

REVOCATORIA DIRECTA DE SANCION DISCIPLINARIA- Competencia para conocer cuándo se ha decidido desfavorablemente por otra autoridad administrativa en relación con uno de los disciplinados / REVOCATORIA DIRECTA DE SANCION DISCIPLINARIA – Extensión de los efectos favorables al disciplinado a quien se le había negado inicialmente, en aplicación de los principios de legalidad e igualdad

El primer cuestionamiento de este cargo está referido a la competencia para decidir la revocatoria directa, toda vez que afirma el actor, no la podía asumir nuevamente la Procuraduría Delegada dado que ya había sido negada por la Procuradora Regional de Nariño a quien se le solicitó primeramente. Consta a su vez en el texto de la revocatoria directa definida por la Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, que el 28 de abril de 2006 por única vez el señor Olivar Potosí Arcos le solicitó a esa dependencia en su calidad de sancionado, la revocatoria directa del fallo No. 038 de 14 de noviembre dictado por la Procuradora Regional de Nariño, habida cuenta que se había vulnerado el debido proceso. En el mismo sentido hizo la solicitud el señor Hermes Sánchez Adrada, aunque no se precisa la fecha. Era viable el estudio de la revocatoria directa por parte de la Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa respecto del señor Potosí Arcos, toda vez que, se reitera, no había hecho otra solicitud en tal sentido ante ninguno de los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, y por otra parte, era aplicable la decisión que se tomara a los dos disciplinados, es decir, que también cobijaba al señor Hernán Sánchez Adrada en virtud de los principios de legalidad e igualdad, entre otros principios fundamentales; por consiguiente, el cargo será negado.

REVOCATORIA DIRECTA DE SANCION DISCIPLINARIA – Causales. Aplicación del código único disciplinario

Las normas disciplinarias por ser materia especial regulan lo atinente a la revocatoria directa y solo en el evento de que no esté previsto el asunto o lo esté deficientemente, puede acudir al principio de integración normativa señalado en el artículo 21 del C.D.U. Como en este caso el tema está regulado completamente, las normas aplicables son las del Código Disciplinario Único y no las del Código Contencioso Administrativo y lo allí previsto en los artículos 69 a 74. En ese entendimiento, el artículo 124 del Código Disciplinario enumera las causales para solicitar la revocatoria directa que son dos: cuando se infrinjan manifiestamente las normas constitucionales, legales o reglamentarias en que deben fundarse; y cuando con ellos se vulneren o amenacen los derechos fundamentales. La funcionaria de la Procuraduría estudió la revocatoria directa y ella prosperó por una de las causales específicas dispuestas para para tal fin, como fue la vulneración de normas constitucionales y derechos fundamentales y particularmente del debido proceso.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2003 – ARTICULO 124 / LEY 734 DE 2003 – ARTICULO 21

REVOCATORIA DIRECTA DE SANCION DISCIPLINARIA - No transgrede el principio de non bis in ídem por existir decisión judicial por vía de tutela. Principio de legalidad.

No se transgrede el principio de *non bis in ídem*, respecto de la tutela y la revocatoria directa, porque si bien pueden compartir situaciones fácticas y probatorias, las competencias son distintas, la una jurisdiccional y la otra,

administrativa, por consiguiente, cada una tiene fuentes y análisis diversos atendiendo los planteamientos generados en cada una de las peticiones. El principio de seguridad jurídica está relacionado con lo que la doctrina ha denominado como “la cosa decidida” y bajo la forma del *non bis in ídem*, y el principio de justicia material, con el deber que tiene el Estado de promover la vigencia de un orden justo, dado que tiene que investigar y sancionar las infracciones de los deberes funcionales de sus servidores. En el caso *sub iudice*, la cosa decidida cede ante la justicia material para privilegiar el principio de legalidad, al haberse proferido una decisión que no se ajustaba a la interpretación fundamental y sustancial correspondiente a la actuación funcional de los disciplinados.

REVOCATORIA DIRECTA DE SANCION DISCIPLINARIA – Procedencia

Es procedente que la entidad conozca la solicitud de revocatoria hasta cuando no se hubiere proferido sentencia judicial definitiva, y en el caso de que se hubiere dictado, siempre que se sustente en una causa distinta de la que dio origen la decisión jurisdiccional. En el caso bajo estudio, la revocatoria directa se produjo el 26 de marzo de 2006 y la sentencia de nulidad y restablecimiento el 28 de noviembre de 2008 por el Tribunal Administrativo de Nariño y el 10 de junio de 2014 por esta Corporación, por manera que conservaba la competencia para decidir la petición de revocatoria directa tal y como la sumió la Procuradora Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2003 – ARTICULO 125

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015).

Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00124-00 (2738-2008)

Actor: AFRANIO RODRIGUEZ MUÑOZ

Demandados: NACION – PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Decide la Sala la acción de simple nulidad instaurada a través de apoderado, por Afranio Rodríguez Muñoz contra la Nación – Procuraduría General de la Nación.

ANTECEDENTES

1. La demanda.

El señor Afranio Rodríguez Muñoz por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demanda la nulidad del acto administrativo de 26 de septiembre de 2006, emitido por la Procuradora Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, que revocó directamente el fallo N° 038 de 14 de noviembre de 2005 de la Procuraduría Regional de Nariño, a través del cual se sancionó con destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos a los señores Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos.

Como consecuencia de lo anterior solicitó que se dejen sin efectos todos los actos administrativos que se hayan proferido como consecuencia de la decisión de 26 de septiembre de 2006 de la Procuradora Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa; y se dé cumplimiento a la sentencia respectiva de conformidad con los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Los **hechos** de la demanda se resumen así:

Relató que durante el periodo 2001 a 2003, el señor Otalivar Potosí Arcos fue llamado a ocupar la curul de concejal del Municipio de Leiva (Nariño), en virtud de la renuncia del señor Eulises Díaz. Destaca que el señor Potosí desempeñó dicho cargo hasta el 31 de diciembre de 2003.

A renglón seguido señaló que el señor Hermes Sánchez Adrada para el periodo 2004 a 2007, fue elegido como Alcalde del Municipio de Leiva, y se posesionó en dicho cargo el 1° de enero de 2004.

Destacó que los días 1 de marzo y 2 de mayo de 2004, el señor Hermes Sánchez Adrada en su condición de alcalde celebró contrato de prestación de servicio con el señor Otalivar Potosí Arcos, para que éste desempeñara las funciones de Promotor de Salud de la IPS del Municipio de Leiva.

Por la anterior circunstancia, la señorita Diana Karina Rojas Muñoz presentó queja ante la Procuraduría Provincial de Pasto, indicando que con la referida contratación los señores Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos, violaron el régimen de inhabilidades e incompatibilidades¹.

¹ De conformidad con el fallo disciplinario N° 0036 del 14 de octubre de 2005 de la Procuraduría Provincial de Pasto, en un primer momento se consideró que con ocasión al contrato celebrado entre los señores Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos, se desconocieron los artículos 45 y 47 de la Ley 136 de 1994, según los cuales los concejales no podrán desempeñar cargo alguno en la administración pública ni vincularse como trabajadores oficiales, **o contratistas**, desde el momento de la elección y **hasta 6 meses posteriores** al vencimiento del periodo respectivo. Lo anterior teniendo en cuenta, que el señor Otalivar Potosí Arcos

Indicó que en primera instancia, mediante fallo del 14 de octubre de 2005, la Procuraduría Provincial de Pasto absolvió a los señores Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos, afirmando que a los mismos en virtud del principio de favorabilidad debía aplicárseles la Ley 617 de 2000, norma que impide considerar que con la suscripción de los mencionados contratos se desconoció el régimen de inhabilidades e incompatibilidades².

La anterior decisión fue apelada por la ciudadana Diana Karina Rojas Muñoz – quejosa-, quien argumentó que la Ley 617 de 2000, en su artículo 86, respecto a las inhabilidades e incompatibilidades, solo rige para las elecciones a celebrarse a partir del año 2001, y por lo tanto no es aplicable al caso de los señores Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos, teniendo en cuenta que éste fue elegido como concejal en los comicios llevados a cabo en el año 2000.

La impugnación fue resuelta por la Procuraduría Regional de Nariño, que mediante fallo del 14 de noviembre de 2005, revocó lo resuelto por la Provincial, y en su lugar sancionó a los señores Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos, con destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos por el término de 10 años.

Señaló que el 13 de diciembre de 2005 el señor Hermes Sánchez Adrada, le solicitó a la Procuraduría Regional de Nariño que revocara el acto mediante el cual fue sancionado, pero que dicha solicitud fue negada de manera motivada el 26 de marzo de 2006.

Después de esa decisión negativa de la Procuradora Regional, el señor Sánchez Adrada, instauró una acción de tutela el 20 de diciembre de 2005, contra la mencionada entidad, conocida por el Tribunal Administrativo de Nariño, quien mediante fallo del 26 de enero de 2006 negó el amparo solicitado, al verificar que con la mencionada sanción no se había incurrido en vía de hecho.

La sentencia del Tribunal Administrativo de Nariño no fue impugnada por el señor Hermes Sánchez Adrada, por lo que el expediente fue remitido a la Corte Constitucional, que lo excluyó de revisión mediante auto del 17 de marzo de 2006.

celebró el referido contrato **dentro de los 6 meses siguientes** a que terminara su periodo como concejal del Municipio de Leiva (Fls. 316-329).

² Lo anterior, porque de conformidad con dicho fallo, mediante el artículo 43 de la Ley 617 de 2000, se modificó el artículo 47 de la Ley 136 de 1994, en el sentido de indicar que las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrían vigencia **hasta la terminación del periodo constitucional respectivo**, es decir, que ya no se extenderían 6 meses después a la finalización de éste, como lo contemplaba con anterioridad el artículo 47 de la Ley 136 de 1994 (Fls. 316-329).

Resaltó que el señor Hermes Sánchez Adrada el 13 de febrero de 2006 ejerció la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto mediante el cual fue sancionado, la cual fue admitida el 21 de abril de 2006 por el Tribunal Administrativo Nariño, que negó la solicitud de suspensión provisional del acto demandado. Precisó (al momento de presentar la demanda objeto de estudio), que dicho proceso aún se encontraba en trámite.

Refirió que en firme el acto mediante el cual se sancionó disciplinariamente a los señores Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos, la Gobernación de Nariño encargó como Alcalde de Leiva al señor Manuel Jesús Bolaños, y que con posterioridad, el 26 de febrero de 2006 se llevaron a cabo las elecciones en las que resultó electo como burgomaestre Afranio Rodríguez Muñoz, posesionándose el 3 de marzo de 2006.

Subraya que el señor Hermes Sánchez Adrada, el 28 de abril de 2006 solicitó ante la Procuraduría Segunda para la Vigilancia Administrativa la revocatoria directa del acto a través del cual fue sancionado, a pesar de que con anterioridad había elevado una petición en el mismo sentido ante la Procuraduría Regional de Nariño, que fue negada.

Indica que la Procuraduría Segunda para la Vigilancia Administrativa mediante acto del 26 de septiembre de 2006, revocó el fallo del 14 de noviembre de 2005 de la Procuraduría Regional de Nariño, mediante el cual se sancionó disciplinariamente a los señores Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos.

Asevera que por el hecho de no haber sido vinculado como tercero interesado al proceso mediante el cual la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa revocó el fallo del 14 de noviembre de 2005 de la Procuraduría Regional de Nariño, presentó una acción de tutela contra la Procuraduría General de la Nación, que fue negada por el Tribunal Administrativo de Nariño, bajo el argumento que contaba con otro medio de defensa, la acción de simple nulidad, y además, que no acreditó encontrarse en una situación de perjuicio irremediable, lo cual se justifica en el hecho que para ese momento aún ocupaba el cargo de Alcalde de Leiva.

Sostiene que de manera verbal la Procuradora Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, le indicó que desconocía que el señor Hermes Sánchez Adrada respecto a la sanción que le fue impuesta, había solicitado la revocatoria

directa de la misma e instaurado las acciones de tutela y de nulidad y restablecimiento del derecho.

Indica que a pesar de ponerle en conocimiento a dicha funcionaria las anteriores situaciones, decidió mantener la decisión de revocar la referida sanción, argumentando que es en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo donde debía resolverse el asunto planteado, y además le indicó que *“la figura del tercero interesado no está regulada en la Ley 734 de 2002, y que no es aplicable porque la revocatoria se produjo en virtud de petición de parte y no de manera oficiosa”*.

Relata que el señor Hermes Sánchez Adrada con el objeto de ser reintegrado al cargo de Alcalde de Leiva, presentó una tutela contra la Procuraduría General de la Nación, que en primera instancia fue negada por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, en consideración a que el señor Sánchez tenía a disposición otro mecanismo judicial de defensa. Sin embargo precisa, que en segunda instancia el Consejo Superior de la Judicatura accedió al amparo solicitado de manera transitoria mediante sentencia del 7 de febrero de 2007, de un lado suspendiendo los efectos del decreto que convocó las elecciones del 26 de marzo de 2006 en virtud de las cuales fue elegido, así como el acto de posesión y el acta de escrutinio, y de otro, ordenando el reintegro del señor Hermes Sánchez Adrada al cargo de alcalde.

Subraya que el acto demandado en esta oportunidad, fue el que sirvió de sustento para que el Consejo Superior de la Judicatura resolviera en el sentido antes descrito la referida acción de tutela.

2. Normas violadas y concepto de violación.

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política los artículos 1, 2, 3, 4, 29, 83, 209 y 230.

De la Ley 734 de 2002 los artículos 122 y 123.

Del Decreto 01 de 1984, los artículos 2, 3, 14, 15, 28, 34, 35, 62, 64, 66, 67, 69, 70, 71, 73, 74 y 84

Del Código Penal, los artículos 413 y 414.

En primer lugar argumenta que el señor Hermes Sánchez Adrada al solicitarle a la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa la revocatoria del acto mediante el cual fue sancionado disciplinariamente, actuó de mala fe,

pues le ocultó a esa autoridad que con anterioridad había solicitado la revocatoria de dicho acto, y que respecto del mismo presentó una acción de tutela y una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Agrega que la conducta de ese ciudadano podría enmarcarse en el delito de fraude procesal, prevista en el artículo 453 del Código Penal.

Destaca que de conformidad con los artículos 69 del Código Contencioso Administrativo, 122 y 123 del Código Disciplinario Único, la revocatoria directa de los actos administrativos se podrá solicitar ante el funcionario que profirió el acto o ante su superior jerárquico, pero de ninguna manera ante los dos, como lo hizo el señor Hermes Sánchez Adrada, que en primer lugar solicitó la revocatoria directa del acto mediante el cual fue sancionado a la Procuraduría Regional de Nariño, y con posterioridad, desconociendo las normas antes señaladas, a la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa.

Agrega que *“las normas que regulan la revocatoria directa, en especial las contenidas en los artículos 71 del C.C.A. y 125 de la Ley 734 de 2002, en ningún momento facultan a los interesados para ejercer revocatorias directas a su antojo, cuando quisieran o cuántas veces lo deseen”*, so pena de desconocer el principio a la seguridad jurídica y, por ende, permitir que un asunto que en principio ya fue decidido por la misma Administración, en varias oportunidades pueda ser revaluado por la misma³.

Argumenta que la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa carecía de competencia para resolver la solicitud de revocatoria directa de la sanción impuesta al señor Hermes Sánchez Adrada, porque frente a dicha petición ya se había pronunciado la Procuraduría Regional de Nariño y, sobre todo, porque en el momento de decidir sobre dicho asunto, el ciudadano antes señalado había demandado la decisión sancionatoria ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por lo que únicamente ante ésta podía discutirse sobre la legalidad del acto administrativo que impuso la sanción.

De otro lado sostiene que el acto acusado también desconoce la decisión del electorado de elegirlo como Alcalde del Municipio de Leiva y, por ende, el acta general de escrutinio de las elecciones realizadas el 26 de febrero de 2006, que no ha sido objeto de controversia judicial. Sobre el particular indica:

³ En tal sentido transcribe algunas consideraciones del concepto número 321 del 22 de noviembre de 1989 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

“El acto administrativo contenido en la sentencia que DESTITUYÓ E INHABILITÓ al señor HERMES SÁNCHEZ ADRADA por 10 años, produjo sendos efectos jurídicos, tales como designación de un alcalde encargado, programación de nuevos comicios electorales, celebración de elecciones, elección del Dr. AFRANIO RODRÍGUEZ MUÑOZ como alcalde popular, entrega de credencial y posesión del mismo, así como el ejercicio como alcalde desde el 3 de marzo de 2006 hasta que fue despojado sin fórmula de juicio, porque en ningún momento la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que es la competente ha dispuesto la suspensión o nulidad de su acto de elección. Si ello ocurrió así, indudablemente tiene prevalencia la elección del Dr. Rodríguez Muñoz, quien fuera elegido por voluntad del pueblo soberano en ejercicio de los artículos 40, 3 y 258 de la Carta Política, hasta el 31 de diciembre de 2007. Además, al haberse elegido al mismo como alcalde se creó una situación jurídica para él de carácter particular y concreta que sólo puede ser anulada o suspendida por la Jurisdicción citada, ya que sólo a ella se le ha atribuido esta competencia.

La credencial de Alcalde Municipal de Leiva que le expidió la Registraduría Nacional del Estado Civil al Dr. AFRANIO RODRÍGUEZ MUÑOZ, debe mantener su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2007, porque hasta esa fecha fue elegido por el pueblo, y mientras la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que tiene la competencia para ello no haya declarado su nulidad o suspensión, deberá ser protegido por las autoridades públicas para que siga ejerciendo su cargo conforme a la Constitución y la Ley, máxime cuando los efectos jurídicos del ACTA GENERAL DE ESCRUTINIO en ningún momento se han suspendido a pesar del fallo del Consejo Superior de la Judicatura, justamente porque la Registraduría no tenía competencia para ello, pues esa supresión solamente la puede disponer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

Resalta que la Corte Constitucional jurisprudencialmente ha establecido⁴ *“que el ganador de las últimas elecciones celebradas para elegir alcalde, tiene una legitimación democrática reforzada obtenida a través de una elección popular más reciente”*, pero que la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa emitió el acto acusado desconociendo el precedente aplicable.

Argumenta que al proferirse el acto demandado se desconoció el derecho al debido proceso, en tanto no fue vinculado al trámite que se adelantó para emitir el acto acusado aunque evidentemente es un tercero afectado por el mismo. Sobre el particular replica que aunque la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa indicó que la Ley 734 de 2002 no regula la figura del tercero interesado, debe tenerse en cuenta el artículo 21 de la misma ley, según el cual en lo no previsto en ella se aplicaran *“los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales y lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo”*, código⁵ que sí contempla la citación de los terceros interesados en garantía del derecho al debido proceso.

⁴ Cita las sentencias SU-640 de 1998 y SU-168 de 1999.

⁵ Del C.C.A. el actor cita los artículos 14, 28, 34 y 35.

Destaca que en la acción de tutela que presentó el señor Hermes Sánchez Adrada ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño contra la Procuraduría General de la Nación fue vinculado como tercero interesado. Lo anterior, para ilustrar que en su criterio debió ser llamado al trámite que dio lugar a la revocatoria del acto que sancionó disciplinariamente al señor Sánchez Adrada.

De otro lado señala que el acto acusado que revocó el fallo disciplinario de 14 de noviembre de 2005 de la Procuraduría Regional de Nariño no acreditó algunas de las causales de revocatoria de los actos administrativos previstas en el artículo 69 del C.C.A., de la siguiente manera:

“Si analizamos de manera imparcial, moral y eficaz la primera causal, observamos que en el fallo proferido por la señora Procuradora Regional de Nariño, jamás puede existir oposición manifiesta a la Constitución Política o la ley, porque lo único que está haciendo es dar cumplimiento a la obligatoriedad que contiene el artículo 86 de la Ley 617 de 2000, pues las autoridades del Estado al tenor de los artículos 4, 6, 29, 121 y 123 inciso 2° de la Carta Superior, sólo pueden ejercer las funciones atribuidas por la Constitución, la Ley y el Reglamento. Si la propia ley está consagrando que las incompatibilidades de la Ley 617 sólo se aplicarían para las elecciones a celebrarse a partir del año 2001, mal puede aplicarse en sentido contrario. Aquí el mandato definitivo contenido en el artículo 86 ídem, es de obligatoria aplicación y eso fue precisamente lo que hizo la señora Procuradora Regional, lo que se consideró correcto por parte del Honorable Tribunal Administrativo de Nariño al fallar la acción de tutela. En cuanto a la segunda causal, hay que decir que la credencial entregada a mi poderdante estuvo conforme al interés público o social, porque fue el pueblo soberano que a través del voto decidió que sea el señor Rodríguez Muñoz quien dirija los destinos del municipio. Ahora, qué decir de la causal tercera que se estructura pero con el fallo de revocatoria directa porque es con éste que se causa un agravio injustificado a mi poderdante, que ha sido objeto de una ELECCIÓN LEGÍTIMA por parte de la voluntad del pueblo”.

A renglón seguido resalta algunos apartes del fallo de tutela del Tribunal Administrativo de Nariño, que resolvió la acción de tutela interpuesta por el señor Hermes Sánchez Adrada contra el acto que lo sancionó disciplinariamente, con el fin de destacar que dicha autoridad judicial no encontró vía de hecho alguna en el referido acto, y que dicha decisión hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, con la decisión del 17 de marzo de 2006 de la Corte Constitucional, de excluir de revisión dicha acción.

Lo anterior con el fin de destacar que respecto de la presunta vulneración de los principios de favorabilidad, igualdad y debido proceso por el acto que sancionó disciplinariamente al señor Hermes Sánchez Adrada, existe un pronunciamiento con fuerza de cosa juzgada constitucional, y que en su criterio el acto que revocó la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa está conforme

al ordenamiento jurídico, de acuerdo a lo definido en sede tutela por el Tribunal Administrativo de Nariño.

TRÁMITE

Inicialmente el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, mediante auto de 20 de febrero de 2009, inadmitió la demanda porque el demandante solicitó la nulidad de todos los actos administrativos que se hubieren proferido con fundamento en la decisión de 26 de septiembre de 2006 de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, consistente en revocar la sanción disciplinaria impuesta a los señores Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí, pero no individualizó dichos actos ni aportó copia de los mismos al presente trámite. Por la anterior circunstancia mediante el auto antes señalado se otorgó un plazo de 5 días para corregir la demanda (fls. 263-265).

Mediante memorial de 14 de abril de 2009, el accionante corrigió la demanda en el sentido de precisar que el único acto cuya nulidad se pretende, es la providencia de 26 de septiembre de 2006 de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, por lo que solicitó que solo respecto de dicho acto se admitiera la demanda (Fls. 266-268).

Realizada la mencionada corrección, mediante auto de 8 de mayo de 2009 se admitió la demanda de simple nulidad, se dispuso notificar la misma al Ministerio Público y a la parte demandada, a quien se le solicitó que aportara los antecedentes administrativos del acto demandado (fls. 270-271).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- La **Procuraduría General de la Nación** se opuso a la demanda presentada y propuso las excepciones que a continuación se sintetizan (fls. 282-292):

a-. Excepción de caducidad de la acción respecto de la pretensión del accionante.

Como la pretensión segunda de la demanda está dirigida a que se declare la nulidad de todos los actos administrativos que se hayan proferido con posterioridad a la providencia de 26 de septiembre de 2006 de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, que revocó el fallo disciplinario de 14 de noviembre de 2005 de la Procuraduría Regional de Nariño,

considera la entidad que en realidad es una solicitud de restablecimiento del derecho para continuar ejerciendo como alcalde por el tiempo restante para el que fue elegido. En ese orden de ideas, la acción estaría vencida conforme al numeral 2° del artículo 136 del C.C.A., en tanto la demandada se presentó *“después de transcurrido más de cuatro (4) meses contados a partir del momento en el que se hizo efectiva la restitución al cargo de alcalde de Leiva (Nariño) del señor HERMES SÁNCHEZ ADRADA y más de dos (2) años después de la misma circunstancia”*.

Indica que la mencionada pretensión tampoco es viable, teniendo en cuenta que el señor Hermes Sánchez Adrada *“se vinculó nuevamente como alcalde de Leiva en virtud de fallo de tutela de febrero 7 de 2007 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura y dicho acto, por esa sola circunstancia no podría ser revocado como consecuencia de la acción de simple nulidad”*. Añade que el señor Sánchez Adrada tiene derecho a permanecer en el mencionado cargo en virtud del fallo de tutela antes señalado, y no por decisión de la Procuraduría General de la Nación.

b-. Desconocimiento de los requisitos de que trata el artículo 125 inciso 2° de la Ley 734 de 2002, para revocar oficiosamente una decisión sancionatoria.

Señala que el accionante no tiene en cuenta que de conformidad con el inciso 2° del artículo 125 de la Ley 734 de 2002, *“es procedente la revocatoria directa aún cuando el sancionado haya acudido a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, siempre y cuando no se hubiere producido sentencia definitiva”*.

En relación con lo anterior, afirma que el actor no acredita que respecto de la decisión que fue revocada se haya presentado alguna acción contenciosa y muchos menos que se haya emitido respecto de la misma alguna sentencia.

Precisa que lo único que allega el demandante respecto al acto revocado, es un fallo de tutela del Tribunal Administrativo de Nariño, frente al cual afirma no puede considerarse que existe una decisión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que se pronuncie con fuerza de cosa juzgada respecto de la legalidad de la mencionada sanción, en tanto tal es un asunto que debe resolver el juez administrativo y no el juez de tutela. Sobre el particular trae a colación algunas consideraciones de las sentencias T-077 de 1995 y T-036 de 1994 de la Corte Constitucional, sobre la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela.

c.- Falta de jurisdicción y legitimación por activa.

La fundamenta en que el Juez Administrativo no es competente para analizar los temas relacionados con la presunta comisión de delitos por parte del señor Hermes Sánchez Adrada, al no informarle a la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa que con anterioridad la Procuraduría Regional de Nariño había negado la solicitud de revocatoria de la sanción impuesta y, además, porque no puede invocarse para lograr la nulidad de un acto administrativo proferido por la Procuraduría, acciones u omisiones de personas naturales.

d.- Inepta demanda por ausencia del análisis del argumento sustancial planteado en el acto acusado.

Estima que hay lugar a decretar la excepción de *“inepta demanda por ausencia de análisis del argumento sustancial planteado en el acto acusado”*, en tanto *“no se hace ninguna referencia en la demanda a la aplicabilidad o no de los artículos 43 y 86 de la Ley 617 de 2000 y a la aplicabilidad o no del principio de favorabilidad en materia disciplinaria respecto del nuevo texto del artículo 47 de la Ley 136 de 1994, en cuanto se aplica aunque sea posterior de preferencia a la restrictiva o desfavorable, al margen de la transición que se dijo se aplicaba a partir de elecciones posteriores al año 2000”*.

e.- Excepción de legalidad del acto acusado.

Argumenta que el acto acusado se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico, en tanto mediante esa decisión consideró que en virtud del principio de favorabilidad debía aplicarse la Ley 617 de 2000, aunque sea posterior a los hechos que fueron objeto de investigación, en atención a que esta norma indicó que las incompatibilidades de los concejales permanecerían vigentes hasta que terminara su periodo, y no durante un tiempo más (6 meses) como lo establecía la legislación anterior.

En tal sentido afirma que el acto acusado entre dos interpretaciones frente al caso planteado, optó por la que favorecía a los disciplinados, rectificándose de esa manera la decisión de la Procuraduría Regional de Nariño.

f.- Falta de nexo causal de la decisión acusada en nulidad respecto de Afranio Rodríguez Muñoz.

Señala que no puede afirmarse que con el acto acusado y los actos que se profirieron alrededor de dicha situación, se desconoció la elección del

demandante, en tanto simplemente se procedió a resolver la solicitud de revocatoria directa de la sanción impuesta al señor Hermes Sánchez Adrada, teniendo en cuenta las causales legalmente establecidas para atender dicha petición.

De otro lado argumenta, que aunque es cierto que los artículos 14, 28, 34 y 35 del C.C.A. prevén que es necesario vincular a los terceros interesados que eventualmente puedan resultar afectados con una decisión. Tratándose de procesos disciplinarios, de conformidad con la Ley 734 de 2002, que constituye la norma especial, *“solamente el interesado y el operador son los sujetos llamados a confrontar los respectivos argumentos y se examina es si el contenido de la decisión afecta o no lo dispuesto por el artículo 124 de la Ley 734 de 2002”*.

Concluye indicando que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, *“por cuanto la actuación desplegada por la Procuraduría obedece a la aplicación imperativa de la Ley 617 de 2000, artículos 43, 47 y 86, en armonía con el artículo 125 inciso 2° de la Ley 734 de 2002”*.

TRÁMITE

Mediante auto del 14 de septiembre de 2009, la Sección Segunda, Subsección B de esta Corporación, dispuso que se notificara del presente asunto a los señores Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos, en consideración a que los mismos tienen interés directo en el resultado del presente proceso, comoquiera que el demandante pretende que se declare la nulidad del acto de 26 de septiembre de 2006 de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, que revocó el fallo disciplinario de la Procuraduría Regional de Nariño, que sancionó a los ciudadanos antes señalados con destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos. Para tal efecto se comisionó al Tribunal Administrativo de Nariño (fls. 407-408).

De conformidad con la información visible a folios 425 y 426 del expediente, el referido Tribunal notificó a los señores Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos de la presente actuación los días 12 y 21 de abril de 2010 respectivamente.

Adicionalmente, por Secretaría de la Sección Segunda de esta Corporación, también se comisionó al Juzgado Promiscuo Municipal de Leiva, para que

notificara al señor Otalivar Potosí Arcos sobre la existencia del presente proceso (fl. 433), lo que en efecto tuvo lugar el 8 de junio de 2010 (fl. 436).

De otro lado se destaca que mediante auto de 28 de junio de 2010⁶, se negaron las pruebas solicitadas por las partes, y de oficio se decretaron las siguientes (fls. 431-432):

“1. Por Secretaría, expídase con destino al presente proceso; certificación de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación N° 2006-00268, promovida por Hermes Sánchez Adrada contra la Procuraduría General de la Nación, la cual surte su trámite en segunda instancia ante este Despacho de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la que conste el estado del proceso, las partes intervinientes y, la fecha del auto admisorio de la demanda y del fallo de primera instancia dentro del expediente correspondiente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

2. Por Secretaría, de conformidad con lo establecido en el artículo 185 del C.P.C., expídase con destino a la presente acción de nulidad, copia auténtica de la prueba documental decretada y practicada, y del fallo de primera instancia, dentro del expediente correspondiente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación N° 2006-00268, promovido por Hermes Sánchez Adrada contra la Procuraduría General de la Nación”.

En respuesta al anterior requerimiento, la Secretaria de la Sección Segunda del Consejo de Estado, allegó los documentos solicitados y, mediante constancia de 29 de septiembre de 2010, indicó lo siguiente (fl. 453):

“Que en esta Sección cursa el proceso radicado bajo el N° 52001233100020060026801 (0354-2009), actor: HERMES SÁNCHEZ ADRADA, en el cual se demanda en acción de nulidad y restablecimiento del derecho el fallo de segunda instancia N° 038 del 14 de noviembre de 2005, expedido por la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Mediante providencia de fecha 21 de abril de 2006, se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional solicitada, Así mismo, mediante auto de primero (1°) de noviembre de 2006, se admitió la corrección de la demanda y en consecuencia se ordenó notificar al Procurador General de la Nación, fijar el negocio en lista y se reconoció personería a la Dra. Gloria Guzmán Muñoz.

Que en el mencionado proceso, el Tribunal Administrativo de Nariño profirió sentencia de primera instancia el 28 de noviembre de 2008, contra la cual se interpuso recurso de apelación.

A la fecha, el proceso se encuentra para fallo”.

INTERVENCIÓN DE LOS SEÑORES HERMES SÁNCHEZ ADRADA Y OTALIVAR POTOSÍ ARCOS

⁶ C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Mediante escrito radicado el 15 de junio de 2010 los ciudadanos antes señalados informaron lo siguiente (fls. 437-441):

En el mes de abril de 2005 se inició en su contra una investigación disciplinaria, en la cual en primera instancia fueron absueltos por la Procuraduría Provincial de Pasto, que a la luz del principio de favorabilidad determinó que la norma aplicable era la Ley 617 de 2000, que *“estaba rigiendo hacía más de cuatro años al momento de la celebración del contrato”*.

Destacan que antes de celebrar el referido contrato, que consistía en tener a disposición un promotor de salud en beneficio de la comunidad, se realizaron las consultas pertinentes, en virtud de las cuales se estableció que no existía problema alguno con dicha contratación.

Sostienen que el motivo para que la Procuradora Regional de Nariño revocara el fallo proferido por la Procuraduría Provincial de Pasto y los sancionara disciplinariamente, fue debido a que no quisieron contratar al esposo de la Procuradora Regional, que es ingeniero civil, y porque no apoyaron al candidato al Senado de la preferencia de ella.

Afirman que frente a la decisión de la Procuradora Regional de Nariño, el señor Hermes Sánchez presentó una solicitud de revocatoria directa, la cual fue negada.

A renglón seguido reprochan que el demandante no advierta que *“el señor Otalívar Potosí Arcos como persona directamente afectada tiene todo el derecho de realizar solicitud de revocatoria directa a la Procuraduría Nacional (sic) y a usar otros recursos a los que él tenía derecho y que no había usado, porque la revocatoria directa solicitada a la Procuraduría Nacional (sic) era la primera que él usaba, como queda demostrado en el fallo de la Procuraduría Nacional (sic), dependencia Segunda para la Vigilancia Administrativa, en su párrafo segundo”*.

Relatan que el señor Hermes Sánchez Adrada presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto que lo sancionó disciplinariamente, la cual fue decidida en favor de aquél por el Tribunal Administrativo de Nariño, que advirtió los errores en que incurrió la Procuradora Regional, quien apeló la decisión adversa, por lo que dicho asunto se encuentra en el Consejo de Estado, en el despacho del Magistrado Gerardo Arenas Monsalve.

Manifiestan que la señora Rubiela Jaramillo López está siendo investigada por las irregularidades que cometió cuando se desempeñó como Procuradora Regional

de Nariño, e incluso que existe un fallo que dispuso su destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas.

Indican que el demandante es una persona cuya credibilidad está en tela de juicio por los cuestionamientos que ha tenido en el Municipio de Leiva, y que en todo caso la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa con el acto demandado en esta oportunidad, reconoció el error que se cometió al sancionarlos disciplinariamente. Agregan que en su favor se ha pronunciado la autoridad antes señalada, la Procuraduría Provincial de Pasto, el Consejo Superior de la Judicatura y el Tribunal Administrativo de Nariño, en distintas instancias.

INTERVENCIÓN DEL DEMANDANTE

Frente a los argumentos expuestos por los señores Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos, el demandante reitera que el primero ellos dos veces solicitó la revocatoria del acto mediante el cual fueron sancionados disciplinariamente, y que en la segunda oportunidad la Procuradora Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, en desconocimiento de los artículos 122, 123 del Código Disciplinario Único y 69 del Código Contencioso Administrativo, revocó dicho acto, pasando por alto que respecto de la misma petición ya existía un pronunciamiento de la Procuraduría Regional de Nariño, consistente en negar la solicitud de revocatoria directa.

Añade que la revocatoria del acto mediante el cual se sancionó a los señores Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos, *“desconoció lo afirmado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Jaime Paredes Tamayo, Concepto 321 del 22 de noviembre de 1989 que advierte “que si como la norma lo dispone, la competencia para pronunciarse acerca de la revocatoria directa de un fallo radica en el funcionario que la emitió o en su superior, la decisión que cualquiera de ellos asuma se torna definitiva, lo que significa que una vez resuelta la solicitud de revocatoria directa, no podrá intentarse nuevamente ante el otro funcionario, y ni siquiera el superior de manera oficiosa podría revocar el acto administrativo...”*.

Finalmente precisa que no está siendo investigado por la Fiscalía General de la Nación o por otra entidad de control, y que si bien es cierto con anterioridad se adelantó una investigación en su contra por la supuesta comisión del delito de

rebelión, dicho asunto de un lado fue archivado por la Fiscalía 14 Seccional de Pasto el 18 de septiembre de 2008, y de otro, al parecer fue promovido por una falsa denuncia del señor Hermes Sánchez Adrada (fls. 531-533).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La Procuraduría General de la Nación además de reiterar todos y cada uno de los argumentos que expuso al contestar la demanda, indica lo siguiente (fls. 536-547):

Destaca que la Ley 136 de 1994 en su artículo 47 inicialmente estableció que las incompatibilidades de los concejales tendrán vigencia desde el momento de su elección hasta 6 meses después del vencimiento del período respectivo, pero que el artículo 43 de la Ley 617 de 2000, estableció que dichas incompatibilidades tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo y en caso de renuncia se mantendrán durante los 6 meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Sostiene que con la Ley 617 de 2000, respecto a la vigencia de las incompatibilidades de concejales, “desaparece” el término de 6 meses posteriores al vencimiento del período respectivo. Añade que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la ley antes señalada, de conformidad con su artículo 86, se predica para las elecciones realizadas a partir del año 2001.

Resalta que entre las incompatibilidades de los concejales se encuentra la de contratar con el respectivo municipio o distrito.

Señala frente al caso de autos, que los señores Otalivar Potosí Arcos (exconcejal) y Hermes Sánchez Adrada (alcalde) suscribieron un contrato “*dentro del período constitucional posterior a 2001*”, razón por la cual estima que no podía aplicárseles el régimen de incompatibilidades de la Ley 136 de 1994, contrario a lo que determinó la Procuraduría Regional de Nariño en el acto administrativo que fue revocado por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 25 numeral 7° del Decreto 262 de 2000⁷.

⁷ “ARTICULO 25. FUNCIONES DISCIPLINARIAS. Las procuradurías delegadas cumplen las siguientes funciones disciplinarias:
(...)”

A renglón seguido argumenta que *“aceptando en gracia de discusión que la norma de transición (artículo 86 de la Ley 617 de 2000), no estaba dirigida a los períodos electorales generados con posterioridad a las elecciones de 2001, sino en consideración a las personas que ya habían sido elegidas con anterioridad, es decir dentro de la hipótesis del señor POTOSÍ ARCOS que siendo concejal período 2001-2003 no podía ser contratado dentro de los 6 meses siguientes por la Alcaldía, surge un conflicto normativo, en cuanto para el alcalde electo SÁNCHEZ ADRADA, no sería aplicable la norma por ser alcalde electo después de 2001, pero sí para el exconcejal POTOSÍ ARCOS, por ser electo con anterioridad, lo cual se estima es contrario a los principios de igualdad de oportunidades ante la ley contenido en el artículo 13 de la Carta Política y de favorabilidad de que trata el artículo 29 ibídem ya que en caso de contradicción de 2 normas vigentes se debe preferir la aplicación de la disposición más favorable, en virtud de lo cual se considera que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar”*.

Los anteriores argumentos fueron expuestos con el fin de justificar que el acto demandado, que revocó la sanción impuesta por el Procurador Regional de Nariño, para la parte accionada se encuentra conforme al ordenamiento jurídico.

Reitera que no le compete a la Procuraduría General de la Nación ni al Consejo de Estado establecer si los señores Hermes Sánchez Adrada y Otilivar Potosí Arcos incurrieron en algún delito al no informarle a la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa que con anterioridad se había presentado una solicitud de revocatoria directa de la sanción impuesta por la Procuraduría Regional de Nariño.

Sostiene que la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa expidió el acto acusado en ejercicio de las competencias legalmente previstas, teniendo en cuenta que *“el artículo 124 de la Ley 734 de 2002, en armonía con los artículos 78 ibídem y 25 numeral 7° del Decreto Ley 262 de 2000, (son) los que establecen la posibilidad de revocar actos administrativos sancionatorios en cabeza de las Procuradurías Delegadas, siendo uno de los motivos, el advertir la infracción manifiesta de normas legales, entonces, para el caso que nos ocupa, la decisión asumida por la Procuraduría 2ª Delegada para la Vigilancia Administrativa, resulta apropiada y por el contrario es inadecuada la interpretación*

7. Revocar, de oficio o a solicitud de parte, sus propios actos y los actos administrativos de naturaleza disciplinaria expedidos por los procuradores regionales y distritales, cuando sea procedente de acuerdo con la ley.”.

que realiza la demanda de los artículos 71 del C.C.A. y 125 de la Ley 734 de 2002”.

Estima que el accionante en la demanda presentada no considera las normas en virtud de las cuales las Procuradurías Delegadas pueden revocar los actos administrativos de naturaleza disciplinaria de las Procuradurías Regionales.

Respecto a la presunta violación del derecho al debido proceso que alega el demandante, por no haber sido vinculado al trámite que dio lugar al acto administrativo demandado, y el supuesto desconocimiento de los actos mediante los cuales fue elegido como Alcalde del Municipio de Leiva, argumenta lo siguiente:

“En el caso que nos ocupa, el origen de la posesión del señor Afranio Rodríguez Muñoz, y de la entrega de su credencial como alcalde obedeció a una situación anormal emanada de la imposición de una sanción irregularmente expedida, razón por la que en aplicación del principio elemental de que “las cosas en derecho se deshacen tal cual se hacen”, al revocarse el acto considerado injusto, lo lógico era que decayera la elección surtida con soporte en un acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico, al margen de que haya surtido efectos a partir del 3 de marzo de 2006.

Los derechos contenidos en los artículos 3°, 40 y 258 de la Carta Política, la expedición de su credencial como alcalde emanada de la Registraduría, en virtud del hecho de desconocerse al momento de proferida la revocatoria directa, también tienen soporte en la vigencia del orden jurídico justo y de allí que no pueda afirmarse la perennidad de dicha elección.

Desde dicho punto de vista, la condición de 3° afectado con la decisión de revocar la decisión sancionatoria no tiene espacio en la medida que la misma se formalizó con sustento en una situación contraria a la ley, que luego desapareció del mundo jurídico por dicha razón.

El escenario dentro del cual se produjo la determinación de revocar la decisión sancionatoria, es el del proceso disciplinario regido por la Ley 734 de 2002, adelantado en contra de los señores SÁNCHEZ ADRADA Y POTOSÍ ARCOS, dentro del cual son sujetos procesales el Estado a través del operador disciplinario y los disciplinados o sus apoderados si los tuviere y en el que se debaten los temas atinentes a la responsabilidad de los disciplinados.

Los artículos 14, 28, 34 y 35 del C.C.A., en virtud del inciso 3° del artículo 1° ibídem, no tiene(n) aplicación ya que el tema de los sujetos procesales en materia disciplinaria, por tratarse de un tema expresamente regulado por la Ley 734 de 2002, dado su carácter especial se debe regir por dicho régimen especial y en lo que no sea previsto se aplica el C.C.A, siempre y cuando no sea incompatible”.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda por las siguientes razones (fls. 549-554):

Afirma que dentro del proceso no existe ningún elemento de juicio que compruebe la supuesta mala fe de las personas que resultaron beneficiadas con la decisión de revocatoria directa.

Indica que la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, tenía competencia para revocar el fallo disciplinario de 14 de noviembre de 2005 de la Procuraduría Regional de Nariño, en tanto se configuraron los presupuestos establecidos para tal fin por el artículo 123 del Código Disciplinario Único⁸.

Añade que la decisión de la Procuraduría Regional de Nariño fue revocada al verificarse que infringió normas constitucionales y legales y que se afectó el debido proceso, *“en consideración a que la nueva norma aplicable al caso les era más favorable a los disciplinados y en aplicación de este principio constitucional fue que la entidad enjuiciada procedió a efectuar la revocatoria directa del fallo impugnado”*.

Considera que no constituye impedimento alguno para que el señor Sánchez Adrada haya solicitado la revocatoria del acto mediante el cual fue sancionado disciplinariamente, el hecho que frente al mismo acto se haya interpuesto una acción de tutela y una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en tanto el *“sancionado puede pedir la revocación total o parcial del fallos sancionatorio cuando no hubiere interpuesto los recursos ordinarios”*, e incluso después de acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, *“siempre y cuando no se hubiere proferido sentencia definitiva y aún si se hubiere proferido, puede también solicitar la revocatoria de la decisión, por causas distintas a las que dio origen a la decisión judicial”*, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 125 del Código Disciplinario Único.

Indica que en el presente trámite no hay prueba de que se haya proferido sentencia definitiva respecto del acto que sancionó a los señores Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos, por lo que era procedente la revocatoria de aquél como se dispuso en el acto acusado.

⁸ **“Artículo 123. Competencia. Los fallos sancionatorios podrán ser revocados por el funcionario que los hubiere proferido o por su superior funcional. *Parágrafo.* El Procurador General de la Nación podrá revocar de oficio los fallos sancionatorios expedidos por cualquier funcionario de la Procuraduría, o asumir directamente el conocimiento de la petición de revocatoria, cuando lo considere necesario, caso en el cual proferirá el fallo sustitutivo correspondiente.”**

En ese orden de ideas estima que se cumplieron los requisitos legalmente establecidos para revocar el acto mediante el cual se sancionó a los señores Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos, motivo por el cual considera la decisión demandada en esta oportunidad debe permanecer incólume.

CONSIDERACIONES

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a decidir con fundamento en las siguientes consideraciones.

I. Cuestión previa. De las excepciones propuestas

Antes de estudiar el fondo del asunto procede la Sala definir lo relacionado con las excepciones de caducidad de la acción, falta de legitimidad en la causa por pasiva e inepta demandada, propuestas en este proceso por la Procuraduría General de la Nación.

1. Estudio de la caducidad de la acción

La Procuraduría General de la Nación al contestar la demanda y al alegar de conclusión propone la excepción de caducidad de la acción, respecto de la pretensión del accionante consistente en que se declare la nulidad de todos los actos administrativos que se hayan proferido con posterioridad a la providencia del 26 de septiembre de 2006 de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, que revocó el fallo disciplinario del 14 de noviembre de 2005 de la Procuraduría Regional de Nariño.

Lo anterior porque estima que dicha pretensión en realidad constituye una solicitud de restablecimiento del derecho, respecto de la cual venció el término previsto en el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A., en tanto la demandada se presentó *“después de transcurrido más de cuatro (4) meses contados a partir del momento en el que se hizo efectiva la restitución al cargo de alcalde de Leiva (Nariño) del señor HERMES SÁNCHEZ ADRADA y más de dos (2) años después de la misma circunstancia”*.

Para resolver la mencionada pretensión es necesario precisar que mediante auto de 20 de febrero de 2009 se inadmitió la demanda con el objeto de que el actor individualizara los actos administrativos que se profirieron con posterioridad a la

decisión de 26 de septiembre de 2006 de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa (fls. 263-265), y el demandante mediante memorial de 14 de abril de 2009 corrigió la demanda, indicando que el único acto cuya nulidad solicita es la decisión antes señalada (fls. 266-268), es decir, que ya no pretende la anulación de los actos administrativos que se hayan proferido como consecuencia de la misma.

En ese orden de ideas, la excepción de caducidad de la acción que propone la Procuraduría General de la Nación respecto de todos los actos administrativos que se hayan proferido con posterioridad a la providencia de 26 de septiembre de 2006 de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, que revocó el fallo disciplinario de 14 de noviembre de 2005 de la Procuraduría Regional de Nariño, hace referencia a actos que el demandante no está controvirtiendo en esta oportunidad, por lo que dicha excepción no está llamada a prosperar.

En ese orden de ideas se reitera que el único acto administrativo cuya anulación solicita el actor, es la decisión de 26 de septiembre de 2006 de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, la cual controvierte mediante la acción de simple nulidad, que de conformidad con el numeral 1° del artículo 136 del C.C.A., puede ejercerse *“en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto”*.

2. De la presunta falta de legitimidad por pasiva

La entidad demandada alega como excepción la falta de legitimidad en la causa por pasiva, respecto de los argumentos que expone el actor relacionados con la presunta comisión de delitos por parte de los señores Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos, al no informarle a la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, que con anterioridad, la Procuraduría Regional de Nariño había negado la solicitud de revocatoria de la sanción impuesta.

Lo anterior porque considera que dicho motivo de inconformidad no está llamado a resolverse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y además porque no puede invocarse para lograr la nulidad de un acto administrativo proferido por la Procuraduría, acciones u omisiones de personas naturales.

Sobre el particular estima la Sala, que los argumentos que expone el actor relacionados con la presunta mala fe de los señores Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos (en especial del primero), de no informarle a la Procuraduría

Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa que con anterioridad se había solicitado la revocatoria directa del acto mediante el cual fueron sancionados, y que dicha petición fue negada por la Procuraduría Regional de Nariño, están orientados a argumentar la supuesta falta de competencia de la Procuraduría Segunda Delegada para resolver la segunda solicitud de revocatoria directa de la sanción impuesta a Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos, más que pretender que se establezca la responsabilidad penal de dichos ciudadanos, que evidentemente no es competencia de esta jurisdicción .

En efecto, de la pretensión aducida no se advierte que el demandante procure que se determine la responsabilidad penal de los señores Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos, sino simplemente que se declare la nulidad de la decisión de 26 de septiembre de 2006 de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, consistente en revocar el fallo disciplinario de 14 de noviembre de 2005 de la Procuraduría Regional de Nariño, entre otras razones, porque estima que la primera de las Procuradurías señaladas no tenía competencia para resolver la solicitud de revocatoria directa, teniendo en cuenta que con anterioridad ya se había resuelto una petición en el mismo sentido, información que según el actor de mala fe fue omitida por el señor Sánchez Adrada especialmente.

Adicionalmente, la Procuraduría General de la Nación es la entidad llamada a defender la legalidad de la decisión controvertida en esta oportunidad, y por consiguiente, a pronunciarse respecto de los argumentos que exponer el actor, como la presunta falta de competencia en la emisión de la decisión de 26 de septiembre de 2006 de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, por lo que claramente se advierte que sí está legitimada en la causa por pasiva, y por ende, que la mencionada excepción no está llamada a prosperar.

3. De la presunta ineptitud de la demanda

Argumenta la Procuraduría General de la Nación, que hay lugar a decretar la excepción de *“inepta demanda por ausencia de análisis del argumento sustancial planteado en el acto acusado”*, en tanto *“no se hace ninguna referencia en la demanda a la aplicabilidad o no de los artículos 43 y 86 de la Ley 617 de 2000 y a la aplicabilidad o no del principio de favorabilidad en materia disciplinaria respecto del nuevo texto del artículo 47 de la Ley 136 de 1994, en cuanto se aplica aunque*

sea posterior de preferencia a la restrictiva o desfavorable, al margen de la transición que se dijo se aplicaba a partir de elecciones posteriores al año 2000'.

Frente a las anteriores afirmaciones considera la Sala, que la Procuraduría General de la Nación lo que pretende argumentar es que el actor no justifica lo suficiente sus motivos de inconformidad, por lo que no ha desvirtuado la presunción de legalidad de los actos demandados, asunto que no tiene relación con las exigencias formales para presentar la demanda, sino con el fondo del asunto, el cual será analizado a continuación.

Adicionalmente la Sala no comparte la apreciación de la Procuraduría General de la Nación, consistente en que hay lugar a decretar la excepción de inepta demanda, toda vez que el Despacho hizo el análisis pertinente al momento de admitir la demanda y determinó que cumplía con los requisitos establecidos en los artículos 137 y 138 del C.C.A.; en consecuencia no es procedente la solicitud.

Las demás excepciones propuestas son argumentos defensivos y no propiamente excepciones que se resolverán con el fondo del asunto.

II. Análisis del caso concreto.

Problema jurídico.

Resueltas las excepciones propuestas por la parte demandada, procede la Sala a concretar el fondo de la controversia planteada, que gira alrededor de la legalidad del acto administrativo de 26 de septiembre de 2006, emitido por la Procuradora Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, que revocó directamente el fallo N° 038 de 14 de noviembre de 2005 de la Procuraduría Regional de Nariño, a través del cual se sancionó con destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos a los señores Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos y sobre el cual se alega la violación de normas superiores, particularmente lo atinente a la seguridad jurídica y el principio de soberanía; falta de competencia de la Procuradora Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, porque para el momento de la revocación ya había asumido el conocimiento la jurisdicción contenciosa; debido proceso, en tanto no se le respetó su derecho como tercero interesado.

Para resolver el problema descrito, la Sala lo estudiará conforme a la siguiente estructura: 1. Antecedentes administrativos, 2. acto demandado. 3. Cargos: 3.1

Infracción de normas superiores, 3.2. Falta de competencia, 3.3. Violación al debido proceso.

1. Antecedentes administrativos.

Como en el caso de autos se controvierte la legalidad de un acto administrativo a través del cual se revocó otra decisión del mismo ente, es pertinente precisar en primer lugar, el contenido de la decisión revocada y las actuaciones que tuvieron lugar alrededor de la misma, a fin de tener una mayor comprensión de la decisión cuya nulidad se pretende en esta oportunidad, y por ende, de los motivos por los cuales el demandante estima que la misma es contraria al ordenamiento jurídico y en segundo lugar, el acto demandado. (fls. 294-406).

A) La Procuraduría Provincial de Pasto adelantó una investigación disciplinaria contra los señores Hermes Sánchez Agradada y Otalivar Potosí Arcos, por posible violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en tanto el primero en su condición de Alcalde del Municipio de Leiva suscribió el 1° de marzo de 2004 con el segundo, que fue concejal de dicha entidad territorial durante el periodo 2001 a 2003, un contrato de prestación de servicios como promotor de salud de la IPS del municipio, el cual fue prorrogado el 2 de mayo del mismo año (fls. 297-298).

Como resultado de la investigación adelantada, la referida Procuraduría el día 15 de septiembre de 2005 elevó pliego de cargos en contra de los ciudadanos antes señalados por violación de los artículos 45 y 47 de la Ley 136 de 1994, de conformidad con el artículo 48 ordinal 17 de la Ley 734 de 2002 y los artículos 1°, 2° y 15° del artículo 34 y 35 numeral 1° del C.D.U y tipificó la falta como gravísima (fls. 299-305).

Los cargos los concretó de la siguiente manera:

1. El señor HERMES SÁNCHEZ AGRADADA, en calidad de Alcalde del Municipio de Leiva (N) a la época de los hechos, al parecer incurrió en violación del 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 posteriores al vencimiento del periodo en el que se desempeñó como concejal del mismo Municipio, incurriendo en falta disciplinaria gravísima.

2. El señor OTALIVAR POTOSÍ ARCOS, Concejal del Municipio de Leiva (N) hasta el día 31 diciembre de 2003, habría incurrido en violación del régimen de incompatibilidades, por haber contratado sus servicios personales con el municipio de Leiva los días 1° de marzo y 2 de mayo de 2004, encontrándose dentro de los seis meses posteriores al vencimiento del periodo para el que fue elegido (2001-2003), incurriendo en falta disciplinaria de carácter gravísimo."

B) Mediante el fallo N° 0036 de 14 de octubre de 2005, la Procuraduría Provincial de Pasto absolvió de responsabilidad disciplinaria a los señores Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos (fls. 316-328).

Analizó que el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 3° de la Ley 177 de 1994 y la duración de las incompatibilidades prevista en la Ley 617 de 2000 (art. 43), daban lugar a concluir que de aplicarse la norma señalada, el señor Otalivar Potosí Arcos no habría desconocido el régimen de inhabilidades e incompatibilidades al suscribir un contrato con el Alcalde de Leiva, pocos meses después de finalizar su periodo como concejal de la misma entidad territorial, en tanto las incompatibilidades para los concejales tienen vigencia hasta la terminación del periodo constitucional respectivo, y no 6 meses después como con anterioridad lo establecía la Ley 136 de 1994 (art. 47).

No obstante lo anterior, precisó que la Ley 617 de 2000 en cuanto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades rige para las elecciones que se realicen a partir del año 2001, motivo por el cual estimó que en principio dicha ley no era aplicable a la situación del señor Otalivar Potosí Arcos, dado que él participó para la elecciones que se llevaron a cabo en el mes de octubre de 2000, por lo que en estricto sentido la norma pertinente era la Ley 136 de 1994 (antes de su modificación por la Ley 617), pero dado que dicha situación desapareció posteriormente con la citada ley, ante la existencia de dos disposiciones que regulan un mismo aspecto de la vida municipal, aplicó el principio de favorabilidad en materia sancionatoria.

Adicionalmente analizó que los disciplinados obraron con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituía falta disciplinaria. Sobre el particular manifestó:

“Se plantea así la existencia de un error sobre el que se condujo el burgomaestre para proceder a la vinculación del exconcejal.

El concepto jurídico que definió la contratación del exconcejal, obra de autos. En él se dice al mandatario local que procede de acuerdo con el artículo 47 de la Ley 617 de 2000. Es anterior a las órdenes de prestación del servicio y es fruto de la inquietud puntal del servidor público.

Convergen es esas circunstancias los presupuestos que el doctrinante Roxin Claus plantea sobre el error de prohibición para calificarlo de vencible o no.

a) la formación de duda materiales.

b) el esfuerzo suficiente para superarlas o despejarlas.

c) los resultados de su acción resultan contrario al ordenamiento jurídico.”

C) La decisión descrita fue revocada mediante fallo N° 038 de 14 de noviembre de 2005 por la Procuraduría Regional de Nariño, que sancionó a los señores Hermes Sánchez Adrada y Otalivar Potosí Arcos con destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de 10 años. En síntesis, argumentó (fls. 330-382):

- ... *“la tesis del Procurador Provincial no es acertada, pues, entre otros tantos argumentos, basta reparar en una sola circunstancia: el precepto de la Ley 136 de 1994 de que se trata, es decir el artículo 47, **no fue derogado por la nueva ley, sino simplemente modificado, es decir que mantiene su vigencia con los aditamentos que introdujo el artículo 43 de la Ley 617 de 2000**”.*

- Sobre los efectos de la ley en el tiempo afirmó que *“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”.*

- A renglón seguido expuso algunos argumentos respecto a los propósitos del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y la aplicación de las garantías del proceso penal al disciplinario, precisando respecto de este último, que dichas garantías se modulan *“para adecuar el ejercicio del poder disciplinario a la naturaleza y objeto del derecho disciplinario”.*

En tal sentido indicó que *“la naturaleza de los bienes protegidos por el derecho disciplinario, lleva necesariamente a lo que se tiene por aplicación modulada de los principios que son propios de todo derecho sancionador, habida cuenta que en este caso, y tal como lo regula el artículo 22 del CDU, lo que se busca es salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que el servidor del Estado debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función”.*

- Teniendo en cuenta lo anterior, manifestó que *“cuando que se expidió la Ley 136 de 1994, el legislador atendió la especiales circunstancias dentro de las cuales se desarrollaba la vida institucional del país, especialmente aquellas que se relacionaban en forma directa con el acceso a la función pública y el comportamiento que debía asumir, en guarda de ese interés general tan pregonado (que debe ser el propósito y la conducta), aquellos que en su momento ostentaron una calidad oficial en su diversidad de manifestaciones. En otras palabras, el legislador, dentro de su libertad configurativa, valoró para aquel tiempo la realidad social, política y económica, tal como lo sostiene la Corte Constitucional en la sentencia C-194 de 1995”*.

Adujo también que el artículo 47 de la Ley 136 de 1994, vigente para la época en que los señores Sánchez Adrada y Potosí Arcos suscribieron el referido contrato de prestación de servicios, señalaba que las incompatibilidades de los concejales tendrían vigencia hasta los 6 meses siguientes a la finalización del periodo constitucional, por lo que estima que a luz de la norma aplicable para la época en que tuvieron lugar los hechos, dichos ciudadanos violaron el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

- En consecuencia por disposición del mismo legislador, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la Ley 617 de 2000, *“sólo puede ser aplicado –para todos los efectos- respecto de los comicios que se realicen **a partir del año 2001**, plasmándose en esa concreta disposición aquella autonomía y libertar del poder legislativo, porque es inherente a su función constitucional la de **determinar cuándo comienza** y cuándo finaliza la vigencia de las incompatibilidades”*.

- En ese entendido dijo *“no se trata de discutir ni la vigencia, ni mucho menos la importancia del principio de favorabilidad, como que es una de la garantías del sometido al ius puniendi que se halla constitucionalmente consagrada, sino de destacar que tal disposición rectora no puede ser aplicada cuando en unos de los cuerpos normativos cuya comparación se efectúa, se determina de manera expresa desde cuándo comenzaran a regir sus mandatos, sin que, por tanto, puede hablarse jurídicamente de una coexistencia de dos preceptos, posición ésta que es la del recurrente y el que el Despacho acoge, más aún si se atiende la teleología de las reglas, cual es, se insiste, la de evitar que 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”.

- Agregó que el principio de favorabilidad se aplica para resolver conflictos entre leyes que coexisten en el tiempo, pero en el caso de autos las normas citadas son claras en cuanto a la época en que resultan aplicables.

Por las razones expuestas manifestó estar en desacuerdo con la aplicación del principio de favorabilidad que realizó la Procuraduría Provincial de Pasto.

- Tampoco compartió la aplicación de la causal de inculpabilidad aplicada, por *“que no deja de ser extraño”* que el concepto del asesor jurídico del municipio solo haya sido aportado casi 5 meses después de que se diera apertura a la investigación disciplinaria, y que el mismo al parecer fue elaborado teniendo en cuenta los cargos formulados contra el Alcalde de Leiva.

- Agregó que respecto del Alcalde de Leiva no puede considerarse que carecía de la ilustración suficiente para establecer si era o no permitida la contratación con el exconcejal Potosí, teniendo en cuenta que el mismo como burgomaestre estaba en la obligación de conocer con mayor precisión el marco normativo que regulaba su actuación como servidor público.

- Concluyó afirmando que *“el Alcalde Sánchez 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. Se trata, sin ninguna duda de un obrar 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”.*

D) De folios 383 a 397 del expediente se encuentra una providencia de 26 de marzo de 2006 de la Procuraduría Regional de Nariño, mediante la cual negó la solicitud de revocatoria directa del fallo antes descrito, elevada el 13 de diciembre de 2005 por el señor Hermes Sánchez Agradada (fls. 94-107), en la que éste alegó fundamentalmente, que la decisión controvertida había desconocido las razones de interés general por las cuales se contrató al señor Otalivar Potosí; que frente a la presunta situación de incompatibilidad debió aplicarse la Ley 617 de 2000 y no la Ley 136 de 1994, pues la primera ya regía cuando el señor Potosí fungía como

concejal de Leiva; que ante la discusión existente sobre la aplicación de las normas antes señaladas debe optarse por la Ley 617 en aplicación del principio de favorabilidad; y que en su caso deben aplicarse las causales de exclusión de responsabilidad establecidas en los numerales 2 y 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, porque no existe prueba que lleve a concluir que con la suscripción del referido contrato se hubiere afectado el bien jurídico tutelado, y porque respecto de aquél existe un concepto jurídico según el cual no había problema alguno con que los señores Otalivar Potosí Arcos y Hermes Sánchez Adrada contrataran.

En la providencia de 26 de marzo de 2006, la Procuraduría Regional de Nariño negó la mencionada solicitud de revocatoria, reiterando los argumentos que expuso en el fallo N° 038 de 14 de noviembre de 2005, relativos a la aplicabilidad de la Ley 136 de 1994 frente al caso de los ciudadanos antes señalados, a la configuración de la causal de incompatibilidad alegada, a la no pertinencia del principio de favorabilidad, y al hecho “*extraño*” de que el concepto jurídico que citan los sancionados para solicitar la exclusión de su responsabilidad, fue proferido meses después de que contra los mismos se iniciara indagación preliminar y apareciera “*exactamente amoldado al cargo formulado contra el burgomaestre*”.

E) Con posterioridad, los señores Otalivar Potosí Arcos y Hermes Sánchez Adrada, solicitaron ante la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, la revocatoria del fallo N° 038 de 14 de noviembre de 2005 de la Procuraduría Regional de Nariño.

Dicha petición fue resuelta mediante providencia de 26 de septiembre de 2006 por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa (fls. 398-406), en el sentido de revocar el fallo antes señalado y en su lugar absolver a los referidos ciudadanos.

F) En el acto acusado (26 de septiembre de 2006) se expusieron de la siguiente manera las razones que tuvieron los señores Otalivar Potosí Arcos y Hermes Sánchez Adrada para solicitar la revocatoria de la sanción en su contra:

“Con memorial recibido el día 28 de abril de 2006 el señor OTALIVAR POTOSÍ, en su condición de sujeto procesal, presentó solicitud de revocatoria directa de la citada decisión, alegando como causal la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, argumentando, que, se le violó el debido proceso, pues, en el primer fallo de primera instancia, se le absuelve de toda responsabilidad, pero en segunda instancia, es declarado responsable con la máxima sanción, sin que se le hubiera dado la oportunidad de defenderse; además, en dicha decisión no se tuvieron en cuenta todas las pruebas

allegadas por los inculpados, para desvirtuar el cargo imputado, omitiendo lo previsto en el artículo 141 del C.D.U. según el cual:

“(…) Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente (…)”

Que la norma en comento contiene la orden imperativa de que todas las pruebas deberán valorarse, analizarse, considerarse o apreciarse en su conjunto.

La Procuraduría Regional de Nariño, no tuvo en cuenta algunos testimonios, ni el concepto proferido por el Asesor del Municipio, Dr. Gustavo Coral Verdugo, dejándolo sin validez y sin análisis. Que plantear que ese concepto se debió aportar desde el momento en que se notificó al Alcalde Sánchez Adrada de la existencia del proceso, y no en la fecha en que se entregó a la Provincial de Pasto. (fls. 393 a 405), no es un argumento para considerar.

Igualmente, el señor Hermes Sánchez Adrada, presentó un escrito de revocatoria directa, con los mismos argumentos propuestos por el señor OTALIVAR POTOSÍ ARCOS, agregando, que la culpabilidad calificada por la Procuraduría Regional de Nariño, no se basó en las pruebas que se allegaron al proceso sino en una definición preconcebida y, por tanto, teórica que, en ningún momento, conlleva a la realidad procesal.

También manifestó, que se vulneró el debido proceso. Que una cosa es la efectividad de la garantía constitucional, que no depende de la ley en cuanto no proviene de ésta y otra muy distinta, la verificación acerca del contenido del debido proceso con relación a cada caso, que siempre tendrá un factor de comparación (con) lo dispuesto en la ley correspondiente.

Esto implica que, si bien el derecho constitucional del debido proceso no precisa de un estatuto legal que lo haga reclamable de manera inmediata y plena, siempre habrá de verse, para deducir si se ha respetado o no es objeto de violación, cuáles son las reglas procesales aplicables en el evento específico, es decir, las generales y abstractas, vigentes con anterioridad e integrantes de la ley prevista para cada proceso.

Consideró, que se debió aplicar en todo su conjunto, la Ley 734 de 2002, que regula el procedimiento disciplinario, pero que para el evento en estudio, el Juez Disciplinario sólo lo hizo parcialmente (fls. 423-429).

Así mismo, presentó otro escrito, el 13 de septiembre de 2006, en el que hace un recuento, sobre su historia laboral como Alcalde de Leiva (Nariño), que fue elegido por elección popular para dos períodos del 2000 al 2003 y del 2004 a 2007.

Por último, explica que la fecha del contrato de prestación de servicios es del 1 de marzo de 2004, cuatro años después de estar vigente la Ley 617 de 2000 y que, además, se tienen conceptos por escrito de los Jurídicos de la Gobernación de Nariño, del Asesor Jurídico del Municipio, donde dicen que se pueden contratar con el mencionado señor POTOSÍ ARCOS, acudiendo al principio de favorabilidad”.

2. Acto demandado.

Contenido en la decisión de 26 de septiembre de 2006 proferida por la Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, la cual revocó el fallo N° 038 de 14 de noviembre de 2005 de la Procuraduría Regional de Nariño, y absolvió a los

señores Otalivar Potosí Arcos y Hermes Sánchez Adrada, con la siguiente argumentación:

- Afirmó que se cumplen los requisitos previstos en los artículos 124 y 125 del C.D.U., para resolver la solicitud de revocatoria directa, toda vez que los funcionarios sancionados dentro del proceso disciplinario no presentaron recurso de apelación y alegaron que en el mismo se vulneró el derecho al debido proceso.
- Relató que los señores Otalivar Potosí Arcos y Hermes Sánchez Adrada fueron sancionados disciplinariamente porque el primero de ellos después de desempeñar el cargo de concejal de Leiva hasta el 31 de diciembre de 2003, contrató sus servicios personales con el alcalde de dicho municipio, el señor Sánchez Adrada, los días 1 de marzo y 2 de mayo de 2004, en desconocimiento del régimen de incompatibilidades, específicamente, de la causal 1° del artículo 45 de la Ley 136 de 1994 que señala que los concejales *“no podrán aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública ni vincularse como trabajador oficial, o contratista, so pena de perder la investidura”*, causal que de acuerdo al artículo 47 de la misma ley tiene una vigencia *“desde el momento de su elección y **hasta seis meses posteriores al vencimiento del periodo respectivo**”*, tiempo durante el cual se presentó la mencionada contratación.
- Resaltó que el artículo 47 de la Ley 136 de 1994, fue modificado por el artículo 43 de la Ley 617 de 2000, indicando que las incompatibilidades de los concejales tendrían vigencia *“**hasta la terminación del periodo constitucional respectivo**”*.
- Teniendo en cuenta lo anterior, dijo que en aplicación del principio de favorabilidad, el caso de los sancionados debe ser analizado con fundamento en la Ley 617 de 2000, en virtud de la cual como las incompatibilidades solo tienen vigencia hasta la terminación del periodo constitucional respectivo, por consiguiente no puede predicarse que el señor Otalivar Potosí Arcos desconoció el régimen de incompatibilidades, pues suscribió el referido contrato **después** de que finalizó su periodo constitucional como concejal de Leiva:

“Así las cosas, la eventual irregularidad que se le imputa a los implicados, no tendría respaldo legal a la luz del precepto transcrito (artículo 43 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 47 de la Ley 136 de 1994) en razón a que, al vencimiento de su periodo, podía vincularse al Municipio mediante contrato, pues, su extensión ya no se haría efectivo seis meses después.

No obstante, por disposición del artículo 86 del Ley 617 de 2000, sólo operaría con posterioridad. “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”.

En este orden de ideas, de conformidad con lo antes expuesto, se dará aplicación, al principio de favorabilidad, porque en materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, como en el presente caso, situación que se presentó por el cambio de legislación.

En consecuencia, se revocará el fallo de segunda instancia del 14 de noviembre de 2005, proferido por la Procuraduría Regional de Nariño y se absuelve de toda responsabilidad a los señores OTALIVAR POTOSÍ ARCOS Y HERMES SÁNCHEZ ADRADA”

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 del mismo año.

3. Cargos formulados.

3.1. Violación de normas superiores, particularmente en lo atinente a la seguridad jurídica y el principio de soberanía.

-Sostiene el actor que se transgredieron las normas regulatorias de la revocatoria directa: artículos 69 del C.C.A., 122 y 123 de la Ley 734 de 2002, porque allí se previó que este trámite fuera conocido por los mismos funcionarios que lo expidieron o por sus inmediatos superiores. Que la “o” allí dispuesta es una conjunción que denota alternativa o separación entre lo uno y lo otro, lo que para el caso en concreto significa, que se podía solicitar ante la Procuradora Regional o ante el inmediato superior, pero de ninguna manera ante las dos “entidades” (sic).

-De otro lado, la nulidad también se concreta, señala, porque no se da ninguna de las causales previstas en el artículo 69 ib., toda vez que la sanción fue impuesta conforme al artículo 86 de la Ley 617 de 2000, esto es, que era aplicable a partir de las elecciones del año 2001 y las autoridades solo pueden hacer lo que está dispuesto en la Constitución o en la ley. En cuanto a la segunda causal, tampoco se da porque la credencial de Afranio Rodríguez Muñoz fue entregada conforme al interés público o social, porque fue el pueblo soberano que lo eligió a través del voto popular. También es improcedente la causal tercera, porque a él fue el que se le causó un agravio injustificado, dado que fue legítimamente elegido.

-Asegura el demandante, que la supuesta violación a los derechos de igualdad, favorabilidad y debido proceso, ya habían sido resueltos no solo en la primera solicitud de revocatoria directa, sino en la acción de tutela instaurada ante el

Tribunal Administrativo de Nariño, que la negó porque no existía violación alguna a esos derechos.

Toda la actuación surtida a raíz de la revocatoria directa por parte de la Procuraduría General de la Nación, afirmó, produce inseguridad jurídica.

Decisión.

La revocatoria directa es un mecanismo de control de los actos administrativos previsto tanto en el Código Contencioso Administrativo –arts. 69-74- como en el nuevo C.P.A.C.A., arts. 93-97, como un régimen general a través del cual la administración puede corregir sus decisiones suprimiéndolas, dejándolas sin efecto o modificándolas cuando quiera que sean manifiestamente violatorias del ordenamiento jurídico superior, no estén conformes con el interés público o social, atenten contra éste, o causen agravio injustificado a una persona, es decir, están ligadas a la constitucionalidad y legalidad, al interés público o social y a la equidad.

En materia disciplinaria y por su naturaleza especial está ubicada en el capítulo IV artículos 122-127 del C.D.U., algunos de ellos modificados por la Ley 1474 de 2011, sobre los cuales no se hará referencia toda vez que para la fecha de los hechos no estaban vigentes.

Bajo el marco legal expuesto, veamos los presupuestos establecidos para la revocatoria directa en los artículos 122 a 127 del C.D.U., los cuales se pueden resumir así:

- a) Que el fallo sea sancionatorio, solo cabe como excepción los fallos absolutorios de faltas que constituyen violaciones del derecho internacional de los derechos humanos⁹.
- b) A solicitud de parte o a petición del sancionado. La petición de revocatoria ser parcial o total.
- c) La competencia radica en el funcionario que profirió la decisión, el superior jerárquico o el Procurador General de la Nación.

⁹ C-014 de 2004.

- d) Las causales de revocatoria son: la infracción manifiesta de las normas constitucionales, legales o reglamentarias y la vulneración o amenaza manifiesta de los derechos fundamentales.
- e) Que no se hubiesen interpuesto los recursos ordinarios.
- f) La solicitud puede hacerse aun cuando el sancionado haya acudido a la Jurisdicción Contenciosa, siempre que no se haya dictado sentencia. Si ya se ha hecho, puede solicitarse la revocatoria por una causa diversa a la que dio origen a la decisión judicial.
- g) Debe cumplir los requisitos mínimos exigidos para el trámite de la revocatoria, so pena de inadmisión o rechazo.
- h) La solicitud de revocatoria debe ser resuelta en 3 meses a partir de su recibo y debe invocarse dentro de los 5 años siguientes a la fecha de ejecutoria del fallo¹⁰
- i) No revive los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso-administrativas, ni da lugar a interponer recurso alguno, ni a la aplicación del silencio administrativo.

-El primer cuestionamiento de este cargo está referido a la competencia para decidir la revocatoria directa, toda vez que afirma el actor, no la podía asumir nuevamente la Procuraduría Delegada dado que ya había sido negada por la Procuradora Regional de Nariño a quien se le solicitó primeramente.

Encuentra el Despacho en el acervo probatorio, que en efecto el señor Hermes Sánchez Adrada por medio de su apoderada¹¹ le pidió a la referida funcionaria la revocatoria directa del fallo sancionatorio, el 13 de diciembre de 2005. Esta petición fue negada por decisión de 6 de marzo de 2006¹².

Consta a su vez en el texto de la revocatoria directa definida por la Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, que el 28 de abril de 2006 por única vez el señor Olivar Potosí Arcos le solicitó a esa dependencia en su calidad de sancionado, la revocatoria directa del fallo No. 038 de 14 de noviembre dictado por la Procuradora Regional de Nariño, habida cuenta que se había vulnerado el

¹⁰ C-666-08.

¹¹ Fl. 94.

¹² Fls. 78-92.

debido proceso. En el mismo sentido hizo la solicitud el señor Hermes Sánchez Adrada, aunque no se precisa la fecha¹³.

Es evidente de acuerdo a lo probado, que la Delegada en cita debía asumir la competencia, porque no hacerlo contrariaba las normas previstas para tal fin. En efecto, el señor Otalivar Potosí Arcos, en su condición de sujeto disciplinario hizo tal petición conforme a su derecho **solamente** ante esa dependencia a diferencia del ex alcalde Sánchez Adrada que sí repetía tal pretensión; a pesar de ello, la decisión de la Delegada no podía ser excluyente respecto de uno u otro disciplinado, porque tal y como lo adujo en esa revocatoria directa cuyos argumentos jurídicos fueron validados en el análisis de legalidad surtido con ponencia de este Despacho¹⁴ en el recurso de apelación que estudió la nulidad del fallo sancionatorio de la Procuradora Regional de Nariño, eran aplicables los principios de legalidad y favorabilidad a la actuación de los dos sancionados. En esa oportunidad esta Subsección concluyó lo siguiente:

“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”.

De acuerdo a lo expuesto, era viable el estudio de la revocatoria directa por parte de la Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa respecto del señor Potosí Arcos, toda vez que, se reitera, no había hecho otra solicitud en tal sentido ante ninguno de los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, y por otra parte, era aplicable la decisión que se tomara a los dos disciplinados, es decir, que también cobijaba al señor Hernán Sánchez Adrada en virtud de los principios de legalidad e igualdad, entre otros principios fundamentales; por consiguiente, el cargo será negado.

-La otra parte del cuestionamiento tiene que ver con que ninguna de las causales enlistadas en el artículo 69 del C.C.A., le eran aplicables al caso concreto.

¹³ Fls. 442-447.

¹⁴ Expediente: No. 0354-2009. Actor: HERMES SANCHEZ ADRADA. Demandó en nulidad y restablecimiento 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.

se señaló en el aserto anterior, que las normas disciplinarias por ser materia especial regulan lo atinente a la revocatoria directa y solo en el evento de que no esté previsto el asunto o lo esté deficientemente, puede acudir al principio de integración normativa señalado en el artículo 21 del C.D.U. Como en este caso el tema está regulado completamente, las normas aplicables son las del Código Disciplinario Único y no las del Código Contencioso Administrativo y lo allí previsto en los artículos 69 a 74. En ese entendimiento, el artículo 124 del Código Disciplinario enumera las causales para solicitar la revocatoria directa que son dos: cuando se infrinjan manifiestamente las normas constitucionales, legales o reglamentarias en que deben fundarse; y cuando con ellos se vulneren o amenacen los derechos fundamentales.

En la petición de revocatoria directa resuelta por la Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa mediante el acto administrativo demandado, se alegó como causal, la vulneración o amenaza del derecho fundamental del debido proceso, soportado en que la segunda Es necesario reiterar conforme instancia que los declaró responsables con la máxima sanción no les dio la oportunidad de defenderse, además, que en dicha decisión no se tuvieron en cuenta todas las pruebas allegadas, que la culpabilidad no se fundó en las pruebas sino en ideas preconcebidas, que se debió aplicar en su conjunto la Ley 734 de 2002 y finalmente, que la fecha del contrato de prestación de servicios es del 1 de marzo de 2004, 4 años después de estar vigente la Ley 617 de 2000, tema sobre el cual existen conceptos jurídicos que viabilizaban la contratación en las condiciones en que lo hicieron.

La decisión de acuerdo a la solicitud la revocatoria fue zanjada en tal sentido por la Procuradora Delegada y en especial privilegió la aplicación del principio de favorabilidad, toda vez que en materia disciplinaria aseveró, se aplicará de preferencia la ley permisiva o favorable sobre la restrictiva o desfavorable aun cuando sea posterior, como en ese caso cuando hubo cambio de legislación.

Significa lo anterior, que la funcionaria de la Procuraduría estudió la revocatoria directa y ella prosperó por una de las causales específicas dispuestas para para tal fin, como fue la vulneración de normas constitucionales y derechos fundamentales y particularmente del debido proceso.

En virtud de lo dicho, tampoco prosperará el cargo por tal concepto.

-El tercer aspecto está relacionado con la supuesta violación a los derechos de igualdad, favorabilidad y debido proceso que en su concepto ya habían sido resueltos no solo en la primera solicitud de revocatoria directa, sino también en la acción de tutela en donde el Tribunal Administrativo de Nariño la negó porque no existía violación alguna a esos derechos.

Este cargo también será negado por las siguientes razones:

La revocatoria directa resuelta por la Procuradora Regional del Nariño solo lo fue respecto de la petición del señor Hermes Sánchez Adrada y no la de Otalivar Potosí Arcos como se demostró en líneas anteriores, por lo tanto no es cierta la aseveración del actor de que había sido definitivamente decidida. Contrario a su afirmación, se evidenció que si era procedente el estudio y resolución por parte de la Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, con resultado diverso al determinado por la Regional de Nariño.

De otra parte, no se transgrede el principio de *non bis in ídem*, respecto de la tutela y la revocatoria directa, porque si bien pueden compartir situaciones fácticas y probatorias, las competencias son distintas, la una jurisdiccional y la otra, administrativa, por consiguiente, cada una tiene fuentes y análisis diversos atendiendo los planteamientos generados en cada una de las peticiones.

Lo hasta aquí expuesto demuestra que la actuación surtida en el trámite de la revocatoria directa estuvo ajustada a la ley. Ahora bien la inseguridad jurídica alegada por el actor ante una decisión administrativa que se creía en firme, tiene que ver con la tensión que se presenta entre dos principios constitucionales. De una parte, el principio de seguridad jurídica y por otra, el principio de justicia material.

El principio de seguridad jurídica está relacionado con lo que la doctrina ha denominado como “la cosa decidida” y bajo la forma del *non bis in ídem*, y el principio de justicia material, con el deber que tiene el Estado de promover la vigencia de un orden justo, dado que tiene que investigar y sancionar las infracciones de los deberes funcionales de sus servidores.

En el caso *sub iudice*, la cosa decidida cede ante la justicia material para privilegiar el principio de legalidad, al haberse proferido una decisión que no se ajustaba a la interpretación fundamental y sustancial correspondiente a la actuación funcional de los disciplinados.

Lo mismo puede predicarse del principio de soberanía, toda vez que tanto el actor como Hermes Sánchez Adrada, fueron elegidos popularmente, solo que al segundo le fue interrumpido su mandato en virtud de un acto ilegal, como finalmente se resolvió en la acción de nulidad y restablecimiento conocida por este Despacho bajo el radicado interno No. 0354-2009 de 10 de julio de 2014, al declarar la nulidad de la Resolución No. 038 de 14 de noviembre de 2005 expedida por la Procuradora Regional de Nariño, y a la corrección administrativa hecha por la propia entidad por medio de la revocatoria directa, para devolver el orden justo como fin esencial del Estado.

3.2 Falta de competencia de la Procuradora Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa.

Sustentado este cargo por el demandante, en que al haber acudido el señor Sánchez Adrada en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa no tenía competencia porque ya estaba bajo el conocimiento de la jurisdicción.

Decisión.

El artículo 125 del C.D.U. vigente para la época de los hechos señalaba lo siguiente:

“Artículo 125. Revocatoria a solicitud del sancionado. El sancionado podrá solicitar la revocación total o parcial del fallo sancionatorio, siempre y cuando no hubiere interpuesto contra el mismo los recursos ordinarios previstos en este Código.

La solicitud de revocatoria del acto sancionatorio es procedente aun cuando el sancionado haya acudido a la jurisdicción contencioso-administrativa, siempre y cuando no se hubiere proferido sentencia definitiva. Si se hubiere proferido, podrá solicitarse la revocatoria de la decisión por causa distinta a la que dio origen a la decisión jurisdiccional.

La solicitud de revocación deberá decidirla el funcionario competente dentro de los tres meses siguientes a la fecha de su recibo. De no hacerlo, podrá ser recusado, caso en el cual la actuación se remitirá inmediatamente al superior funcional o al funcionario competente para investigarlo por la Procuraduría General de la Nación, si no tuviere superior funcional, quien la resolverá en el término improrrogable de un mes designando a quien deba reemplazarlo.

Cuando el recusado sea el Procurador General de la Nación, resolverá el Viceprocurador”.

Bajo ese entendido, es procedente que la entidad conozca la solicitud de revocatoria hasta cuando no se hubiere proferido sentencia judicial definitiva, y en el caso de que se hubiere dictado, siempre que se sustente en una causa distinta de la que dio origen la decisión jurisdiccional.

En el caso bajo estudio, la revocatoria directa se produjo el 26 de marzo de 2006 y la sentencia de nulidad y restablecimiento el 28 de noviembre de 2008 por el Tribunal Administrativo de Nariño y el 10 de junio de 2014 por esta Corporación, por manera que conservaba la competencia para decidir la petición de revocatoria directa tal y como la sumió la Procuradora Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa.

Finalmente, sobre la competencia específica de la citada funcionaria debe recordarse que está fundada en la regla descrita en el artículo 25º numeral 7º del Decreto Ley 262 de 2000, que radica en cabeza de estas delegadas la posibilidad de revocar actos administrativos sancionatorios cuando sea procedente de acuerdo a la ley.

En virtud de lo dicho se negará el cargo propuesto.

3.2 Debido proceso, en tanto no se le respetó su derecho como tercero interesado.

Afirma el actor que en el trámite de la revocatoria directa se violó el debido proceso en tanto no se adelantó respecto de él, el procedimiento estipulado en el artículo 28 y demás concordantes del C.C.A.

La Sala negará este cargo por lo siguiente:

El artículo 28 del Código Contencioso Administrativo prevé que en las actuaciones administrativas iniciadas de oficio y en donde se desprenda que hay particulares que puedan resultar afectados en forma directa, debe comunicárseles la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

En el *sub exámine*, la actuación no se inició de oficio sino a solicitud de parte, específicamente, de los disciplinados como ya se vio, por ende no sería aplicable este régimen general a ese trámite, y menos aún lo es, porque los artículos 14, 24, 34 y 35 del C.C.A., no se integran normativamente para estos efectos con lo dispuesto en la Ley 734 de 2002, por su carácter especial, que en ciertos eventos

como en este, puede resultar incompatible. Por otro lado, el señor Afranio Rodríguez Muñoz, no puede ser parte dentro del proceso disciplinario, toda vez que la responsabilidad es personal y la revocatoria directa de la decisión sancionatoria solo atañe a los sancionados. La afectación del señor Rodríguez Muñoz deviene precisamente de la decisión ilegal tomada por una funcionaria de la Procuraduría General de la Nación que finalizó con la restitución del orden justo y legal, razón por la cual al desaparecer los fundamentos de hecho y de derecho que originaron su elección, era lógico que esta decayera.

En virtud de las consideraciones realizadas y dado que no se desvirtuó la legalidad del acto demandado, la Sala negará las pretensiones.

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

FALLA

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

RECONÓCESE personería a la abogada Gina María Sáenz, como apoderada de la Procuraduría General de la Nación, en los términos del poder visible a folio 576 del expediente.

COPIÉSE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN