

PROCESO DISCIPLINARIO – Sanción destitución / ALCALDESA MUNICIPAL – Inhabilidad / INHABILIDAD – No se configura al no ser su cónyuge autoridad administrativa / INEXISTENCIA DE LA INHABILIDAD – Por la que fue sancionada la alcaldesa del Municipio de Ragonvalia / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Pago de salarios y prestaciones por el periodo de gobierno como alcaldesa

Como se advierte, el presidente del concejo municipal si bien tiene la connotación de servidor público, no tiene la calidad de funcionario público, y por ende no está investido de autoridad, jurisdicción, ni mando, razón por la cual de acuerdo con los precedentes reiterados de esta Corporación, la demandante no se encontraba inhabilitada para inscribirse, ser elegida y designada alcalde del municipio de Ragonvalia. Ahora bien, si en gracia de discusión se predicara que para el momento de la inscripción de la demandante como candidata a la alcaldía del municipio de Ragonvalia imperaba la posición excepcional vertida en la sentencia de 6 de abril de 2006 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, según la cual los presidentes de los concejos municipales tenían la calidad de funcionario público y ejercían autoridad administrativa, la Procuraduría no podía calificar su conducta de dolosa, porque incluso dos de los Magistrados que intervinieron en dicho proceso salvaron voto, y existían decisiones de la misma Sección y de la Sala Plena de dicha Corporación que decían lo contrario, razones que motivaron al señor agente del ministerio público ante el Tribunal Administrativo de Santander a conceptuar en dicho litigio la inexistencia de la inhabilidad.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 48

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00423-00(1596-11)

Actor: SANDRA ISBELIA CAICEDO CONTRERAS

Demandado: NACION - PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES.-

Llegado el momento de decidir y no observando causal de nulidad que invalide la actuación, procede la Sala a dictar sentencia, previos los siguientes:

ANTECEDENTES

SANDRA ISBELIA CAICEDO CONTRERAS por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó de esta Corporación, la nulidad de los siguientes actos administrativos:

a.) Resolución No. 035 de 29 de agosto de 2008, proferida por la Procuraduría Provincial de Cúcuta, por medio de la cual le impuso la sanción de destitución e inhabilidad para ejercer funciones públicas por 10 años.

b.) Decisión de 29 de octubre de 2008, proferida por la Procuraduría Segunda Delegada para Vigilancia Administrativa, mediante la cual se confirmó la sanción impuesta.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos acusados y a título de restablecimiento del derecho pretende se ordene su reintegro al cargo de Alcaldesa del Municipio de Ragonvalia, y en el evento en que resulte improcedente dicha solicitud, se ordene el pago de los salarios y prestaciones que dejó de percibir como consecuencia de la sanción.

Igualmente, pide que se le reconozcan perjuicios morales y de vida en relación, así como el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

HECHOS:

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones se resumen así:

El 28 de octubre de 2007 fue elegida Alcaldesa del Municipio de Ragonvalia – Norte de Santander para el periodo 2008-2011.

El candidato señor Jorge Andrés Rojas Pacheco no aceptó su derrota, por lo que además de demandar su elección ante el Juzgado Administrativo de Pamplona, la denunció penal y disciplinariamente por incurrir en presunta inhabilidad, la cual fundamentó en que su cónyuge se había desempeñado como Presidente del Concejo Municipal doce meses antes de su elección.

El Juzgado Administrativo de Pamplona mediante fallo de 27 de junio de 2008 denegó la nulidad del acto que la declaró electa, sentencia que fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander al desatar el recurso de apelación, pues no encontraron probado el vínculo matrimonial en el que el demandante fundamentó la inhabilidad.

La Procuraduría Provincial de Cúcuta, previo adelantamiento de proceso verbal, mediante la Resolución 035 de 29 de agosto de 2008, le impuso la sanción de destitución e inhabilidad para ejercer funciones públicas por 10 años. Decisión que fue confirmada el 29 de octubre de 2008, por la Procuraduría Segunda Delegada para Vigilancia Administrativa, y ejecutada por el señor Gobernador el 17 de diciembre de 2008, día en que fue separada del servicio, todo lo cual dio lugar a la convocatoria de nuevas elecciones.

No se encontraba inhabilitada, pues su actuar no se adecuó a la conducta descrita en el artículo 37 de la Ley 617 de 2000 que modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, pues el Consejo de Estado ya había reiterado que los Presidentes de los Concejos Municipales no son funcionarios del municipio y por ende no ejercen funciones administrativas. Además, ni incurrió en culpabilidad porque dicha Corporación de lo Contencioso Administrativo ya había establecido que los concejales no son funcionarios del municipio.

No obstante lo expuesto, la Procuraduría no le atendió a sus explicaciones, violando sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, posibilidad de acceder a cargos públicos, presunción de inocencia y principio de favorabilidad.

Las decisiones acusadas le han causado graves perjuicios materiales y de vida en relación, pues desde muy joven se ha dedicado a servir a la comunidad, viendo

frustrado su anhelo de ser la alcaldesa de su pueblo.

Además, el hecho de ser inhabilitada por 10 años, significó su muerte política y con ello la imposibilidad de acceder a cargos públicos, lo cual le ha generado tristeza y desesperanza.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

- Constitución Política: artículo 29.
- Ley 734 de 2002, artículos 4, 6, 9, 13, 14, 19, 20, 23, 73, 170.
- Ley 92 de 1938.
- Decreto 1260 de 1970, artículos 67, 68 101 y s.s.
- Ley 617 de 2000, artículo 37.
- Ley 136 de 1994, artículo 95.

Al explicar el concepto de la violación de la normatividad invocada expresa que con la expedición de los actos acusados se violaron las disposiciones Constitucionales y Legales antes citadas, en especial el derecho fundamental al debido proceso, en atención a que inadvirtieron los principios mínimos establecidos en la Ley 734 de 2002.

La inhabilidad por la que se le sancionó es la contenida en el artículo 37 de la Ley 617 de 200, que modificó el artículo 95 de la

Ley 136 de 1994, que establece que no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

“... 4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionario que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el

respectivo municipio.”

La causal transcrita exige los siguientes requisitos para que se consolide:

- Que exista vínculo matrimonial... con funcionario que dentro de los 12 meses anteriores a la elección... haya ejercido autoridad civil, política o administrativa o militar en el respectivo municipio...

Realizada la anterior precisión, el concepto de la violación se estructura así:

La sanción debe estar en directa correspondencia con el tipo disciplinario, los hechos y las pruebas (art. 4 C.U.D.), todo lo cual no ocurrió en el presente asunto.

En relación con el requisito exigido por la norma para la existencia de la inhabilidad, esto es, “... con funcionarios que dentro de los 12 meses anteriores a la elección... hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio ...”, el Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 20 de marzo de 2001, radicación PI-12157 determinó que los concejales no tienen la calidad de funcionario y por ende no ejercen autoridad civil, política o administrativa. Así lo precisó:

“...En este orden de ideas, para la Sala es claro que la voluntad del constituyente no fue clara en señalar la existencia de dos categorías diferentes: la de empleado y la de funcionario público. Por consiguiente, la determinación superior de excluir de la calidad de empleado público al concejal, debe interpretarse en un sentido amplio y excluir también el carácter de funcionario.”

Por su parte, la Sección Quinta de dicha Corporación reiteró que los presidentes de los concejos municipales si bien son considerados como servidores públicos, no son funcionarios ni empelados del Municipio, y por consiguiente no ejercen autoridad civil, política o administrativa, pues así lo señalan las sentencias de 14

de diciembre de 2001¹ y 4 de mayo de 2006².

También en sentencia de 13 mayo de 2005, señaló:

“... “la dignidad de Presidente del Concejo no le hace perder al servidor público su condición de Concejal con las consecuencias anotadas, pues sigue siendo miembro de la Corporación Pública, de modo que las funciones que desempeña en razón de esa dignidad las ejerce a título de concejal.”³

La Procuraduría fundamentó la decisión de sancionarla en el concepto de fecha 17 de septiembre de 2007, emitido por la Oficina Jurídica del Consejo Nacional Electoral al ciudadano José Noe Silva donde le indica, que de acuerdo con la sentencia No. 3765 de 6 de abril de 2006, de la Sección Quinta del Consejo de Estado, los presidentes de los concejos municipales ejercen autoridad administrativa, y por lo tanto inhabilita a quien tenga con él vínculos por matrimonio, para ser inscrito candidato y elegido alcalde del mismo municipio.

Verificada la sentencia citada por el Consejo Nacional Electoral en el concepto aludido, se corrobora que fue el fruto de una decisión dividida de la Sección Quinta, donde dos Consejeros, los doctores Jiménez Ochoa y Darío Quiñones salvaron su voto, y el desempate fue de un conjuer, es decir, ni siquiera los miembros de la citada Sección tenían la certeza de que los presidentes de los concejos municipales ejercían autoridad administrativa, posición que a los pocos días, en sentencia de 4 de mayo de 2006, fue cambiada y así sucesivamente hasta la fecha, pues basta leer las providencias de 4 de septiembre⁴ y 27 de noviembre de 2008⁵, donde reiteraron que desde la expedición del Decreto 3135 de 1968 y artículo 312 de la Constitución, los concejales, incluido el presidente son excluidos de la categoría de empleados públicos, por lo que no se les aplica la inhabilidad establecida en la Ley 617 de 2000. Así lo señaló:

¹ Consejo de Estado – Sección Quinta. Sentencia de 14 de diciembre de 2001, expediente 2749, Magistrado Reinaldo Chavarro. Sentencia de 24 de mayo de 2002, expediente 2866, Magistrado Darío Quiñones. Sentencia de 3 de marzo de 2005, expediente 3502, Magistrada María Nohemí Hernández.

² Consejo de Estado – Sección Quinta. Sentencia de 4 de mayo de 2006 expediente 2003-02691 (3830). Magistrado Filemón Jiménez Ochoa.

³ Consejo de Estado – Sección Quinta. Sentencia de 13 de mayo de 2005, expediente 3588. En similar sentido se había pronunciado en sentencia de 19 de enero de 1996, expediente 1490.

⁴ Consejo de Estado – Sección Quinta. Sentencia de 4 de septiembre de 2008, expediente 2007 00703 y 70201.

⁵ Consejo de Estado – Sección Quinta. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, expediente 2008-0000602.

“El concejal es un servidor público que no tiene la calidad de funcionario, claro está, en el alcance que esa expresión tiene en el régimen de inhabilidades para Diputado previsto en el artículo 33 de la Ley 617 de 2000, pues en el contexto normativo de dicho régimen tal calidad comprende las categorías de empleado público y de trabajador oficial, ninguna de las cuales corresponde a la de concejal, servidor público de la especie “miembros de corporación pública”

Y la calidad de “miembro de corporación pública” que le niega la condición de “funcionario” no se altera en modo alguno por el hecho de ocupar alguna dignidad de la mesa directiva de la respectiva corporación.

...

Además, de aceptarse que el Presidente del Concejo es un funcionario que ejerce autoridad administrativa o civil se resquebrajaría el orden jurídico en materia de inhabilidades de miembros de Corporaciones Públicas, pues ningún concejal que ocupe tal dignidad en el último año de su periodo podría ser reelegido ni podría aspirar a ser Diputado.

Como se advierte, los precedentes del Consejo de Estado no han sido uniformes, por lo que no se le podía atribuir que actuó con dolo o fraude a la Ley.

Al tener la certeza de que un concejal e incluso el presidente del concejo municipal no ejerce autoridad civil, política o función administrativa en el municipio conforme a la jurisprudencia mayoritaria del Consejo de Estado, incluso de la Sala Plena, no obró contrariando la Ley, por tanto no podía la Procuraduría afirmar que actuó con dolo fundamentada en una sentencia de la Sección Quinta que tuvo dos salvamentos de voto, cuya orientación fue variada por la misma Sección un mes después.

En ese orden, la Procuraduría entre dos interpretaciones opuestas sobre el tema, no podía escoger la que la perjudicaba para sancionarla, y al hacerlo, no le aplicó los principios de presunción de inocencia y favorabilidad, razón que implica la declaratoria de nulidad de los actos acusados.

Pero es más, los actos acusados no analizaron su culpabilidad, y por ello concluyó:

“...que la señora SANDRA ISBELIA CAICEDO CONTRERAS si se encontraba inhabilitada para ser elegida en el cargo de alcaldesa municipal de Ragonvalia, por haber ejercido su esposo JOSE JACINTO SANABRIA SANCHEZ, dentro de los doce meses anteriores a su elección la Presidencia del Concejo de ese municipio con funciones y autoridad administrativa, situación esta que respalda la atribución de la falta a título de dolo, pues al formar parte de la legislación nacional esta prohibición se reputa conocida por todos los habitantes del territorio y aún mediando ese conocimiento previo la disciplinada persistió en la transgresión de esta norma, razón por la cual el Despacho la sancionará con destitución del cargo”

De acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Código Disciplinario, está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, por lo que las faltas solo son sancionadas a título de dolo o culpa, que en este asunto no se presentó, por lo siguiente:

La culpabilidad es una carga argumentativa en el derecho disciplinario, donde se debe señalar en qué consiste el dolo, indicando las pruebas que lo sustentan, así como la conciencia y voluntariedad de la ilicitud, pues resulta vago utilizar frases sin soporte endilgándole que obró dolosamente, como la transcrita.

No tuvo en cuenta los descargos donde explicó las razones por las que no procedía la sanción, pues ante una inhabilidad objeto de interpretaciones diversas por parte del Consejo de Estado, sin explicación razonable, la Procuraduría le aplica la máxima y la inhabilita sin justificación.

Su comportamiento no puede considerarse como ilícito, pues como lo vino afirmando el Consejo de Estado, los concejales, incluyendo su presidente, no son funcionarios del municipio.

Para que se configure el dolo se requiere que la persona al momento de la supuesta falta, tenga conciencia de ilicitud de su comportamiento, situación que en su caso no se presentó, en consideración que al igual que los Consejeros de Estado doctores Filemón Jiménez Ochoa y Darío Quiñones, al salvar su voto a la sentencia proferida en el proceso 2004-0043901 (3765) promovido contra el

alcalde de Guaca, de la que se valió la Procuraduría para sancionarla, manifestaron su desacuerdo a la decisión, por estimar que los presidentes de los concejos municipales no se pueden considerar como funcionarios del municipio que ejerzan función administrativa.

En conclusión, su comportamiento no estuvo revestido de dolo, por cuanto no actuó con fraude a la Ley, pues las inhabilidades no admiten interpretaciones analógicas ni extensivas, y por eso las súplicas de la demanda deben prosperar.

De otro lado, tampoco probó el vínculo matrimonial con el señor José Jacinto Sanabria, quien se desempeñó como Presidente del Concejo del Municipio de Ragonvalia.

La partida eclesiástica de matrimonio no es una prueba idónea en los términos de los artículos 101 y 105 del Decreto 1260 de 1970, según los cuales, los actos y hechos relacionados con el estado civil de las personas ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938 se prueban con la copia de la partida o folio o con el certificado expedido con base en los mismos; y de acuerdo con el artículo 106 del citado Decreto, ninguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil sujetos a registro hace fe en proceso, ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no se ha inscrito, ni registrado en la respectiva oficina.

Tampoco es prueba idónea el registro civil de matrimonio que allegó el quejoso al proceso disciplinario, pues según el artículo 140 del Código Único Disciplinario, la prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales se tendrá por inexistente.

Si bien la inscripción en el registro civil de matrimonio la puede hacer cualquiera persona, lo cierto es que la Ley exige que se haga en el sitio donde se celebró.

El quejoso acudió a la Notaría del Círculo de Chinácota e hizo la inscripción del matrimonio, lugar distinto a donde se celebró, transgrediendo los artículos 68 y 72 del Decreto 1260 de 1970 que prevén que las actas de matrimonio de las

autoridades religiosas deberán inscribirse en la oficina de registro del estado civil del lugar de su celebración.

Lo anterior significa que dicha inscripción no es válida a la luz del artículo 102 del Decreto 1260 de 1970 que exige para que surta efectos, se haga con el lleno de los requisitos de Ley. Además, los artículos 103 y 104 *Ibíd*em, señalan que se presume la autenticidad de las inscripciones cuando se efectúan en debida forma; que son nulas las inscripciones cuando el funcionario actúa fuera de los límites territoriales de su competencia, por lo que de acuerdo con el artículo 106 del citado Decreto, ninguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil y capacidad de las personas, hace fe en proceso, ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no se ha inscrito en la respectiva oficina, salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiere la formalidad del registro.

Es desacertado afirmar como lo hizo la entidad demandada, que el registro de matrimonio es un documento público que se presume legal hasta que la autoridad judicial diga lo contrario, por cuanto según lo establecido en los artículos 103 y 106 del Decreto 1260 de 1970, como se explicó en el párrafo anterior, constituye una de las excepciones del principio de legalidad.

La Procuraduría se equivocó al valorar la prueba del vínculo matrimonial, pues inadvirtió que para ello debió utilizar los medios probatorios establecidos en la Ley, en razón a que la prueba del matrimonio es solemne y no puede suplirse con otras, ni siquiera con la confesión, testimonios o peritaciones.

En el municipio de Ragonvalia existe oficina de la Registraduría del estado Civil, prueba de ello es el acta de escrutinio que la declaró alcaldesa, y allí se lleva el registro del estado civil de las personas de dicho municipio, razón por la cual resulta errada la justificación que la Procuraduría dio al registro civil de matrimonio registrado por el quejoso en la Notaría de Chinácota, lugar diferente al sitio de celebración, circunstancia que genera por mandato de la Ley su nulidad.

Es incorrecto afirmar como lo hizo la Procuraduría, que no existe prueba que indique la inexistencia de esa relación matrimonial, al no tacharse de falsa la

partida eclesiástica y por presumirse legal el registro civil de matrimonio allegado, del cual no se allega prueba de que se haya decretado nulo. Con dicho proceder se vulneró el artículo 1º del C.U.D. según el cual a quien corresponde probar la falta disciplinaria es al investigador, pues el investigado está amparado por la presunción de inocencia.

Las pruebas allegadas no demuestran el vínculo matrimonial, razón por la cual debe decretarse la nulidad de los actos acusados.

Si lo anterior no es suficiente, por virtud de la sentencia T-562 de 2002 de la Corte Constitucional, la Procuraduría revocó una decisión de destitución fundamentada en que la elección había sido definida por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, como ocurrió en su caso, donde el Juzgado Administrativo de Pamplona y el Tribunal Administrativo de Norte de Santander declararon la legalidad de su elección al encontrar que no incurrió en la inhabilidad por la que la sancionó, razón adicional, para que siguiendo el precedente de tutela que transcribe, se decrete la nulidad de los actos acusados y se ordene el restablecimiento de sus derechos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Procuraduría General de la Nación se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló en síntesis como razones de su defensa, las siguientes:

La investigación disciplinaria se adelantó con sujeción al debido proceso, con las formas propias de esta clase de actuaciones y con la imposición proporcionada de la sanción, razón por la cual no existió la violación al debido proceso señalada por la actora.

No se presentó ninguna de las causales establecidas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo para que se decrete la nulidad de los actos acusados, pues de su contenido se infiere que la actora pretende revivir el debate procesal y probatorio que ya fue agotado dentro del proceso disciplinario.

En ese entorno, el proceso contencioso administrativo de nulidad con restablecimiento del derecho no puede constituirse en una tercera instancia para un debate que se agotó al interior del proceso disciplinario, pues el control de legalidad que sobre decisiones disciplinarias se haga, debe limitarse a la valoración formal que allí se desplegó, pues no es función del juez valorar nuevamente las pruebas y fungir nuevamente como intérprete de las normas disciplinarias que la Procuraduría aplicó, pues así lo señaló el Consejo de Estado en providencias de 12 y 19 de mayo de 2011 proferidas en los procesos Nos. 2002-0948-01 y 2003-00764-01 promovidos por los señores David Turbay y Edgar Julián Cobos, cuyos apartes relevantes transcribió.

Respecto de la inhabilidad, se tiene que las funciones de los concejos municipales generan una serie de potestades que envuelven autoridad civil y política, y en relación con quien lo preside implica el ejercicio de autoridad administrativa, como quiera que es quien declara las vacancias absolutas o temporales de los cargos, por lo que mal podría aseverarse que no se trata de un servidor que ostenta la calidad de autoridad y mucho menos que no se trate de un funcionario, pues a la luz del artículo 123 de la Constitución Nacional, el cónyuge de la demandante le generó la inhabilidad que implicó que fuera sancionada e inhabilitada.

En las inhabilidades se hace presente la ilicitud sustancial consagrada en el artículo 5º de la Ley 734 de 2002, como elemento constitutivo de falta disciplinaria, por lo que la primera revisión que se realiza para el entendimiento de la figura corresponde a la conducta antijurídica o afectación de un bien jurídicamente protegido, como en efecto sucedió en el caso de la actora por el hecho de que su esposo ejerció el cargo de Presidente del Concejo Municipal de manera concomitante con la elección que dio lugar a su posesión como alcaldesa, lo que implicó necesariamente la violación del deber funcional en cuanto no podía acceder al servicio mientras estaba inhabilitada.

Para resolver, se

CONSIDERA

El problema jurídico gira en torno a establecer la legalidad de las decisiones de 29 de agosto y 29 de octubre de 2008, expedidas por la Procuraduría General de la Nación, por medio de las cuales le impuso a la actora la sanción de destitución e inhabilidad para ejercer funciones públicas por 10 años.

La sanción se impuso, tal como dan cuenta los actos acusados (fls. 28 a 58 del c.p), en atención a que se encontró probado que la señora Sandra Isbelia Caicedo Contreras, asumiendo un comportamiento doloso, esto es, intencional, se inscribió como candidata a la alcaldía municipal de Ragonvalia, salió elegida y se posesionó para ejercer dicho cargo, no obstante que no podía hacerlo por concurrir en ella una causal de inhabilidad, consistente en que su esposo José Jacinto Sanabria Sánchez, durante el año inmediatamente anterior, fue Presidente del Concejo Municipal del mismo municipio ejerciendo funciones de autoridad administrativa como ordenador del gasto, pues según lo establecido en el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

...

4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consaguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionario que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección haya ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio...”

Los actos acusados se fundamentaron en el concepto de 17 de septiembre de 2007, emitido por la Oficina Jurídica del Consejo Nacional Electoral (fls. 21 a 23 c.1), según el cual, de acuerdo con la sentencia No. 3765 de 6 de abril de 2006, de la Sección Quinta del Consejo de Estado, los presidentes de los concejos municipales ejercen autoridad administrativa, y por lo tanto inhabilita a quien tenga con él, vínculos por matrimonio, para ser inscrito candidato y elegido alcalde del mismo municipio.

En consecuencia, la Procuraduría encontró tipificada la conducta de la demandante en el artículo 48 la Ley 734 de 2002, que señala que es falta gravísima:

“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.

A juicio de la parte actora, no incurrió en la inhabilidad por la que se le sancionó, pues su actuar no se adecuó a la conducta descrita en el artículo 37 de la Ley 617 de 2000 que modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, pues el Consejo de Estado, excepto en la sentencia con la que la entidad demandada fundamentó los actos acusados, ha reiterado que los concejales incluyendo el presidente de dicha corporación, si bien son considerados servidores públicos, no son funcionarios, ni empleados del municipio, y por consiguiente no ejercen autoridad civil, política o administrativa.

Agrega la demandante, que la Procuraduría no le podía atribuir la falta a título de dolo, porque la decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado con la que apoyó la sanción, fue objeto de salvamentos de voto de los Magistrados Filemón Jiménez y Darío Quiñones, quienes al igual que ella estaban convencidos que los presidentes de los concejos municipales no ejercen función administrativa, como lo precisó dicha Sección un mes después al cambiar su posición, y lo ha venido reiterando incluso hasta la fecha como se evidencia en el contenido de las providencias de 4 de septiembre⁶ y 27 de noviembre de 2008⁷, donde con claridad establecieron que desde la expedición del Decreto 3135 de 1968 y artículo 312 de la Constitución, los concejales incluido el presidente son excluidos de la categoría de empleados públicos, por lo que no se le aplica la inhabilidad establecida en la Ley 617 de 2000. Además, que una conducta no puede ser calificada de dolosa cuando hay disparidad de criterios por parte del Juez natural de esas controversias, y menos cuando de acuerdo con la Ley no se acreditó dentro del proceso el vínculo matrimonial.

El debate se circunscribe a establecer si los concejales incluyendo quien lo preside son funcionarios públicos, y si el hecho de que el cónyuge de la actora lo haya desempeñado dentro de los doce meses anteriores a la elección donde fue elegida como alcaldesa del municipio de Ragonvalia, la inhabilitó para ejercerlo, y

⁶ Consejo de Estado – Sección Quinta. Sentencia de 4 de septiembre de 2008, expediente 2007 00703 y 70201.

⁷ Consejo de Estado – Sección Quinta. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, expediente 2008-0000602.

por ende incurrió en violación de la inhabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 por la que se le sancionó.

La Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia de 27 de noviembre de 2008⁸, se refirió al criterio sostenido en la providencia de 6 de abril de 2006 dictada dentro del proceso No. 3765, del que se valió la Procuraduría para sancionar a la actora, según el cual la expresión “funcionario” comprende todas las personas que ejercen funciones públicas y que, por tanto, su concepto es sinónimo al de servidor público. A esa conclusión llegaron dos miembros de la aludida Sección y un conjuer luego de revisar el alcance que a esa expresión le dio el constituyente al emplearla para referirse a los miembros de las Corporaciones Públicas (artículos 174 numeral 4º, 180 parágrafo 2º, 235, 260 y 208) y a los servidores públicos en general (artículos 268 numeral 8º, 277 y 278). Y también por el sentido con que esa expresión fue usada para referirse a los servidores públicos en el literal e) del artículo 71 de la Ley 2001 de 1999, cuya constitucionalidad fue examinada en sentencia C-222 de 1999 de la Corte Constitucional.

Sin embargo, la interpretación citada no volvió a ser objeto de reiteración, pues así lo precisó la Sección Quinta en la providencia citada de 2008, donde luego de hacer un recuento normativo del concepto de funcionario, y de las precisiones que sobre el particular se han reiterado entre otras, en las sentencias: a) de 23 de septiembre de 1999, expediente 2307; b) 20 de marzo de 2001, expediente PI-12157, y c.) 29 de abril de 2005, expediente 3182, concluyó:

“De la naturaleza del cargo de Concejal.-

Las anteriores conclusiones ponen de manifiesto que el vocablo “funcionarios” empleado en el numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 agrupa sólo dos de las tres categorías a las cuales acude la Constitución Política para clasificar a los servidores públicos. Ciertamente, la Constitución hace la siguiente clasificación:

⁸ Consejo de Estado – Sección Quinta. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, expediente 50001-23-31-000-2008-00006-02. Magistrado Ponente: Mauricio Torres Cuervo.

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

En diferentes oportunidades esta Corporación ha reiterado la autonomía conceptual como categoría jurídica que, respecto de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales, se predica de los “miembros de las corporaciones públicas”, esto es, de los miembros del Congreso, las Asambleas, los Concejos y las Juntas Administradoras Locales⁹.

Ahora bien, el Concejal, según el artículo 123 de la Carta, es un servidor público perteneciente a la categoría “*miembros de corporación pública*”; naturaleza que reitera expresamente el artículo 312 ibídem, al prever que “Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos”. (Subraya la Sala)

En ese orden de ideas, el Concejal es un servidor público que no tiene la calidad de funcionario, claro está, en el alcance que esa expresión tiene en el régimen de inhabilidades para Diputado previsto en el artículo 33 de la Ley 617 de 2000, pues en el contexto normativo de dicho régimen tal calidad comprende las categorías de empleado público y de trabajador oficial, ninguna de las cuales corresponde a la del Concejal, servidor público de la especie “miembros de corporación pública”.

Y la calidad de “*miembro de corporación pública*” que le niega la condición de “*funcionario*” no se altera en modo alguno por el hecho de ocupar alguna dignidad de la Mesa Directiva de la respectiva corporación.

En efecto, como lo reiteradamente sostenido esta Sección, “*la dignidad de Presidente del Concejo no le hace perder al servidor público su condición de Concejal con las*

⁹ Sala Plena: Sentencias del 20 de marzo de 2001, expediente PI-12157; del 19 de febrero de 2002, expediente PI-0163; del 27 de agosto de 2002, expediente PI-025; del 5 de noviembre de 2002, expediente PI-049; Sección Quinta: Sentencias del 19 de enero de 1996, expediente 1490; del 3 de mayo de 2002, 2835; del 3 de abril de 2003, expediente 2868; del 2 de septiembre de 2004, expediente 3387; del 13 de mayo de 2005, expediente 3588; del 9 de junio de 2005, expediente 3706; del 25 de agosto de 2005, expediente 3635; del 1º de septiembre de 2005, expediente 3640; del 9 de agosto de 2007, expedientes acumulados 3960 y 3966. Sala de Consulta y Servicio Civil: Consultas números 802 del 22 de mayo de 1996; 1790 del 14 de diciembre de 2005; 1791 del 30 de noviembre de 2006.

*consecuencias anotadas, pues sigue siendo miembro de una corporación pública, de modo que las funciones que desempeña en razón de esa dignidad las ejerce a título de Concejal*¹⁰.

Además, de aceptarse que el Presidente del Concejo es un funcionario que ejerce autoridad administrativa o civil se resquebrajaría el orden jurídico en materia de inhabilidades de miembros de corporaciones públicas, pues ningún concejal que ocupe tal dignidad en el último año de su período podría ser reelegido ni podría aspirar a ser Diputado.

Así las cosas, si el Concejal no es funcionario público, resulta innecesario verificar los demás presupuestos de configuración de la causal de inhabilidad invocada.

Como se advierte, el presidente del concejo municipal si bien tiene la connotación de servidor público, no tiene la calidad de funcionario público, y por ende no está investido de autoridad, jurisdicción, ni mando, razón por la cual de acuerdo con los precedentes reiterados de esta Corporación, la demandante no se encontraba inhabilitada para inscribirse, ser elegida y designada alcalde del municipio de Ragonvalia.

Ahora bien, si en gracia de discusión se predicara que para el momento de la inscripción de la demandante como candidata a la alcaldía del municipio de Ragonvalia imperaba la posición excepcional vertida en la sentencia de 6 de abril de 2006¹¹ de la Sección Quinta del Consejo de Estado, según la cual los

¹⁰ Sentencia del 13 de mayo de 2005, expediente 3588. En similar sentido se había pronunciado en sentencia del 19 de enero de 1996, expediente 1490.

¹¹ Consejo de Estado- Sección Quinta. Sentencia de 6 de abril de 2006, expediente No. 68001-23-15-000-2004-00439-01 (3765). Actor. Jorge Edgardo Rincón contra Alcalde Municipio de Guaca. El Agente del Ministerio público ante el Tribunal de Santander: “solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda, porque consideró que la causal de inhabilidad establecida en el numeral 4º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 no se configuró, puesto que conforme a la norma mencionada no pueden inscribirse ni ser elegidos como alcalde quienes tengan los vínculos allí señalados con personas que como **funcionarios** hubieran ejercido jurisdicción o autoridad civil, administrativa, política o militar en el municipio dentro de los doce meses anteriores a la respectiva elección y el cargo formulado alude a la relación de parentesco en segundo grado de consanguinidad entre el demandado y un concejal municipal, **quien no tiene la condición de funcionario**, porque las funciones que cumplen los concejales les están asignadas a la corporación y no a ellos individualmente. Sostuvo que de acuerdo con el artículo 188 de la Ley 136 de 1994, la autoridad civil la ostentan los empleados oficiales y los concejales no lo son y que las normas sobre inhabilidades deben interpretarse restrictivamente, por lo que no es admisible el argumento de que la expresión funcionario público sea sinónimo de servidor público.

presidentes de los concejos municipales tenían la calidad de funcionario público y ejercían autoridad administrativa, la Procuraduría no podía calificar su conducta de dolosa, porque incluso dos de los Magistrados que intervinieron en dicho proceso salvaron voto, y existían decisiones de la misma Sección y de la Sala Plena de dicha Corporación que decían lo contrario, razones que motivaron al señor agente del ministerio público ante el Tribunal Administrativo de Santander a conceptuar en dicho litigio la inexistencia de la inhabilidad.

Ante la inexistencia de la inhabilidad por la que fue sancionada la actora, la Sala queda relevada de estudiar los demás cargos invocados.

En consecuencia, al quedar desvirtuada la presunción de legalidad, la Sala decretará la nulidad de la Resolución No. 035 de 29 de agosto de 2008 y la decisión de 29 de octubre de ese mismo, proferidas por la Procuraduría Provincial de Cúcuta y Procuraduría Segunda Delegada para Vigilancia Administrativa, respectivamente, mediante las cuales se le impuso a la señora SANDRA ISBELIA CAICEDO CONTRERAS sanción de destitución e inhabilidad para ejercer funciones públicas por 10 años.

A título de restablecimiento del derecho, la Procuraduría General de la Nación, pagará a la demandante los salarios y prestaciones sociales que dejó de devengar entre el día en que se hizo efectiva la sanción en virtud de los actos acusados y aquel en que terminaba su período de gobierno como Alcaldesa del Municipio de Ragonvalia, y desanotará la sanción del registro de antecedentes disciplinarios.

Las sumas que resulten a favor de la actora, se actualizarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, dando aplicación a la fórmula que se señala en la parte resolutive de esta providencia.

En lo que respecta a las pretensiones inferidas a la indemnización por perjuicios morales y los de vida de relación, la Sala considera que no hay lugar a ellos, pues no fueron probadas en el proceso.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

DECLÁRASE LA NULIDAD de la Resolución No. 035 de 29 de agosto de 2008 y la decisión de 29 de octubre de ese mismo año, proferidas por la Procuraduría Provincial de Cúcuta y Procuraduría Segunda Delegada para Vigilancia Administrativa, respectivamente, mediante las cuales se le impuso a la señora SANDRA ISBELIA CAICEDO CONTRERAS sanción de destitución e inhabilidad para ejercer funciones públicas por 10 años.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condena a la Procuraduría General de la Nación a pagar a la demandante los salarios y prestaciones sociales que dejó de devengar entre el día en que se hizo efectiva la sanción y aquel en que terminaba su período como Alcaldesa del Municipio de Ragonvalia para el cual fue elegida. Igualmente, se le ordena que realice la desanotación de la sanción en el registro de antecedentes disciplinarios.

Las sumas que resulten a favor de la actora, se actualizarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = R_h \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por la actora por concepto de salarios y prestaciones sociales desde la fecha en que se hizo efectiva la sanción en virtud de los actos acusados, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió recibir el pago.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

DECLÁRASE para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte de la actora durante el tiempo que dejó de ejercer el cargo de alcaldesa del municipio de Ragonvalia.

DENIÉGANSE las demás súplicas de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

A la sentencia se dará cumplimiento en los términos de los artículos 176, 177 y s.s. del C.C.A.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada, **ARCHÍVESE** el expediente.

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO