR POTOSI ARCOS para que se desempeñara como promotor durante un tiempo mientras que conseguíamos un Auxiliar de Enfermería. En dicha ley dice que las inhabilidades e incompatibilidades de los concejales terminan con la finalización de su periodo y también basándonos en la vigencia de la ley que es a partir del 6 de octubre del año 2000, de esta manera fue como procedimos a hacer el contrato o la prestación de servicios del señor OTALIVAR POTOSI. Creemos nosotros que estamos obrando dentro de las normas legales para hacer este procedimiento. Eso es todo”.

.- Declaración testimonial del señor Michael Benavides Medina, de 28 de septiembre de 2005, en la cual manifestó:

“Presté mis servicios como jurídico y mediante contrato de prestación de servicios a partir del primero de febrero del año 2005. Sobre la contratación del señor OTALIVAR POTOSI ARCOS no tengo conocimiento por cuanto en ese tiempo estaba de Asesor Jurídico el doctor GUSTAVO CORAL (...)” (fl. 159 cuaderno anexo).

.- Declaración testimonial del señor Juan Carlos Rivas Zúñiga de 4 de octubre de 2005, en la cual manifestó (fls. 168 y 169 cuaderno anexo):

“CONTESTO: Se solicitó el Promotor porque era supremamente necesario, porque en el pueblo se carece de agua potable y en ese momento no había una persona por decir que pudiera suministrar ese cargo, era el más... el único que podía desempeñar el cargo en la vereda Puerto Nuevo. Además él carecía de bajos recursos y la comunidad lo solicitamos, inclusive a él se le ... fue una persona a la cual el río se le llevó la casa, no tenía recursos para sobrevivir, eso fue... lo del invierno, eso fue diitas ya, como en el 2003 más o menos y el promotor lo solicitamos en febrero del 2004. (...)

.- Declaración testimonial del señor Gilberto Rivas de 4 de octubre de 2005, en la que manifestó (fls. 170 y 171 cuaderno anexo):

“CONTESTO: Primero que todo ese muchacho fue nombrado desde 1995 como promotor que la Administración de la Alcaldía de Leiva lo mandó a hacer un curso, me parece que a San Lorenzo, y ahora fue nombrado, fue pedido por la comunidad, se hizo un oficio en febrero del 2004 y fue nombrado como promotor de salud. Este muchacho entró a trabajar en marzo y trabajó me parece como cuatro meses. (...)

.- Declaración testimonial del señor José Mauricio Caicedo Portilla de 5 de octubre de 2005, en la que manifestó (fls. 172 a 174):

“CONTESTO: yo no era asesor sino el coordinador local de salud, a mi se dirigían las comunidades a comentarme sus necesidades y si obviamente participé en la designación del personal cuando éste ya había sido contratado, o sea yo como coordinador local de Salud asignaba las áreas donde ellos iban a trabajar, al amigo en mención OTALIVAR POTOSI por el hecho de su domicilio lo ubicamos en la zona de Puerto Nuevo y los alrededores(sic), las áreas de influencia de cercanías de Puerto Nuevo que van desde Mamaconde donde hay un caserío que se denomina así, hasta

Sachamates que es otra de las veredas cercanas a Puerto Nuevo, esto queda en la vía hacia el municipio. Yo no era encargado de jefe de personal, no eran mis funciones el realizar los contratos, yo simplemente miraba las capacidades y aceptaba la persona de acuerdo a los estudios que ellos tenían, el señor OTALIVAR dentro de esta comunidad era prácticamente era el que más dominaba los conocimientos en salud. (...) PREGUNTADO: Sabe usted con qué criterio se seleccionó al señor OTALIVAR como contratista del municipio en el objeto por él desarrollado el año anterior. CONTESTO: Básicamente él era una persona capacitada en salud, tenía conocimientos en salud, él hizo un curso creo que fue en El Tambo en capacitación, la solicitud obviamente de la comunidad y no había otra persona en ese sitio que estuviera disponible (...)

.- Versión libre del señor Hermes Sánchez Adrada de 5 de octubre de 2005 en la que manifestó (fls. 177 a 178):

"(...) Nosotros hicimos las diferentes consultas con varios abogados, entre ellos la doctora DIANA ONOFRE, el doctor GERARDO JURADO y el asesor jurídico del municipio en ese momento que era el señor GUSTAVO CORAL. Es más, hay un concepto por escrito del doctor GUSTAVO CORAL informándonos de que se podía nombrar al señor OTALIVAR POTOSI, basándose en la Ley 617 la cual dice que los concejales terminan sus inhabilidades e incompatibilidades con la finalización de su período, la copia de ese concepto la voy a anexar a este expediente para que sea tenida en cuenta. Toda nuestra actuación siempre ha sido de buena fe y con el fin de beneficiar a nuestra comunidad. Quiero acogerme o quiero que se me tenga en cuenta o que se me acoja con la ley 617 ya que esta ley rige a partir del 6 de octubre del año 2000 y quiero acogerme también al principio constitucional de la favorabilidad basados en la ley 617 ya que nos basamos en la ley 617 para hacer el contrato de prestación de servicios. No más (...)"

.- Declaración testimonial de la señora Ingrid Patricia Noguera de 5 de octubre de 2005, en la que manifestó (fl. 179):

"PREGUNTADO: Indique por favor quien prestaba las funciones de Promotor en Puerto Nuevo en el año 2004. CONTESTO: OTALIVAR POTOSI, el año pasado, pero no sé muy bien el mes. PREGUNTADA. Sabe como se seleccionó al señor POTOSI para esa función? CONTESTO: Porque la gente lo pidió, se necesitaba. PREGUNTADA: El año 2004 prestó usted algún servicio al municipio? CONTESTO: No señora. (...)"

.- Solicitud de concepto jurídico elevada por el actor en calidad de Alcalde de Leiva el 10 de febrero de 2004 al señor Gustavo Coral en calidad de Asesor Jurídico del mismo ente territorial, sobre la posible contratación del señor POTOSI, por cuanto él fue Concejal del Municipio de Leiva y terminó su periodo el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, es decir, 2003. (fl. 181).

.- Concepto jurídico de 20 de febrero de 2004 emitido por el Asesor Jurídico del Municipio de Leiva en los siguientes términos (fl. 182 cuaderno anexo):

“1. El artículo 47 de la Ley 136 de 1994, reza que: “las incompatibilidades de concejales municipales tendrán una vigencia hasta seis (6) meses después de la terminación del periodo constitucional respectivo”.

2. Este artículo fue modificado por el artículo 43 de la Ley 617 de 2000 de la siguiente manera: “las incompatibilidades de los concejales municipales tendrán vigencia hasta la terminación del periodo constitucional respectivo”.

Por lo anterior, el Señor Otalivar Potosí se encuentra habilitado para contratar con el Municipio de Leiva a partir del primero (1) de enero de 2004 y Usted puede por lo tanto, utilizar sus servicios como Promotor de Salud de las veredas Veredas Puerto Nuevo, Sachamates y Mamaconde.

Espero que esta información sea de su utilidad y pueda así solucionar ese grave problema de salud que se presenta en la Vereda Puerto Nuevo.”

.- Audiencia pública de alegatos de conclusión de 7 de octubre de 2005, en la que el apoderado del actor manifestó lo siguiente (fls. 211 a 213):

“(…) También quiero referirme sobre la normatividad que para este caso se debe tener en cuenta y que es la aplicable como es el contenido que al respecto lleva la Ley 617 de 2000 y no la normatividad de la ley 136 del 94, porque si bien la 617 menciona que la misma tendrá vigencia o aplicabilidad para las autoridades elegidas a partir del 2001 su interpretación sería o es que es para las autoridades elegidas con anterioridad y que realizarán o empezarán a cumplir sus funciones a partir del 2001, la cual se encausa las actuaciones de mis patrocinados (...)”

.- Decisión de primera instancia No. 0036 de 14 de octubre de 2005, proferida por la Procuraduría Provincial de Nariño, mediante la cual se absuelve de responsabilidad disciplinaria a los señores Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos, Alcalde y Concejel del Municipio de Leiva (Nariño). (fls. 219 a 231 cuaderno anexo). La anterior decisión fue notificada en estrados al apoderado del actor (fl. 231).

.- Oficio 1486 de 18 de octubre de 2005, por la cual la Procuraduría Provincial de Pasto comunica a la quejosa la decisión de primera instancia, el cual fue recibido por la señora Diana Karina Rojas Muñoz el 19 de octubre de 2005 según consta en el referido documento (fl. 232).

.- Recurso de apelación interpuesto por la quejosa el 21 de octubre de 2005 contra la decisión de primera instancia (fls. 234 a 239 cuaderno anexo).

.- Auto de 25 de octubre de 2005 por el cual se concede el recurso de apelación interpuesto por la quejosa contra la decisión de primera instancia (fl. 240).

.- Decisión de segunda instancia No. 038 de 14 de noviembre de 2005, proferida por la Procuraduría Regional de Nariño, por la cual se revocó la Resolución No. 0036 de 14 de octubre de 2005 y se sancionó disciplinariamente al actor con Destitución del cargo e inhabilidad para el desempeño de funciones públicas por el término de diez (10) años (fls. 243 a 295 cuaderno anexo).

Los anteriores documentos, **respaldan la siguiente verdad procesal:**

.- Los hechos que dieron origen al proceso se relacionan con la presunta violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el artículo 47 de la Ley 136 de 1994, incurriendo de esta forma en falta disciplinaria tipificada en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, consiste en:

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

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

.-La decisión de primera instancia de 14 de octubre de 2005, proferida por la Procuraduría Provincial de Pasto, con fundamento en el principio de favorabilidad absolvió al actor por considerar que al desaparecer la incompatibilidad, desapareció la responsabilidad que pudiere recaer sobre los servidores que pudieron incurrir en la vulneración del régimen previsto en la ley anterior. De otra parte, expresó que se configuró la causal de exoneración del numeral 6 del artículo 28 del C.D.U., “convicción errada e invencible de que la conducta no constituye falta disciplinaria”.

Por su parte, la Procuraduría Regional de Nariño, en segunda instancia, mediante acto de 14 de noviembre de 2005, procedió a revocar la decisión de primera instancia y a sancionar al actor, al considerar que incurrió en la falta gravísima del numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 en la modalidad dolosa, por actuar a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad previstas en la Constitución y en la ley, para lo cual, dio aplicación al artículo 47 de la Ley 136 de 1994, sin tener en cuenta que el mismo, para la fecha de los hechos (1 de marzo de 2004), había sido modificado por el artículo 43 de la Ley 617 de 2000.

3.1.2.- Actuación posterior al proceso disciplinario:

a).Cumplimiento de la sanción disciplinaria impuesta al actor. Mediante Decreto 2259 de 29 de diciembre de 2005, el Gobernador del Departamento de Nariño hizo efectiva la sanción de Destitución del cargo e inhabilidad para el desempeño de funciones públicas por el término de diez años impuesta al actor en su calidad de Alcalde Municipal de Leiva, periodo 2004-2007; procedió a designar Alcalde mientras se surtía el proceso electoral, y convocó, el día 26 de febrero de 2006, a elecciones para Alcalde Municipal de Leiva (fls. 374 a 375 cuaderno anexo).

b).- La Revocatoria Directa de la sanción disciplinaria impuesta al actor. Durante el trámite del presente proceso y con posterioridad a la notificación personal del auto admisorio de la demanda (fl. 362), la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa mediante **acto administrativo de 26 de septiembre de 2006 (fls. 525 a 533)** procedió a revocar la sanción disciplinaria impuesta al actor el 14 de noviembre de 2005, al considerar que la disposición del artículo 47 de la Ley 136 de 1994 no resultaba aplicable de acuerdo con el principio de favorabilidad, porque en materia disciplinaria la ley permisiva o favorable (Ley 617 de 2000, artículo 43), aun cuando sea posterior, debe aplicarse de preferencia a la restrictiva o desfavorable; así las cosas, concluyó que *“la eventual irregularidad que se le imputa a los implicados, no tendría respaldo legal a la luz del precepto transcrito en razón a que, al*

vencimiento de su período, podía vincularse al Municipio mediante contrato, pues, su extensión ya no se haría seis meses después”.

Como consecuencia de la decisión anterior, el señor Hermes Sánchez Adrada se reintegró al cargo de Alcalde del Municipio de Leiva el 15 de febrero de 2007 hasta la finalización del periodo institucional el 31 de diciembre de 2007 de acuerdo con lo informado por la Secretaria General de la Alcaldía Municipal de Leiva mediante oficio de 19 de septiembre de 2008 allegado al folio 637 del expediente.

En este orden, aclara la Sala que a pesar de que el acto demandado dejó de existir por efectos de la revocatoria directa realizada el 26 de septiembre de 2006, resulta imperativo emitir pronunciamiento en torno a su legalidad, en atención a los efectos que pudo producir durante el tiempo en que estuvo vigente, toda vez que la revocatoria directa solo suerte efectos hacia el futuro y en tal sentido no cobijó las pretensiones resarcitorias que mediante la presente demanda persigue el actor, las cuales penden de la declaratoria de nulidad que del acto se produzca, al tenor del artículo 85 del C.C.A.

3.2. Análisis de los cargos

Como se indicó, le corresponde a la Sala determinar si la **decisión sancionatoria de segunda instancia de 14 de noviembre de 2005** proferida por la Procuraduría Regional de Nariño se encuentra viciada de nulidad por violación del debido proceso, en tanto que no tuvo en cuenta el principio de favorabilidad en materia disciplinaria al momento de establecer la responsabilidad disciplinaria del actor.

Advierte la Sala que dentro del proceso disciplinario, el actor tanto en la diligencia de versión libre como en el alegato de conclusión, solicitó al órgano de control disciplinario dar aplicación al principio de favorabilidad en la interpretación de las normas sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los concejales, en consideración a que el artículo 47 de la Ley 136 de 1994 fue modificado por el artículo 43 de la Ley 617 de 2000, y en consecuencia, la prohibición que recaía en el señor Otalivar Potosi Arcos en calidad de ex concejal del Municipio de Leiva, para contratar con dicha entidad territorial, dentro de los seis (6) meses siguientes al vencimiento del periodo respectivo, habría desaparecido al momento de la celebración de los contratos de prestación de servicios 040 y 082 de 1 de marzo y 02 de mayo de 2004, respectivamente.

Sobre tal planteamiento, la Procuraduría Regional de Nariño, en el acto demandado, consideró que el artículo 47 de la Ley 136 de 1994 no fue derogado por la nueva ley sino simplemente modificado por lo que mantenía su vigencia con los “aditamentos” introducidos por el artículo 43 de la Ley 617 de 2000; expresó que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el nuevo ordenamiento, -Ley 617 de 2000-, sólo podía ser aplicado respecto de los comicios que se realizaran a partir del año 2001; respecto a la aplicación del principio de favorabilidad, sostuvo: *“No se trata de discutir ni la vigencia, ni mucho menos la importancia del principio de favorabilidad, como que es una de las garantías del sometido al jus puniendi que se halla constitucionalmente consagrada, sino de destacar que tal disposición rectora no puede ser aplicada cuando en uno de los cuerpos normativos cuya comparación se efectúa, se determina de manera expresa desde cuándo comenzarán a regir sus mandatos, sin que, por tanto, pueda hablarse jurídicamente de una coexistencia de dos preceptos, posición ésta que es la de la recurrente y que el Despacho acoge, más*

aún si se atiende la teleología(43) de las reglas, cual es, se insiste, la de evitar que en un determinado momento se utilicen las prerrogativas propias de una investidura para favorecer intereses de terceros o propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública". (Subraya la Sala). Así pues, la entidad concluyó que no debía darse aplicación al principio de favorabilidad porque no se presentaba la coexistencia de normas cuando cada una establecía de manera clara e inequívoca la época en la cual sus normas resultaban aplicables.

Para la Sala resulta claro que la decisión sancionatoria de segunda instancia incurrió en violación al debido proceso por desconocimiento de los principios de legalidad y favorabilidad en materia disciplinaria, toda vez que en el análisis de la conducta desplegada por el actor para imputar la falta gravísima consistente en "actuar u omitir a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad...", el órgano disciplinario omitió dar aplicación a la ley permisiva o favorable como lo ordena el artículo 14 de la Ley 734 de 2002³.

Lo anterior, por cuanto, en lo atinente a la **duración de las incompatibilidades de los concejales municipales**, la Procuraduría Regional de Nariño, decidió aplicar el artículo 47⁴ de la Ley 136 de 1994 que establecía una duración de las incompatibilidades hasta de seis (6) meses posteriores al vencimiento del periodo respectivo, y no el artículo 43⁵ de la Ley 617 de 2000, según el cual, las incompatibilidades tenían vigencia hasta la terminación del periodo constitucional respectivo, resultando más permisiva o favorable en cuanto que al amparo de la misma, la prohibición para celebrar los contratos de prestación de servicios Nos. 040 y 082 de 1 de marzo y 2 de mayo de 2004 respectivamente, había dejado de existir.

Así las cosas, la Sala considera que la conclusión a la que llegó el funcionario investigador se aparta de principios rectores de carácter imperativo dentro del trámite del proceso disciplinario, lo cual, claramente afectó las garantías del derecho al debido proceso del actor, en tanto que al no dar aplicación a la norma permisiva o favorable, el actor fue considerado responsable de la comisión de una falta disciplinaria gravísima que dio lugar a la imposición de la sanción de destitución del cargo e inhabilitación para el ejercicio de funciones por el término de diez (10) años.

³ "Artículo 14. En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Carta Política."

⁴ "Artículo 47. Las incompatibilidades de los concejales tendrán vigencia desde el momento de su elección y hasta seis meses posteriores al vencimiento del período respectivo. En caso de renuncia, dichas incompatibilidades se mantendrán durante los seis meses siguientes a su aceptación, salvo para ser nombrado en el cargo de Alcalde Municipal por Decreto cuando las circunstancias lo exigieren. Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión".

⁵ Artículo 43.- Duración de las incompatibilidades. El Artículo 47 de la Ley 136 de 1994 quedará así:
"Artículo 47.- Duración de las incompatibilidades. Las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.
Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión".

Estima la Sala pertinente destacar que para el momento en que ocurrieron los hechos por los cuales se investigó disciplinariamente al actor, a saber, el 1 de marzo de 2004 y 2 de mayo de 2004, se encontraba vigente el artículo 43 de la Ley 617 de 2000 que eliminó la extensión de las incompatibilidades por el término de seis (6) meses, y al amparo de la cual, no existía prohibición para que el actor hubiera contratado al ex concejal después de vencido su periodo, norma que por lo tanto resultaba más permisiva o favorable que el artículo 47 de la Ley 136 de 1994 sobre el cual, la Procuraduría estableció la existencia de la conducta disciplinaria por la cual fue sancionado el actor.

Bajo estos supuestos, a juicio de la Sala en la decisión de segunda instancia de 14 de noviembre de 2005, la Procuraduría Regional de Nariño vulneró los principios de legalidad y favorabilidad del demandante, porque la aplicación del artículo 47 de la Ley 136 de 1994, con el fin de atribuirle al actor la comisión de la falta gravísima prevista en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 “actuar a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad” hacía desfavorable la situación del actor, siendo el deber del órgano disciplinario, dar prevalencia a la favorabilidad, por tratarse de un principio rector de la actuación disciplinaria que cobra mayor relevancia en el ámbito del derecho sancionador.

En relación con los principios de favorabilidad y legalidad en materia disciplinaria, la Corte Constitucional⁶ en sentencia C- 692 de 9 de julio de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, precisó:

“El debido proceso en disposiciones de derecho disciplinario. Principios de legalidad y favorabilidad.

3. Esta Corporación ha señalado que el derecho disciplinario constituye una forma de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado y, como tal, debe estar fundado en principios y valores constitucionales y asegurar en todo momento la vigencia de los elementos propios de la garantía del debido proceso. En ese mismo orden, ha considerado que en tratándose de una forma de ejercicio del ius puniendi, la persona investigada o juzgada disciplinariamente tiene derecho a gozar de las mismas garantías que estructuran el derecho penal, tales como el principio de legalidad y de favorabilidad.

Como elementos constitutivos de la garantía del debido proceso en materia disciplinaria, se han señalado, entre otros, “(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la reformatio in pejus.”

⁶ Ver, entre otras, las sentencias C-124 de 2003 (M.P. Jaime Araujo Rentería), C-383 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), C-818 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), C-592 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

4. En lo que se refiere al principio de legalidad, la Corte ha señalado que su carácter imperativo en materia disciplinaria, deviene de la aplicación de varias disposiciones constitucionales. Específicamente, ha previsto que el mismo encuentra consagración en la Constitución, “[e]n primer lugar, en los artículos 6° y 29 que establecen que los servidores públicos no pueden “ser juzgados sino conforme a las leyes preexistentes”, y que “sólo son responsables por infringir la Constitución y la ley”. En segundo término, al disponer los artículos 122 y 123 que los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones se someterán a los comportamientos descritos en la Constitución, la ley y el reglamento y que, en todo caso, “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento”. Y, finalmente, en el artículo 124 que le asigna al legislador la potestad normativa para crear, modificar o derogar el régimen de responsabilidad al que se someten los servidores del Estado. Esta última norma dispone que: “la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”.

Así mismo, ha sostenido la Corte que, en virtud de dicho principio, las autoridades administrativas sólo pueden imponer sanciones en aplicación de normas preexistentes, en las que se consagran claramente las conductas que constituyen falta disciplinaria, así como las sanciones que se derivan como consecuencia. Contrario sensu, en la imposición de sanciones, la autoridad respectiva no puede aplicar normas en forma retroactiva, salvo la garantía del principio de favorabilidad, que debe ser analizado en cada caso concreto.

Por otra parte, de conformidad con los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887, la Corte ha definido que las normas preexistentes a que se refiere el principio de legalidad son las normas de carácter sustantivo, las cuales determinan las conductas calificadas como faltas, así como las sanciones que deben ser impuestas. No se pueden asimilar, por el contrario, a disposiciones de carácter procesal, respecto de las cuales opera, por regla general, el principio de aplicación inmediata.

5. Teniendo como base la misma garantía del debido proceso en el derecho disciplinario, la Corte ha considerado obligatorio el respeto del principio de favorabilidad, de conformidad con el cual la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplica de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Frente a este punto, ha advertido que aún cuando el artículo 29 de la Constitución se refiere a la aplicación del principio en “materia penal”, ello “(...) no impide que el legislador lo extienda a otros ámbitos del derecho sancionador, como el disciplinario. Tampoco conduce a que el juez deba interpretar restrictivamente esta garantía, que tiene pleno sentido y especial relevancia dentro de un estado social de derecho en otros contextos punitivos diferentes al penal.”

Así mismo, ha precisado la Corte que el principio de favorabilidad es imperativo respecto de normas sustantivas y procesales en la misma

medida. De esta forma, "tanto en materia sustantiva como procesal, las disposiciones más favorables al inculpado deben aplicarse de manera preferente, aunque el régimen transitorio determine en principio cosa diversa."

6. Conforme a las anteriores consideraciones, i) en el derecho disciplinario resultan plenamente aplicables las garantías que integran el debido proceso, dentro de las que se destacan el principio de legalidad y favorabilidad; ii) el principio de legalidad impone que las conductas sean juzgadas conforme con normas sustantivas preexistentes y; iii) el principio de favorabilidad supone la aplicación de la norma más favorable al investigado o juzgado, aún cuando sea posterior e independientemente de que sea sustantiva o procesal."

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, la Sala dará por probado el cargo de violación al debido proceso del actor por desconocimiento de los principios constitucionales de legalidad y favorabilidad, en lo que se refiere a la imposición de la sanción de destitución del cargo e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de 10 años impuesta por la Procuraduría Regional de Nariño en decisión de segunda instancia de 14 de noviembre de 2005.

Se considera entonces que la parte actora logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto disciplinario sancionatorio. La prosperidad de dicho cargo impone la declaratoria de nulidad del acto demandado y releva a la Sala del análisis de los restantes cargos formulados.

Por tal razón, se confirmará la decisión del Tribunal en cuanto declaró la nulidad del acto disciplinario sancionatorio de 14 de noviembre de 2005, por las razones expuestas en esta providencia.

.- Del restablecimiento del derecho.

Como quiera que la prosperidad del cargo de violación al debido proceso del actor por desconocimiento de los principios constitucionales de legalidad y favorabilidad traen como consecuencia la nulidad del acto demandado, le corresponde a la Sala ordenar el restablecimiento del derecho.

El actor pretende que como consecuencia de la declaratoria de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho se ordene el **reintegro** al cargo desempeñado, el **pago de los salarios y prestaciones sociales** y demás emolumentos dejados de devengar durante el tiempo de la sanción y hasta su reintegro, así como la reparación de los **perjuicios morales** estimados en quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

De las pruebas recaudadas se desprende que el actor estuvo retirado de su cargo por efectos del acto demandado, desde el 30 de diciembre de 2005 hasta el 14 de febrero de 2007⁷, toda vez que mediante acto administrativo de 26 de septiembre de 2006, la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, revocó directamente la sanción disciplinaria de 14 de noviembre de 2005 y el actor retornó al ejercicio del mandato, el 15 de febrero de 2007 hasta la finalización de su periodo, el 30 de diciembre del mismo año, razón por la cual, el restablecimiento del derecho deberá comprender estrictamente el periodo en el

⁷ Al folio 642 obra el acta de posesión del señor Hermes Sánchez Adrada como Alcalde Municipal de Leiva de 15 de febrero de 2007.

cual el acto demandado produjo los efectos jurídicos que lesionaron los derechos del actor.

a.- Del reintegro:

Como se sabe, la declaración de nulidad de un acto administrativo trae como consecuencia la invalidación o la abolición de la decisión allí contenida, esto es, desde el momento mismo en que ésta ha sido expedida, por los efectos ex tunc que produce una sentencia de tal naturaleza, retrotrayendo por lo tanto la situación al estado anterior, de suerte que si el efecto de la declaratoria de nulidad es que las cosas retornen a su estado inicial, entonces el reintegro del actor al cargo desempeñado en principio resultaría procedente.

No obstante, en el presente caso el reintegro encuentra un límite temporal que está dado por el vencimiento del periodo institucional⁸ de cuatro (4) años para el que fue elegido el actor -2004 a 2007-, razón por la cual el reintegro del demandante al cargo de Alcalde Municipal de Leiva actualmente se torna improcedente y en tal sentido dicha pretensión debe ser negada.

b.- Pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de recibir. Para obtener el restablecimiento pleno de los derechos del actor y no limitar los efectos de la declaratoria de nulidad del acto, es necesario reconocer los salarios y prestaciones sociales que dejó de devengar el actor como consecuencia de la sanción disciplinaria cuya nulidad se ordena, reconocimiento que debe comprender el lapso de tiempo que el actor permaneció retirado del servicio por efectos de la sanción, esto es, del 30 de diciembre de 2005 al 14 de febrero de 2007, toda vez que a partir del 15 de febrero de 2007 el actor retornó al ejercicio del mandato, hasta la finalización de su periodo como quedó demostrado en la presente actuación y se anotó anteriormente. Las sumas que se reconozcan deberán ser indexadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 178 del C.C.A., y deberán efectuarse los respectivos descuentos que por concepto de aportes a la seguridad social debía realizar el actor durante dicho periodo. En tal sentido, se confirmará la condena impuesta en el numeral segundo de la sentencia impugnada.

.- De los perjuicios morales:

El Tribunal condenó a la demandada a pagar por concepto de perjuicios morales cien salarios mínimos legales mensuales, equivalentes a \$46.150.000 por considerar que los mismos fueron demostrados en el proceso debido al desprestigio de su nombre y la estigmatización por la sanción.

Como motivo de censura, la Procuraduría afirma que no es comprensible la imposición máxima de perjuicios morales con apoyo en unas declaraciones testimoniales contradictorias de dos personas que ni siquiera residen en el Municipio de Leiva donde tiene su domicilio el demandante (fls. 687 y 688).

Al respecto, se tiene que para demostrar la existencia de perjuicios morales, el actor solicitó el testimonio de los señores JULIO CAICEDO MONTENEGRO, GUILLERMO GARCIA REALPE, LUIS MICHEL BENAVIDEN(sic) MEDINA (fls. 416 y 417), los cuales fueron debidamente decretados por el Tribunal mediante

⁸ Artículo 314 de la C.N. "En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para periodos institucionales de cuatro (4) años, y no podrá ser reelegido para el período siguiente. (...)"

auto de 4 de junio de 2007 (fl. 539) y practicados en diligencia de 11 de julio de 2007 (fls. 558 a 565).

El testigo Guillermo García Realpe, al ser interrogado sobre los perjuicios morales padecidos por el actor con ocasión de la sanción disciplinaria impuesta, manifestó lo siguiente (fls.559 y 560):

“CONTESTO: El señor Sánchez Adrada ha sufrido graves perjuicios de orden moral y económico, en la parte de los perjuicios morales, la familia tuvo muchas dificultades y corrió con muchos riesgos por lo contencioso de la política en ese municipio, también por supuesto el personalmente sufrió porque se trataba de una endilgación pública que perjudica su imagen y la amenaza de salir de la posibilidad de ocupar cargos en su futuro, también se le frenó, prácticamente de manera irremediable irreversible, aunque luego regresó al cargo, su proyecto de programa de gobierno que el como alcalde asumió con su comunidad y perjuicios materiales también fueron muy significativos, pues tuvo que contratar profesionales para su defensa ante distintos despachos públicos en la misma procuraduría en las dos instancias regionales y en su reclamación ante la Procuraduría en Bogotá con no pocos viajes y desplazamientos con sus respectivos costos que los asumía de manera personal. También tuvo que defender su estabilidad en el cargo ante despachos como el Consejo Superior de la Judicatura, el Consejo de Estado, Corte Constitucional, igualmente en reiterados esfuerzos, viajes y acompañamientos de profesionales del derecho y por supuesto la vacancia por varios meses que produjo la ausencia de su respectivo sueldo. (...)PREGUNTADO: Sírvase manifestar si usted tiene conocimiento como fue tildado el señor Sánchez Adrada por la comunidad durante el término en que estuvo desvinculado del cargo de Alcalde Municipal. CONTESTO: La actividad política en Leiva ha llegado a situaciones de enfrentamiento por parte de los diferentes sectores y la destitución de Sánchez Adrada sirvió para el posicionamiento de un grupo contradictor y esto le causó graves molestias a él y a la familia y una destitución aún por motivaciones de interpretación y de técnica jurídica, siempre es calificada por la opinión pública como consecuencia de hechos de corrupción que no era el caso de Hermes Sánchez (...)”

Por su parte, el testigo Julio Cesar Caicedo Montenegro, sobre el mismo tema, manifestó lo siguiente (fls.562 y 563):

“CONTESTO: Por la relación política que hicimos con el señor Sánchez Adrada llegué a ser(sic) una amistad con él y parte de la familia al conocer el fallo de destitución, la familia del señor Sánchez tuvo que salir de su municipio por cuanto se estigmatizaba de que la sanción se hiciera en base malos manejos(sic) y razón por la cual tuvo que llevar incluso a uno de sus hijos a estudiar a Bogotá y al no tener como mantener a este joven estaba en problemas económicos para continuar con los estudios que estaba realizando en la escuela militar, la situación tanto del señor Sánchez Adrada como de su familia en el municipio fue muy difícil a raíz del fallo de destitución de su cargo, fuero de ello tuve conocimiento de que contrató a algunos abogados de la ciudad de Bogotá para que le defendieran en este caso y comentarios hechos por el señor Sánchez me enteré que la cuantía por honorarios era muy elevada, razón por la que económicamente estaba desmejorado. (...) CONTESTO: Los perjuicios que se le ocasionaron al señor Sánchez Adrada tanto a su familia como a él en su patrimonio económico y

los daños morales causados por esto no creo que se hayan resarcido por cuanto la estigmatización que se hizo de esta familia por el fallo fue grande en el municipio a sabiendas de que es un municipio muy beligerante en cuanto a cuestiones partidistas, cuestiones políticas, eso es todo. (...) PREGUNTADO: Sírvase manifestar si usted tiene conocimiento como fue tildado el señor Sánchez Adrada por la comunidad de Leiva así como por la comunidad en general respecto a la separación de su cargo y por este término. CONTESTO: El señor Sánchez Adrada a raíz de la separación de su cargo se tildaba con los más bajos epítetos por cuanto se decía que la destitución de este señor fue ocasionada por malos manejos de presupuesto municipal (...)"

En criterio de la Sala, le asiste razón al apelante en cuanto afirma que las declaraciones de los señores Guillermo García Realpe y Julio César Caicedo Montenegro no resultan suficientes para ordenar el reconocimiento de la indemnización a que se refiere el numeral tercero de la sentencia impugnada, toda vez que no dan cuenta del daño moral sufrido por el actor y como este no se presume, la Sala debe proceder a negar dicha pretensión.

En efecto, las declaraciones de los testigos resultan vagas, abstractas e imprecisas al discurrir sobre la aflicción, sufrimiento, congoja que padeció el actor con motivo de la sanción disciplinaria, pues en ellas tan sólo se realizan apreciaciones personales de los testigos, quienes se limitan a manifestar que el actor sufrió perjuicios porque la sanción afectó su imagen, buen nombre y trayectoria política, pero sin acreditar su concreción, es decir, sin discurrir sobre las expresiones de ese padecimiento, la situación de tristeza, el dolor sufrido, la gravedad de la aflicción, concretamente de qué manera se vio afectado el buen nombre, la imagen y vida política del actor, como incidió en su vida, en sus relaciones, en su familia, en general, como resultó afectada la órbita afflictiva del demandante, máxime si se tiene en cuenta que la sanción de destitución fue revocada directamente por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa el 26 de septiembre de 2006, circunstancia que le permitió al actor regresar al ejercicio de su mandato el 15 de febrero de 2007 y terminar su periodo, desvirtuándose lo manifestado acerca de la afectación del ejercicio de su actividad política.

Para que proceda el reconocimiento de la indemnización por concepto de perjuicios morales, la Corporación ha indicado que es necesario arribar al convencimiento del Juez de que existió un padecimiento que le fue causado con ocasión de la sanción y la publicidad que de ella se hizo, para que este funcionario, dentro de su discrecionalidad judicial, determine el dolor sufrido, la intensidad de la congoja, el derecho vulnerado, la valoración ponderada de lo que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción (de verse en la situación generada por la sanción) para que, una vez valorado, haga la tasación del "quantum" indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto⁹ y ello es justamente lo que no emerge del acervo probatorio, circunstancia que conduce a la Sala a revocar el reconocimiento de la indemnización ordenada por concepto de perjuicio morales.

⁹ Ver Sentencia de 4 de julio de 20013, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00206-00(0713-11); Sentencia de 13 de junio de 2013; N.I. 20771; M.P. Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

Tal entendimiento resulta consecuente con la posición recientemente reiterada por la Sala Plena¹⁰, en el sentido de señalar la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, el cual no se presume, sin embargo, en el presente caso, el actor se limitó a solicitar quinientos salarios mínimos legales mensuales por concepto de perjuicios morales, sin demostrar la aflicción causada por la destitución de que fue objeto.

En este orden de ideas, la Sala procede a revocar el numeral tercero que reconoció perjuicios morales al actor, por las razones que se dejaron expuestas y a confirmar en lo restante la sentencia impugnada.

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,

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMASE los numerales primero y segundo de la sentencia de 28 de noviembre de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, que decretó la nulidad de la decisión sancionatoria de segunda instancia No. 038 de 14 de noviembre de 2005, proferida por la Procuraduría Regional de Nariño mediante la cual se sancionó al actor con destitución del cargo e inhabilidad para el desempeño de funciones públicas por el término de diez (10) años y **ADICIONASE** lo siguiente:

ORDÉNASE a la Procuraduría General de la Nación que efectúe la correspondiente desanotación en sus registros de la sanción de destitución del cargo e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos impuesta al actor con ocasión del acto anulado.

SEGUNDO: REVOCASE el numeral tercero de la sentencia de 28 de noviembre de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, que ordenó el pago de los perjuicios morales al actor, en su lugar, niégase tal pretensión por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN (E)

¹⁰ Sentencia de 23 de agosto de 2012, Exp. 1800-12-33-1000-1999-00454-01 (24392), Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ