

DECLARACIÓN DE VACANCIA DEL CARGO DE CONCEJAL EN EJECUCION DE SANCION DE DESTITUCION Y INHABILIDAD PARA DESEMPEÑAR CARGOS PUBLICOS – No procede recurso

El acto administrativo No. 003 de 2005 al término de su parte resolutive no indicó la posibilidad de interponer recursos contra la decisión de vacancia absoluta del cargo de concejal de Bogotá ocupado por Mario Federico Pinedo Méndez y el llamado que hizo a Elvar Emel Rojas, sino que ordenó publicarlo y cumplirlo conforme a la naturaleza del acto expedido y a lo dispuesto en la norma referida; actuación que la Sala encuentra ajustada a la legalidad, toda vez que por tratarse de un acto de ejecución no había lugar a recursos, ni a reabrir un debate concluido en la instancia administrativa disciplinaria, vale decir que no era la oportunidad para discutir una sanción que ya estaba impuesta.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 49

DECLARACIÓN DE VACANCIA DEL CARGO POR INHABILIDAD SOBREVINIENTE EN EJECUCION DE SANCION DISCIPLINARIA – Llamamiento del reemplazo. Competencia del Presidente del Concejo de Bogotá

Al señalarse en el artículo segundo de la Resolución No. 003 de 2005, que se llama dentro de los 3 días siguientes a Elvar Emel Rojas por ser la votación más alta dentro de la lista con voto preferente del Partido Colombia Democrática, no se está “eligiendo”, sino “llamando” a la persona que tuvo mayor votación en la misma lista del partido que deja la curul, dando cumplimiento a un procedimiento constitucional legal y reglamentario, cuando se presenta una vacante absoluta en un cargo de elección popular. En efecto, tanto el artículo 134 y 261 de la Constitución Política establecen la forma como se suplen las faltas absolutas o temporales en las corporaciones públicas; así mismo lo hace el artículo 63 de la Ley 136 de 1994, que además le asigna competencia al presidente del concejo para llamar a los candidatos no elegidos en la misma lista en orden de inscripción sucesiva y descendente dentro de los 3 días siguientes a la declaratoria de vacancia.

FUENTE FORMAL: CODIGO UNICO DISCIPLINARIO – ARTICULO 172 / CODIGO UNICO DISCIPLINARIO - ARTICULO 37 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 49 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 134 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 261 / LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 63

SANCION DE INHABILIDAD PARA EL EJERCICIO DE CARGOS PUBLICOS – Se vuelve falta absoluta cuando supera el periodo del concejal.

La sanción accesoria de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de 5 años que le fue impuesta al Sr. Pinedo Méndez tiene su fuente en la ley y particularmente en el Código Único Disciplinario –Ley 734 de 2002-, la cual tiene como destinatarios los servidores públicos aun cuando se encuentren retirados del servicio. Bajo ese entendido Mario Federico Pinedo Méndez, era sujeto disciplinable como Presidente de Ferrovías o concejal. Ahora bien, la falta declarada se tornó absoluta porque al quedar en firme la sanción en su calidad de concejal en ejercicio, la inhabilidad sobreviniente superaba el periodo constitucional para el cual había sido elegido, al tener esta vigencia de 5 años.

En conclusión, si bien la sanción accesoria no está enlistada en aquellas señaladas en el artículo 261 de la Constitución, ella tiene su fuente en la ley disciplinaria, lo cual es viable tal y como lo dispone la norma constitucional.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 261.

SANCION DISCIPLINARIA A CONCEJAL – Autoridad competente para su ejecución cuando no fue impuesta por desempeño en éste cargo

La discusión para el actor se presenta al considerar que solo podía ser ejecutada la sanción por el presidente del concejo cuando esta le fuera impuesta a un concejal en tal calidad, sin embargo, esta es una de las posibilidades en que tal función puede ser ejercida. En efecto, otro de los eventos se concreta en situaciones fácticas como la que aquí se estudia, toda vez que la sanción que le fue imputada al concejal Pinedo Méndez quedó en firme cuando se encontraba ejerciendo función pública en un cargo diferente a aquel en el que fue impuesta, siguiéndolo hasta su ejercicio como concejal por la vigencia de la inhabilidad. En ese entendido sí le correspondía hacerla efectiva al presidente de la corporación de acuerdo al numeral 4º transcrito, él cual no la hace efectiva como de la lectura de la norma se extrae, en calidad de nominador, sino como presidente de la corporación de elección popular, error de interpretación en el que incurre el demandante.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil quince (2015).

Radicación numero: 25000-23-25-000-2005-08212-01 (2046-2007)

Actor: MARIO FEDERICO PINEDO MENDEZ

Demandado: BOGOTA DISTRITO CAPITAL, CONCEJO DE BOGOTÁ.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 6 de julio de 2007, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, negó a las pretensiones de la demanda incoada por MARIO FEDERICO PINEDO MÉNDEZ contra Bogotá Distrito Capital, Concejo de Bogotá.

La demanda

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de la Resolución No. 003 de 18 de febrero de 2005, por medio de la cual el Presidente del Concejo de Bogotá declaró la vacancia absoluta del cargo de Concejal de Bogotá D.C., ocupado por el actor, en cumplimiento de la decisión administrativa disciplinaria proferida por el Procurador General de la Nación que lo destituyó del cargo y lo inhabilitó para el ejercicio de funciones públicas por el término de cinco años¹.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene su reintegro al cargo de Concejal de la ciudad de Bogotá D.C.; el pago de los honorarios dejados de percibir desde la fecha que se declaró la vacancia absoluta, hasta cuando se haga efectivo su reintegro o venza el periodo para el cual fue elegido, esto es, 31 de diciembre de 2007; declarar que no existió solución de continuidad en la prestación del servicio; que se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.; y que se condene en costas a la demandada.

Basó su *petitum* en los siguientes **HECHOS**:

El actor fue elegido Concejal de Bogotá D.C. para el período Constitucional 2004-2007 tomando posesión del cargo el 1 de enero de 2004.

Para la fecha en que fue declarada la vacancia absoluta se encontraba disfrutando de una licencia no remunerada que culminaba el 20 de febrero de 2005.

Indicó el señor Mario Federico Pinedo, que mediante decisiones administrativas de 2 de octubre de 2003 y 1 de julio de 2004, la Procuradora Primera Delegada para la Contratación Estatal y la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, respectivamente, declararon probados y no desvirtuados los cargos que le fueron imputados en su condición de presidente de la Empresa Colombiana de Vías Férreas "FERROVÍAS" imponiéndole como sanción la destitución del cargo e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por cinco años.

Consideró que la sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación fue como presidente de FERROVÍAS y no como concejal de Bogotá; por lo tanto, no

¹ Folios 108-134

podía el presidente del concejo declarar la vacancia absoluta del cargo, pues reiteró, no había sido sancionado como concejal.

Indicó que el ente investigador en ningún momento ordenó oficiar al Concejo de Bogotá para que procediera a declarar la vacancia absoluta del cargo sino a su nominador, esto es, al Presidente de la República para que diera cumplimiento a la sanción de destitución del Presidente de Ferrovías²; sin embargo, el 3 de noviembre de 2004, el Coordinador de la Unidad de Contratación Estatal de dicho ente de control, envió a la Mesa Directiva del Concejo de Bogotá un oficio en el que remitía las decisiones de 1ª y 2ª instancia *“para lo de su competencia dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1, artículo 172 de la Ley 734 de 2002”*, cuando ninguna de las decisiones ordenaban oficiar a tal entidad y mucho menos declarar la vacancia del cargo.

Ante tal confusión, el presidente del Concejo de Bogotá envió un oficio el 23 de noviembre de 2004 a la Sala Disciplinaria de la Procuraduría, solicitando aclaración sobre quien debía dar cumplimiento a la decisión, pues de conformidad con su parte resolutive, correspondía al Presidente de la República como nominador del funcionario. Este oficio fue contestado el 14 de enero de 2005 por la misma Sala, indicando que la remisión de las copias a la Mesa Directiva *“obedeció al ánimo de enterar a tal Corporación de la decisión para lo que considere pertinente, más no con el fin de que fuera tal entidad la que ejecutara el fallo disciplinario”*.

Las normas violadas y concepto de violación

Fundamentó como disposiciones violadas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 29, 132, 261 y 312;

Del Decreto 1421 de 1993, los artículos 28, 29 y 32;

De la Ley 136 de 1994, los artículos 43, 45 y 51;

De la Ley 190 de 1995, el artículo 6;

De la Ley 617 de 2000, los artículos 30, 40 y 41;

De la Ley 734 de 2002, los artículos 37 y 172;

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 50 y 61

² Lo cual se dio a través de la Resolución No. 3863 de 22 de noviembre de 2004

Consideró que se le había vulnerado el artículo 29 Constitucional ya que no se le permitió ejercer su derecho de contradicción, audiencia y defensa, pues la administración no realizó ningún procedimiento que garantizara su debido proceso sino que ordenó la simple comunicación al demandante de la declaratoria de la vacancia absoluta del cargo, dándole así el tratamiento de acto de ejecución al mismo, contra el cual no procede recurso alguno.

Argumentó que se le aplicaron normas que no regulan la materia, pues a él se le destituyó como presidente de FERROVÍAS y no como concejal de Bogotá; por lo tanto, no pueden ser de recibo los argumentos del presidente de la corporación, de que esta se daba en acatamiento de la decisión administrativa proferida por el Procurador General el 1 de julio de 2004, pues, reiteró, la destitución del cargo ordenada por el ente investigador, era para el presidente de FERROVÍAS y no para el concejal por lo cual se presentó violación del artículo 261 de la C.P.

De otra parte consideró que se le había violado el artículo 312 Constitucional, por cuanto el presidente del concejo municipal se había tomado la competencia de elegir su reemplazo, sin facultad para ello, argumentando una inhabilidad sobreviniente cuando lo cierto es que las inhabilidades en materia de elecciones son prohibiciones que se tienen para ser elegido, situación que no se dio en el caso en estudio, ya que la sanción de destitución quedó ejecutoriada después de haber sido elegido concejal, lo que lleva a concluir que igualmente se violaron los artículos 28 y 32 de la Ley 1421 de 1993, 43 y 51 de la Ley 136 de 1994, 49 de la Ley 617 de 2000 y 59 y 60 del Acuerdo Distrital 095 de 2003, pues el régimen de inhabilidades es taxativo y restrictivo, no siendo posible darle una interpretación a las mismas o alguna clase de analogía.

Resaltó que si bien es cierto el artículo 32-6 de la Ley 1421 de 1993 consagra la destitución como causal de falta absoluta, ello ocurre cuando la persona ha sido destituida de su calidad de concejal de la ciudad y no en otro cargo.

Consideró que se presentó violación del artículo 6 de la Ley 190 de 1995³ puesto que tal artículo no es aplicable a los miembros de las corporaciones públicas de

³ *“Artículo 6°.- En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, al servicio público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.*

elección popular, esto es, a los diputados, congresistas, concejales y ediles, ya que su vinculación a la administración no se hace a través de una relación legal y reglamentaria sino por elección popular lo que lleva a mostrar, de contera, violación del 132 de la C.P.⁴ cuando señala que “*los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos*” (sic).

Indicó que tampoco se podía dar aplicación al artículo 37 de la Ley 734 de 2002, ya que las inhabilidades sobrevinientes se aplican por el nominador de la persona en quien recae, lo cual no se da en el caso en estudio, pues el cargo de concejal no es de nominación o designación sino de elección popular; por lo tanto, como el presidente del Concejo de Bogotá no es su nominador, incurrió en extralimitación de funciones. Sobre el mismo tema, consideró que también se violaban los artículos 28 del Decreto ley 1421 de 1993, 43 de la Ley 136 de 1994 y 40 de la Ley 617 de 2000 por cuanto las inhabilidades para los cargos de elección popular se presentan antes de la inscripción o de su elección.

Recalcó que se le sancionó dos veces por el mismo hecho, una por quien sí era el competente, esto es, por el Presidente de la República a través del Decreto 3863 de 2004, y otra por quien carecía de ella, es decir, por el presidente del Concejo de Bogotá.

La contestación de la demanda

La Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., a través de apoderado, se opuso a las pretensiones indicando que al actor se le aplicó la norma pertinente, esto es, el artículo 37 de la Ley 734 de 2002 que establece el procedimiento a seguir cuando el sancionado en un proceso disciplinario se encuentra en un cargo o función pública diferente de aquel en cuyo ejercicio cometió la falta⁵.

Hizo un recuento de las normas citadas como violadas refutando cada uno de los argumentos planteados por el actor. Indicó que de conformidad con la ley 734 citada, las inhabilidades se clasifican en dos, las que se tiene previo a una

Sí dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar. Subrayado declarado exequible. Sentencia C 38 de 1996 Corte Constitucional.

⁴ “ARTICULO 132. Los senadores y los representantes serán elegidos para un período de cuatro años, que se inicia el 20 de julio siguiente a la elección.”

⁵ Folios 161-185

elección tal como lo manifestó el actor, y las sobrevinientes que son las que se presentan al momento en que se está ejerciendo una función pública, como consecuencia de un proceso penal o disciplinario, que fue precisamente lo que aconteció en este caso, donde el ente investigador lo condenó con dos sanciones diferentes, la principal de destitución que la ejecutó el Presidente de la República como su nominador, y la accesoria de inhabilidad en el ejercicio de la función pública, que es la inhabilidad sobreviniente a que se refiere la norma y que fue la que ejecutó el presidente del Concejo de Bogotá, en virtud del artículo 172 de la Ley 734 de 2002, que establece que los presidentes de las corporaciones de elección popular son los competentes para la ejecución de las sanciones.

Además de lo anterior, argumentó que el Acuerdo 095 de 25 de agosto de 2003 que estableció el "*reglamento interno del Concejo de Bogotá*" facultó al presidente de la corporación para declarar las faltas absolutas y temporales de sus miembros, por lo que no se presentó ninguna de las alegadas violaciones de normas legales.

Propuso las excepciones de acatamiento del ordenamiento legal en la producción del acto administrativo y caducidad de la acción.

La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, mediante sentencia de 6 de julio de 2007, negó las súplicas de la demanda, con los siguientes argumentos⁶:

Consideró que las excepciones no prosperaban, y, que la nulidad interpuesta por la demandada en los alegatos de conclusión sobre todo lo actuado por falta de integración del litis consorcio necesario al no llamar al segundo renglón que reemplazó al demandante en el cargo de concejal, tampoco se configuraba, ya que la decisión tomada en este proceso no incide en la persona que entró a suplir la vacancia absoluta toda vez que es la misma ley la que contempla este tipo de suplencia.

Hizo un recuento de los hechos y de las normas relacionadas con las inhabilidades sobrevinientes (art. 37 Ley 734 de 2002) para señalar que ésta

⁶ Folios 262-283

ordena que es el actual nominador del sujeto sancionado a quien se le debe comunicar la inhabilidad para lo de su competencia. Como en el caso concreto al momento de la sanción el actor era concejal de Bogotá para el período 2004 - 2007, correspondía al presidente de dicha corporación, de conformidad con el artículo 172 *ibídem*, ejecutar la sanción impuesta que no podía ser otra que declarar la vacancia absoluta, pues si se confronta el período para el cual fue inhabilitado para ejercer cargos públicos por cinco años con el de concejal que correspondía del 2004 al 2007, la sanción sobrepasaba tal período.

El recurso de apelación

El actor, por intermedio de apoderado, presentó escrito reiterando los argumentos de la demanda, haciendo hincapié en la falta de estudio de las normas señaladas como violadas, en especial la vulneración del artículo 29 Constitucional, pues no se le permitió ejercer ningún derecho de defensa que le garantizara el debido proceso⁷.

Consideró que no existía ley preexistente al acto que permitiera retirar del servicio al demandante, pues el argumento para ello fue el cumplimiento de una decisión administrativa proferida por la Procuraduría General de la Nación, cuando la misma era inequívoca al ordenar la destitución del presidente de FERROVÍAS y no del Concejal.

Igualmente argumentó, que el acto acusado violó el artículo 261 de la Carta Política, ya que no se presentó ninguna de las causales señaladas en la norma como faltas absolutas, pues no ha fallecido, ni renunciado, ni se le ha decretado pérdida de investidura, no tiene incapacidad física y mucho menos cuenta con sentencia condenatoria en firme "*dictada por autoridad judicial competente*", pues la sanción que se profirió es de tipo administrativo y no judicial.

Reiteró que el artículo 6 de la Ley 190 de 1995 no es aplicable a los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, no obstante el acto administrativo acusado se motivó en él; tampoco se le podía dar aplicación al artículo 37 de la Ley 734 de 2002 por cuanto el presidente del Concejo de Bogotá no era su nominador; y que a pesar de que la falta de notificación del acto administrativo no

⁷ Folios 296-310

genera nulidad del mismo, por tratarse de un acto que extingue la situación jurídica particular del demandante, debió notificarse.

El Ministerio Público

La Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, presentó escrito en el que solicitó confirmar la sentencia apelada.

Señaló que como al actor se le sancionó de dos formas, esto es, con destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de cinco años, con respecto a la segunda, no podía desempeñar ninguna función pública por ese lapso lo cual implicó para él, la separación del cargo de concejal de Bogotá, por el término señalado en la sanción disciplinaria, en cumplimiento del mandato legal establecido en el artículo 37 del C.D.U.⁸, que regula lo pertinente a las inhabilidades sobrevinientes y que impide el ejercicio por el tiempo impuesto en la respectiva sanción, de cualquier función pública.

Citó las normas y los artículos aplicables al caso para concluir, que el acto de destitución e inhabilidad del actor se dio cuando era concejal de Bogotá, por lo tanto, correspondía al presidente de tal corporación hacer efectiva la medida impuesta ya que para esa época no desempeñaba el cargo del cual fue destituido.

Finalmente indicó, que el trámite ante la corporación distrital no era un proceso disciplinario donde el actor podía ejercer su derecho de defensa, sino que respondía al régimen de inhabilidades e incompatibilidades sobreviniente que rodearon el ejercicio de su función pública y que no le vulneró derecho alguno.

Consideraciones de la Sala

Problema jurídico.

Corresponde a la Sala definir si la Resolución No. 003 de 18 de febrero de 2005, por medio de la cual el Presidente del Concejo de Bogotá en cumplimiento de la decisión disciplinaria proferida por el Procurador General de la Nación, vulneró el debido proceso y las normas que regulan lo atinente a las inhabilidades e incompatibilidades, y de otro lado, si existió falta de competencia del presidente

⁸ Folios 353-359

del concejo distrital al declarar la vacancia absoluta del cargo de concejal de Bogotá D.C. ocupado por el actor.

Para resolver el planteamiento se relataran los referentes disciplinarios del actor, los antecedentes administrativos de la Resolución No. 003 de 2005 y el caso concreto de acuerdo a los cargos, pero, previo a ello, se concretará el acto demandado, lo probado en el proceso y la naturaleza del acto demandado.

El acto demandado

Resolución No. 003 de 18 de febrero de 2005 (fl. 2), por medio de la cual el Presidente del Concejo de Bogotá declaró *“la vacancia por falta absoluta de un Concejal de Bogotá”*, a partir del 21 de febrero de 2005, en cumplimiento de la decisión administrativa disciplinaria proferida por el Procurador General de la Nación que lo destituyó del cargo y lo inhabilitó para el ejercicio de funciones públicas por el término de cinco años.

En la parte considerativa del citado acto señaló, que el señor Mario Federico Pinedo Méndez, fue sancionado por la Procuraduría General de la Nación con destitución del cargo como Presidente de la Empresa Colombiana de Vías Férreas “FERROVÍAS” y como sanción accesoria le impuso por el mismo término inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas, lo cual configura una inhabilidad sobreviviente. Citó el artículo 6 de la Ley 190 de 1995, el artículo 37 de la Ley 734 de 2002 y el artículo 172 numeral 4 del C.D.U.

Relacionó el Decreto 3683 de 22 de noviembre de 2004, por el cual el Presidente de la República hizo efectiva la sanción impuesta.

Mencionó la respuesta a una consulta elevada a la Procuraduría General de la Nación sobre la competencia para aplicar la inhabilidad sobreviviente, lo mismo que la del Ministerio del Interior y de Justicia.

Refirió el numeral 6 del artículo 14 del Acuerdo 095 de 2003, para soportar la función del Presidente del Concejo de Bogotá que le permite decidir mediante resolución motivada las faltas absolutas o temporales de los concejales llamando a quien tenga derecho a suplirla y además, darle posesión.

Concluyó diciendo, que al configurarse la inhabilidad sobreviniente declaraba la vacancia absoluta del cargo a partir del 21 de febrero de 2005, dado que el señor Mario Federico Pinedo Méndez se encontraba en licencia no remunerada hasta el 20 de febrero del citado año.

En la parte resolutive declaró lo anunciado y llamó dentro de los 3 días hábiles siguientes a la expedición de ese acto, al señor Elvar Emel Rojas Castillo, quien obtuvo la votación más alta de los elegidos concejales por Bogotá, dentro de la lista preferente del Partido Colombia Democrática.

Lo probado en el proceso.

La Registraduría Nacional del Estado Civil envió copia de la Credencial del señor Mario Federico Pinedo Méndez en donde consta que fue elegido Concejal Distrital por la circunscripción electoral de Bogotá D.C. para el período 2004 – 2007 a nombre del Partido Colombia Democrática (fl. 8).

El Secretario General de dicha Corporación certificó que el señor Mario Federico Pinedo Méndez ejerció sus funciones como Concejal desde el 1 de enero de 2004 hasta el 20 de febrero de 2005, con una remuneración mensual por honorarios hasta \$11.408.799 mensuales, según su asistencia a las sesiones (fl. 107).

El Secretario General del Concejo de Bogotá certificó que el 21 de febrero de 2005 se dio posesión al señor Elvar Emel Rojas Castillo como concejal de Bogotá D.C. en razón a la declaratoria de vacancia por falta absoluta del concejal Pinedo Méndez, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento No. 01 del Consejo Nacional Electoral, por medio del cual se reguló el artículo 12 del Acto Legislativo No. 01 de 2003 (fl. 7).

Acta de posesión del señor Elvar Emel Rojas Castillo (fl. 6)

Antecedentes disciplinarios del caso.

Sea lo primero indicar que al expediente no se allegó copia de la decisión de primera instancia; sin embargo conforme se lee en la de segunda instancia, la investigación disciplinaria inició el 14 de junio de 2002 por la Procuradora Primera Delegada para la Contratación Estatal contra los presidentes de la Empresa

Colombiana de Vías Férreas “FERROVÍAS”, con el fin de clarificar las conducta de los mismos “*en la suscripción y ejecución del contrato de concesión con FENOCO S.A. el 9 de septiembre de 1999, las modificaciones al mismo, en especial las contenidas en las actas Nos. 5 y 7 de febrero 27 de 2001 y 21 de mayo de 2002, respectivamente y demás documentos complementarios.*”.

Lo anterior por cuanto el 13 de junio de 2002, llegó un anónimo al ente investigador, informando modificaciones sustanciales efectuadas al Contrato de Concesión de la Red Férrea del Atlántico, suscrito entre FERROVÍAS y FENOCO S.A. el 9 de septiembre de 1999, “*...donde se estipuló que la remuneración del Concesionario por la concesión sería la totalidad de los recursos que el Concesionario obtenga de la explotación comercial de la infraestructura recibida en concesión, incluyendo las sumas canceladas por terceros para lograr la operación del material rodante, además hizo la cesión de los ingresos derivados de la explotación por uso o por cualquier otro contrato que hubiese celebrado Ferrovías o llegase a celebrar sobre el tramo entre Chiriguaná, Cesar y Puerto Drummond, entregando su libre disposición al Concesionario a partir de la finalización de la rehabilitación – reconstrucción, pues entre tanto tales recursos servirían para ésta, los cuales (...) se incorporarían al fondo de mantenimiento para la conservación de la infraestructura y superestructura de la vía e instalaciones ferroviarias referidas al tramo comprendido en el contrato con la Drummond, y el excedente solo podría ser empleado en la rehabilitación de la red hasta su ejecución total, después de lo cual los recursos pasarían a ser de propiedad del Concesionario, como remuneración por la concesión y como un aporte de FERROVÍAS (...)*”. Igualmente se estableció como remuneración por las labores de rehabilitación – reconstrucción de la infraestructura entregada en concesión, la entrega de un aporte de 80 millones de dólares por parte de FERROVÍAS y, a su turno, FENOCO se comprometió a pagar a FERROVÍAS la suma de 42 millones de dólares el 30 de abril de 2003.

Estas cláusulas fueron modificadas posteriormente por los disciplinados, endilgándosele al actor la realización de los cambios a través del acta No. 5 de 27 de febrero de 2001 consistente, entre otras, en:

i) Haber pactado el pago anticipado y de “*forma inmediata*” de 12.5 millones de dólares por parte del ente estatal al concesionario, cambiando y mejorando con ello las condiciones del pliego de condiciones, lo que ocasionó beneficios

económicos a FENOCO S.A., pues el pliego de condiciones estipulaba un aporte de FERROVÍAS por 80 millones de dólares, distribuidos en un 25% anual así: en el año 2000 tres contados y en los restantes años los desembolsos se harían el 30 de abril de cada año no pudiéndose hacer ningún desembolso antes del 30 de abril del año 2001; no obstante, el disciplinado modificó sin razón, las fechas y montos establecidos en el pliego de condiciones, incurriendo en violación del artículo 25-4 de la Ley 200 de 1995, calificándosele la falta como gravísima a título de dolo.

ii) No haber exigido la constitución de las pólizas del buen manejo y correcta inversión del anticipo de 12.5 millones de dólares, falta considerada como grave a título de dolo (art. 27-1 y 6, Ley 200 de 1995).

iii) Incrementar el patrimonio del concesionario en detrimento de las arcas estatales si se tiene en cuenta que los rendimientos financieros generados en el fideicomiso se debían entregar a FERROVÍAS y no a FENOCO pues estos se generaban en los reembolsos retenidos en la fiducia con ocasión del incumplimiento de las obligaciones del concesionario en el nivel mínimo de inversión, falta que estimó gravísima a título de dolo.

iv) Exonerar de responsabilidad a FENOCO S.A. y dejar la responsabilidad en cabeza de FERROVÍAS de las invasiones ocurridas con posterioridad al inicio de la concesión cuando demostrara haber realizado todas las gestiones a su alcance para su saneamiento, contrariando lo dispuesto en el pliego de condiciones y en el contrato de concesión. Esta falta fue calificada como grave a título de dolo.

v) Haber cambiado la destinación de los aportes generados en el contrato suscrito con la Drummond Ltda, los cuales habían sido destinados únicamente y exclusivamente para las obras de rehabilitación – reconstrucción, modificando nuevamente el pliego de condiciones; esta conducta se consideró como grave a título doloso.

De conformidad con los cargos referidos, el 2 de octubre de 2003 la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal profirió fallo de primera instancia, mediante el cual declaró probados y no desvirtuados los cargos imputados a Mario Federico Pinedo Méndez, consistente en modificar las fechas y montos de los anticipos establecidos en el pliego de condiciones y en el contrato de concesión,

cuando suscribió el acta No. 5 de 27 de febrero de 2001 pactando el pago anticipado de 12.5 millones de dólares *“la cual será pagada por la Fiducia al Concesionario de inmediato a la suscripción del presente acuerdo”*. Como consecuencia de lo anterior, le impuso sanción disciplinaria consistente en destitución del cargo e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de cinco años.

Entre las consideraciones estableció el ente investigador, que las conductas realizadas por el actor en los cargos 1º y 3º eran de naturaleza gravísima dolosa, ya que el cargo que ocupaba y la importancia de la obra lo hacían conocedor de sus deberes, por lo que cuando suscribió el acta No. 5 incurrió en forma voluntaria en incumplimiento de funciones públicas, faltando al deber señalado en el artículo 40-1 de la Ley 200 de 1995, vigente para la época de los hechos, al permitir un incremento indebido al patrimonio del concesionario lo que lo hizo merecedor de la sanción principal de destitución del cargo de presidente de FERROVÍAS y la accesoria de inhabilidad de cinco años para el ejercicio de funciones públicas, sanción que procede por ser la de mayor categoría o más grave y que tal razón subsume la de suspensión que se le podría imponer por las demás faltas graves demostradas en los cargos 2, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 que consistieron en modificar las condiciones establecidas en los pliegos de condiciones y en el contrato de concesión no siendo permitido por la ley.

Una vez proferida la decisión, el demandante interpuso recurso de apelación por considerar que no existía infracción a la normatividad disciplinaria ya que el acta No. 5 no violó ningún principio de la contratación estatal y porque su actuar se limitó a la firma de la misma.

El 1 de julio de 2004, en segunda instancia, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación confirmó la sanción impuesta al señor Mario Federico Pinedo (fls. 9-97), en su condición de presidente de la Empresa Colombianas de Vías Férreas “FERROVÍAS” consistente en destitución del cargo e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de cinco años.

Se refirió a cada uno de los cargos imputados, encontrando demostrado que la entidad había pactado una nueva forma de financiamiento, denominada anticipo, que la hizo consistir en la entrega anticipada de 12.5 millones de dólares, modificando las fechas y montos establecidos en el pliego de condiciones y en el

contrato de concesión, actos que debían ser respetados a lo largo de la ejecución del contrato violando con su actuar el principio de igualdad que debía regir en todo el proceso licitatorio que comprende no solo el proceso de selección sino de su ejecución. Se le endilgó omitir el cumplimiento de los fines de la contratación estatal mediante la vigilancia de la correcta ejecución del contrato y la protección de los derechos de la entidad cuando eximió a FENOCO de obtener reembolsos previa comprobación de la ejecución de las obras infringiendo los artículos 6 y 209 de la C.P., 26-1 y 4 de la Ley 80 de 1993, numerales 1, 2, 13, 22 y 23 del artículo 40 de la Ley 200 de 1995.

En el numeral octavo de la citada sanción, se dispuso “*Por la Procuradora Primera Delegada para la Contratación Estatal, ENVIAR copias de los fallos de primera y segunda instancia a la Presidencia de la República a fin de dar cabal cumplimiento a lo dispuesto en el artículo numeral 2 y parágrafo del artículo 172 de la Ley 734 de 2002, respecto a la ejecución de las sanciones impuestas y a la anotación de la hoja de vida de los disciplinados.*” (fl. 97).

Sobre la sanción disciplinaria impuesta a Mario Federico Pinedo Méndez, se hace necesario señalar que en esta Corporación cursó el proceso con radicado 11001032500020050007100, a través del cual el actor demandó la legalidad de los actos administrativos de 2 de octubre de 2003 y 1 de julio de 2004, proferidos por la Procuraduría General de la Nación, en donde se le impuso la sanción ya conocida en el *sub judice*. La decisión fue negativa a sus pretensiones⁹.

Antecedentes administrativos de la Resolución No. 003 de 18 de febrero de 2005.

El 5 de agosto de 2004 (fl. 190, Cdno 1), el actor envió un oficio a los miembros de la Mesa Directiva del Concejo Distrital solicitando una licencia no remunerada por el término de tres meses, con el fin de “*dedicarme a la defensa de mis derechos constitucionales fundamentales con mis abogados*” con ocasión de la sanción disciplinaria que se le impuso cuando fue presidente de FERROVÍAS, que fue concedida a partir del 6 de agosto de 2004 (fl. 191, Cdno. 1).

El 3 de noviembre de 2004, el Coordinador de la Unidad de Contratación Estatal de la Procuraduría General de la Nación remitió a la Mesa Directiva del Concejo

⁹ Sentencia de 7 de marzo de 2013. M.P. Alfonso Vargas Rincón.

de Bogotá (fl. 98) copia de las sanciones *“para lo de su competencia dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1, artículo 172 de la Ley 734 de 2002”*.

Recibido el anterior oficio, el presidente de dicha corporación (fl.99) envió escritos al Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios y a la Procuradora Segunda Delegada, Sala Disciplinaria de la Procuraduría General, solicitando aclaración de quien debía dar cumplimiento a las sanciones allí dispuestas ya que *“en el fallo de la Sala Disciplinaria, no se impuso destitución del cargo de Concejal como tampoco se ordenó a esta corporación ejecutar sanción alguna, existiendo contradicción en el oficio del 3 de noviembre de 2004 que envía la Unidad Coordinadora de Contratación Estatal de la Procuraduría General de la Nación”*; afirmó no encontrarse habilitado para ejecutar la sanción de destitución impuesta al disciplinado por carecer de competencia para ello y, además, porque el fallo dispuso que le correspondía al Presidente de la República.

El Coordinador de la Unidad (fl. 102) por traslado que le hizo la Sala Disciplinaria le respondió mediante oficio de 14 de enero de 2005, que efectivamente correspondía al Presidente de la República la ejecución de la sanción disciplinaria y agregó: *“así mismo, se aclara que el hecho de haber remitido copias de tal decisión (...) obedeció al ánimo de enterar a tal Corporación de la decisión para lo que considerara pertinente, más no con el fin de que fuera tal entidad la que ejecutara el fallo disciplinario.”*. Posteriormente, el 26 de enero de 2005 (fl. 63, Cdo 1) el Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios le indicó que conforme con el artículo 25 de la Ley 734 de 2002 las normas disciplinarias aplican a todos los servidores públicos, independiente de su vinculación, lo mismo que a miembros de las corporaciones públicas (art. 123 C.P.) por lo que consideraba que las inhabilidades sobrevinientes también cobijaba a los concejales.

Sobre el mismo tema de consulta, a folio 68 del cuaderno 1, obra respuesta del Consejo Nacional Electoral, de 10 de marzo de 2005, según fue elevada por la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación a nombre del presidente del concejo de Bogotá, sobre el procedimiento que se debía seguir para reemplazar al concejal sancionado disciplinariamente. En él se indica que conforme con la doctrina emitida por esa misma entidad, *“las vacancias absolutas de los concejales serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista en orden de inscripción, sucesiva y descendente”* y que corresponde *“al Presidente del Concejo de Bogotá D.C., dar cumplimiento a la decisión proferida*

por la Procuraduría General de la Nación, por medio de la cual se impuso la sanción de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas al concejal (...) y en consecuencia, procederá a llenar la vacancia en la forma referida en este concepto, y en cumplimiento de lo normado al respecto en el Reglamento Interno del H. Concejo de Bogotá D.C.”. Igualmente le indicó que dichas inhabilidades contempla las funciones ejercidas, entre otros, para los cargos de libre nombramiento y remoción, cargos por designación, cargos de elección popular y cargos del sector privado que ejerzan funciones públicas.

A folio 103 se anexó copia del Decreto 3863 de 22 de noviembre de 2004 por medio del cual el Presidente de la República hizo efectiva la sanción disciplinaria.

Análisis del caso

Previo a estudiar el fondo del asunto debe concretarse la naturaleza del acto demandado.

El señor Mario Federico Pinedo Méndez solicitó a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la nulidad de la Resolución No. 003 de 18 de febrero de 2005, por medio de la cual el presidente del concejo de Bogotá declaró la vacancia absoluta del cargo de concejal de Bogotá D.C., ocupado por el actor, en cumplimiento de la decisión administrativa disciplinaria proferida por el Procurador General de la Nación que lo inhabilitó para el ejercicio de funciones públicas por el término de cinco años, por considerar que la sanción que se le impuso no podía ser ejecutada en su calidad de Concejal.

Lo anterior evidencia que la Resolución 003 de 2005 es un acto de ejecución generado por la existencia de una inhabilidad sobreviniente. Al respecto debe precisar la Sala que la jurisprudencia de esta Corporación, en los casos en que se controvierte la legalidad de las sanciones disciplinarias ha admitido la existencia de una conexidad entre los actos administrativos que concluyen la actuación administrativa sancionatoria, y los actos que con posterioridad se expidan para hacer efectiva la respectiva sanción, la que bien puede implicar el retiro del servicio cuando se trata de una destitución.

En estricto sentido un acto de ejecución no crea, modifica o extingue situación jurídica alguna del disciplinado y por ende no es objeto de control judicial

autónomo en tanto su legalidad depende de los actos principales. No obstante la regla general señalada, hay actos de ejecución *sui generis* que si lo hacen, uno de ellos es el acto que se estudia, dado que en cumplimiento de una decisión disciplinaria y por el momento particular en que debió hacerse efectiva, extinguió un derecho, como fue el de no poder continuar ejerciendo el cargo de concejal para el cual había sido elegido para el periodo constitucional 2004-2007.

Bajo ese entendido es viable adelantar el estudio jurídico de nulidad planteado por el actor a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

De los cargos.

Violación al debido proceso.

El demandante señala que se transgredió el artículo 29 Superior porque en el trámite de la vacancia absoluta no tuvo la oportunidad de defenderse, solicitar pruebas, ni practicarlas; se le juzgó en su entendido doblemente por una misma causa en contra del principio *non bis in ídem*.

Para resolver este cargo es importante reiterar lo que se dijo en el aserto anterior sobre la naturaleza del acto demandado en donde se concluyó que era de ejecución. Ello es importante para definir el planteamiento, porque conforme a su clasificación existen reglas particulares en lo que el Código Contencioso Administrativo llamaba vía gubernativa.

En efecto, el artículo 49 del C.C.A. previó la improcedencia de recursos contra los actos de ejecución así:

“ARTÍCULO 49. IMPROCEDENCIA. No habrá recursos contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución, excepto en los casos previstos en norma expresa”. (Resaltado fuera del texto)

El acto administrativo No. 003 de 2005 al término de su parte resolutive no indicó la posibilidad de interponer recursos contra la decisión de vacancia absoluta del cargo de concejal de Bogotá ocupado por Mario Federico Pinedo Méndez y el llamado que hizo a Elvar Emel Rojas, sino que ordenó publicarlo y cumplirlo conforme a la naturaleza del acto expedido y a lo dispuesto en la norma referida;

actuación que la Sala encuentra ajustada a la legalidad, toda vez que por tratarse de un acto de ejecución no había lugar a recursos, ni a reabrir un debate concluido en la instancia administrativa disciplinaria, vale decir que no era la oportunidad para discutir una sanción que ya estaba impuesta.

Los actos de ejecución según los ha definido tanto la jurisprudencia como la doctrina, son aquellos destinados a cumplir la decisión adoptada por un acto administrativo definitivo, de contera que son instrumentos de eficacia de un acto principal.

Bajo el concepto señalado, la administración solo ejecutaba una decisión disciplinaria que en esa instancia no comportaba la existencia de los recursos gubernativos.

De acuerdo a lo expuesto la primera parte de este cargo será negada.

Violación del principio de *non bis in ídem*, porque se le sancionó dos veces por la misma causa.

El origen del acto demandado se encuentra en la sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación a Mario Federico Pinedo Méndez en su condición de Presidente de la Empresa Colombiana de Vías Férreas FERROVÍAS para la época de los hechos, que se concretó en destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de cinco años. De acuerdo a lo ordenado en las decisiones administrativas fue ejecutada por el Presidente de la República según Decreto No. 3863 de 22 de noviembre de 2004.

Alega el actor que fue sancionado dos veces, la segunda al expedirse el acto demandado.

No es cierto como lo afirma en el recurso de apelación que se haya sancionado doble vez por los mismos hechos. Como se dijo precedentemente, el origen de la sanción es solo una y es la producida por el órgano de control disciplinario. El decreto presidencial hizo efectiva como le correspondía la sanción a través de un acto de ejecución y lo propio hizo el presidente del concejo distrital conforme al artículo 172 del C.D.U. al configurarse una inhabilidad sobreviniente de acuerdo a la sanción accesoria impuesta –inhabilidad para ejercer funciones públicas por

cinco años-, de manera, que no hay nuevas sanciones, sino una sola ejecutada de acuerdo a la situación fáctica presentada.

Precisa la Sala que la Resolución No.003 de 2005, no obedece a un trámite disciplinario nuevo, ni tampoco una tercera instancia al ya surtido, sino a un acto administrativo de ejecución producto de una inhabilidad sobreviniente de acuerdo al artículo 37 del C.D.U. que se concreta en el momento en que la sanción queda en firme, y, dado que el disciplinado se encontraba ejerciendo función pública en un cargo diferente a aquel en el cual fue sancionado, le correspondía al presidente del concejo capitalino declarar la vacancia del cargo.

En orden a lo señalado se negará la segunda parte de la vulneración del artículo 29 de la Constitución Política.

Violación de normas constitucionales y legales.

Aduce el actor en el recurso de alzada, que no se estudió la violación flagrante del **artículo 312 de la Constitución, modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo No. 2 de 2002**, pues la presidencia del concejo se abrogó la competencia al “elegir popularmente” como concejal de la ciudad a Emel Rojas, sin tener facultad para ello, en detrimento del designio popular, y sin analizar que las inhabilidades en materia electoral son prohibiciones que se tienen para ser elegido y que al momento de él presentarse a la elección realizada en el 2003, no se encontraba inhabilitado.

El argumento parte de una premisa equivocada, toda vez que al señalarse en el artículo segundo de la Resolución No. 003 de 2005, que se llama dentro de los 3 días siguientes a Elvar Emel Rojas por ser la votación más alta dentro de la lista con voto preferente del Partido Colombia Democrática, no se está “eligiendo”, sino “llamando” a la persona que tuvo mayor votación en la misma lista del partido que deja la curul, dando cumplimiento a un procedimiento constitucional legal y reglamentario, cuando se presenta una vacante absoluta en un cargo de elección popular.

En efecto, tanto el artículo 134 y 261 de la Constitución Política establecen la forma como se suplen las faltas absolutas o temporales en las corporaciones públicas; así mismo lo hace el artículo 63 de la Ley 136 de 1994, que además le asigna competencia al presidente del concejo para llamar a los candidatos no elegidos en la misma lista en orden de inscripción sucesiva y descendente dentro de los 3 días siguientes a la declaratoria de vacancia.

La reforma constitucional del Acto Legislativo No. 1 de 2003, introdujo reformas sustanciales al Sistema Electoral Colombiano. En tratándose de la provisión de vacantes por ejemplo debe tenerse en cuenta si la lista es cerrada o con voto preferente. Si se trata de esta última como en el caso bajo estudio, debe hacerse de conformidad con la votación obtenida por cada uno de los integrantes de la lista.

El Consejo Nacional Electoral en el Reglamento No. 01 de 2003 artículo 19 reguló esta situación, señalando que si se trata de listas únicas sin voto preferente serán suplidas según el orden de inscripción en forma sucesiva y descendente y si es con voto preferente, en el orden en que se haya reordenado la lista de acuerdo a la votación obtenida por cada candidato.

Tal procedimiento fue el seguido en el acto demandado según se lee de su texto, al llamar al señor Elvar Emel Rojas Castillo, quien obtuvo la votación más alta de los elegidos concejales por Bogotá de la lista con voto preferente del Partido Colombia Democrática; razón por la cual se ajusta a las normas dispuestas para tal fin y por ende el cargo será negado.

Violación del artículo 261 de la Constitución Política.

Dice el actor sobre la vulneración de esta norma, que el citado artículo indica cuales son las faltas absolutas, entre ellas, la muerte, renuncia motivada y aceptada por la plenaria de la Corporación, la pérdida de investidura, la incapacidad física permanente y la sentencia condenatoria en firme dictada por la autoridad competente. Que él no se encontraba en ninguna de estas causales y que si bien es cierto, tiene en su contra una sanción de destitución, ella corresponde a una decisión de tipo administrativo y no judicial, además de que no fue destituido como concejal de la ciudad.

El artículo 261 Superior vigente para el momento de los hechos- reformado por el Acto Legislativo 01/09-, señalaba las faltas absolutas y temporales, sin agotar en su redacción las faltas absolutas, habida cuenta que hay otras como allí lo advierte que se encuentran en la ley, al señalar: *“Son faltas absolutas: Además de las establecidas por la ley; las que se causan por: Muerte, la renuncia...”*

En el caso materia de estudio, la sanción accesoria de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de 5 años que le fue impuesta al Sr. Pinedo Méndez tiene su fuente en la ley y particularmente en el Código Único Disciplinario –Ley 734 de 2002-, la cual tiene como destinatarios los servidores públicos aun cuando se encuentren retirados del servicio¹⁰. Bajo ese entendido Mario Federico Pinedo Méndez, era sujeto disciplinable como Presidente de Ferrovías o concejal. Ahora bien, la falta declarada se tornó absoluta porque al quedar en firme la sanción en su calidad de concejal en ejercicio, la inhabilidad sobreviniente superaba el periodo constitucional para el cual había sido elegido, al tener esta vigencia de 5 años.

En conclusión, si bien la sanción accesoria no está enlistada en aquellas señaladas en el artículo 261 de la Constitución, ella tiene su fuente en la ley disciplinaria, lo cual es viable tal y como lo dispone la norma constitucional.

De acuerdo a lo expuesto no hubo violación de la norma aludida.

Violación del artículo 28 del Decreto 1421 de 1993, 43 de la Ley 136 de 1994, 40 de la Ley 617 de 2000 y 59 del Acuerdo Distrital 095 de 2003.

Afirmó el recurrente que estos preceptos fueron transgredidos porque se creó una nueva inhabilidad luego de ser elegido, a las allí dispuestas. Que las inhabilidades se predicen antes de la elección y cuando él fue electo no tenía ninguna de las descritas en los citados artículos.

La inhabilidad es por regla general la imposibilidad para acceder a un cargo o curul, no obstante en casos particulares esta puede sobrevenir en el tiempo y por ello se habla de la inhabilidad sobreviniente.

¹⁰ Artículo 25 ídem.

Esta Corporación en abundante jurisprudencia ha puntualizado los conceptos de inhabilidad e inhabilidad sobreviniente de la siguiente forma:

“Las inhabilidades hacen referencia a aquellas circunstancias personales previas a la elección, creadas por la Constitución o la ley que imposibilitan en que un ciudadano sea elegido como congresista y cuya trasgresión genera la sanción de pérdida de investidura. Pueden ocurrir también inhabilidades sobrevinientes como la pena privativa de la libertad. Estas circunstancias sobrevinientes no hacen nulo el nombramiento o la elección, solo que el elegido o nombrado no podría permanecer en el cargo o empleo. Tienen como objetivo principal lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos...”¹¹.

A su vez la Ley 734 de 2002 en el artículo 37 definió la inhabilidad sobreviniente, así:

“Artículo 37. Inhabilidades sobrevinientes.

Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias”

La norma tiene como presupuestos para la existencia de esta figura que: la sanción de destitución e inhabilidad general o la suspensión e inhabilidad especial este en firme; que el sujeto disciplinable sancionado ejerza un cargo u otra función diferente a aquel en cuyo ejercicio cometió la falta; que se comunique en forma inmediata al nominador actual para hacer efectivas las consecuencias.

En el *sub lite*, se configuran los requisitos señalados. En efecto, el señor Mario Federico Pinedo fue sancionado con destitución e inhabilidad cuando era presidente de FERROVÍAS; quedó en firme la sanción cuando ejercía como

¹¹ Radicación número: 11001-03-15-000-2001-0148-01(PI), Actor: LUIS JOSÉ ARGEMIRO CÁRDENAS AGUDELO. M.P. Germán Ayala Mantilla.

concejal distrital, por tanto, le fue comunicada a la corporación administrativa la decisión para hacer efectivas las consecuencias.

La Sala considera necesario precisar como lo ha sostenido la demanda, que el disciplinado no fue sancionado como concejal o por una actividad propia de su ejercicio, sino que, se hizo efectiva la sanción accesoria impuesta en el cargo ejecutivo por él desempeñado cuando esta se encontraba vigente y el sr. Pinedo Méndez ejercía función pública; lo cual tiene como fin, proteger los principios que rigen la administración pública para beneficio de la comunidad, de los funcionarios que la ejercen sin probidad y transparencia por haber sido sancionados a título de dolo.

De otro lado es necesario puntualizar, que la inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos como consecuencia de una sanción disciplinaria o penal tal y como lo ha sostenido la Corte Constitucional¹², es un instancia legítima, siempre y cuando se haya adelantado el proceso judicial o administrativo con todas las garantías constitucionales y legales del afectado.

“...No puede concluirse que la imposibilidad de ejercicio de funciones públicas como efecto de la sanción penal o disciplinaria vulnere los derechos políticos de los electores, pues estos, al carecer de carácter absoluto como los demás derechos fundamentales, puede limitarse de forma excepcional....a fin de garantizar la eficacia de otros contenidos constitucionales protegidos por la imposición de sanciones penales o disciplinarias. Además, esta limitación dista de ser irrazonable o desproporcionada, pues en cualquier caso el ejercicio del derecho político continúa salvaguardado; bien mediante una nueva elección para el cargo que desempeñaba el funcionario destituido o a través de la sucesión por parte del siguiente candidato en lista, según se trate de cargos uninominales o de corporaciones públicas.”

La Sección Segunda¹³ como ya se hizo referencia, estudió la legalidad del fallo sancionatorio de Mario Federico Pinedo Méndez y determinó que estaba ajustado a derecho, lo que significa, que le fue respetado el debido proceso y por consiguiente el derecho de defensa y contradicción, tal y como lo expuso en el siguiente párrafo:

¹² Sentencia T-887/05

¹³ Número interno: 2568-2005, M.P. Alfonso Vargas Rincón.

“Así las cosas, la Sala concluye que los actos acusados se ajustaron a derecho, se respetaron los principios y garantías del investigado y en consecuencia, las pretensiones del actor no están llamadas a prosperar”.

De acuerdo a lo expuesto y en consideración a que la inhabilidad sobreviniente le impedía al sr. Mario Pinedo Méndez el ejercicio de función pública hasta el vencimiento de los cinco años impuestos por la sanción accesoria a la principal de destitución cuando era presidente de FERROVÍAS, el acto demandado no violó las normas referidas en el acápite que se estudia y por tanto se niega el cargo.

Violación de los artículos 29 del Decreto 1421 de 1993, 45 de la Ley 136 de 1994 y 41 de la Ley 617 de 2000.

Argumenta el actor, que no se analizó en la sentencia la vulneración de los artículos citados, y que con ellos decretó una especie de incompatibilidad, no obstante que tampoco se enmarca lo decidido en el acto demandado, en ninguna de los artículos señalados.

La decisión a este cargo es la misma del anterior, toda vez que como allí se dijo, se trata de una inhabilidad sobreviniente, más no de una incompatibilidad como ahora lo sugiere, razón por la cual no se puede predicar que se haya revelado con el acto demandado una nueva causal de esa naturaleza, sino que se trata como se ha dicho, de los efectos de una sanción accesoria aplicados en el ejercicio presente de la función pública, que le generó la imposibilidad de seguir ejerciendo como concejal o en general en cualquier empleo como servidor público, mientras la sanción se encontrara vigente.

De otra parte, debe recordarse que el artículo 36 de la Ley 734 de 2002, incorporó las inhabilidades, incompatibilidades y el conflicto de intereses señalados en la Constitución y la ley, como en efecto lo hizo con lo previsto en los artículos 36 a 40 *ídem*, y particularmente lo concerniente al artículo 37, que trata de las inhabilidades sobrevinientes, que es la regla pertinente en el caso bajo estudio.

Violación del artículo 6º de la Ley 190 de 1995.

Expone el actor que la norma referida no es aplicable a los miembros de las corporaciones públicas, entre ellos los concejales, porque su vinculación no es

legal y reglamentaria mediante acto administrativo y menos aún contractual, sino que su acceso obedece a la voluntad popular. Que en el caso particular, el acto demandado fue motivado con base en esa norma dándole la calidad de empleado público al concejal Pinedo Méndez en contra de lo dispuesto en el artículo 132 de la Constitución que dice: “...los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos...”, como lo ha reconocido la jurisprudencia de las diferentes cortes.

De la lectura de la Resolución No. 003 de 2005, se observa que en la parte considerativa se citó el artículo 6º de la Ley 190 de 1995, entre otras normas, no obstante, su fundamento según se examina en el preámbulo del acto administrativo, fueron: el artículo 261 de la Constitución Política modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo No. 03 de 1993, artículos 52 y 58 de la Ley 136 de 1994, en concordancia con los artículos 14 numeral 6º y 60 del Acuerdo 095 de 2003 (Reglamento Interno del Concejo), cuyas normas hacen referencia a las faltas absolutas de los concejales y su forma de suplirlas.

Aún si en gracia de discusión se aceptara que esa mención es parte de su fundamento, ella no tendría la suficiente fuerza para su nulidad, dado que también allí se concretan otras normas como el artículo 37 del C.D.U. que son pertinentes para el caso controvertido. En ese orden de ideas, no procede la nulidad por tal concepto.

Incompetencia del Presidente del Concejo Distrital de Bogotá para dictar el acto administrativo demandado.

Señala el apelante que el presidente de la corporación no tenía facultad para hacer efectivas las consecuencias de la inhabilidad sobreviniente, porque ello recae solamente en el nominador de quien deba aplicársele, y en el cargo de concejal al ser de elección popular no tiene nominador, por consiguiente, no existe ninguna norma que lo faculte. De otro lado, la sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación solo podía ejecutarla el Presidente de la República, como en efecto lo hizo.

En primer lugar, la Sala debe precisar, que en razón al cargo desempeñado por el actor cuando le fue impuesta la sanción disciplinaria, le correspondía al nominador hacer efectiva la sanción conforme a lo dispuesto en el artículo 172 numeral 3. Del C.D.U., es decir al Presidente de la República, por tratarse de un funcionario de libre nombramiento y remoción, designado por él.

De esa manera lo ordenó el órgano de control en sus decisiones administrativas; dando cumplimiento a lo allí dispuesto, el Presidente de la República produjo el Decreto 3863 de 22 de noviembre de 2004.

Para el 1º de julio de 2004, fecha en que el recurso de apelación fue resuelto por la Sala Disciplinaria confirmando la sanción de destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de cinco años al señor Mario Federico Pinedo Méndez, este se desempeñaba como concejal de la ciudad de Bogotá electo para el periodo constitucional 2003-2007.

El presidente del concejo ante la remisión de las decisiones disciplinarias por parte de la Procuraduría, hizo sendas consultas ante ese órgano de control y el Consejo Nacional Electoral, sobre su competencia, para luego de ser resueltas proferir el acto demandado.

El fundamento puntual del cargo consiste en que el presidente del concejo no podía declarar la vacancia absoluta porque no es el nominador del concejal.

El artículo 172 de la Ley 734 de 2002, señala cuáles son los funcionarios competentes para la ejecución de las sanciones así:

“Artículo 172. Funcionarios competentes para la ejecución de las sanciones. La sanción impuesta se hará efectiva por:

- 1. El Presidente de la República, respecto de los gobernadores y los alcaldes de Distrito.*
- 2. Los gobernadores, respecto de los alcaldes de su departamento.*
- 3. El nominador, respecto de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción o de carrera.*
- 4. Los presidentes de las corporaciones de elección popular o quienes hagan sus veces, respecto de los miembros de las mismas y de los servidores públicos elegidos por ellas.*
- 5. El representante legal de la entidad, los presidentes de las corporaciones, juntas, consejos, quienes hagan sus veces, o quienes hayan contratado, respecto de los trabajadores oficiales.*

6. Los presidentes de las entidades y organismos descentralizados o sus representantes legales, respecto de los miembros de las juntas o consejos directivos.

7. La Procuraduría General de la Nación, respecto del particular que ejerza funciones públicas.

Parágrafo. Una vez ejecutoriado el fallo sancionatorio, el funcionario competente lo comunicará al funcionario que deba ejecutarlo, quien tendrá para ello un plazo de diez días, contados a partir de la fecha de recibo de la respectiva comunicación”.

La discusión para el actor se presenta al considerar que solo podía ser ejecutada la sanción por el presidente del concejo cuando esta le fuera impuesta a un concejal en tal calidad, sin embargo, esta es una de las posibilidades en que tal función puede ser ejercida. En efecto, otro de los eventos se concreta en situaciones fácticas como la que aquí se estudia, toda vez que la sanción que le fue imputada al concejal Pinedo Méndez quedó en firme cuando se encontraba ejerciendo función pública en un cargo diferente a aquel en el que fue impuesta, siguiéndolo hasta su ejercicio como concejal por la vigencia de la inhabilidad. En ese entendido sí le correspondía hacerla efectiva al presidente de la corporación de acuerdo al numeral 4º transcrito, él cual no la hace efectiva como de la lectura de la norma se extrae, en calidad de nominador, sino como presidente de la corporación de elección popular, error de interpretación en el que incurre el demandante.

Como reiteradamente se dijo a lo largo de esta providencia, al presentarse una inhabilidad sobreviniente conforme al artículo 37 del C.D.U., lo procedente era de acuerdo al artículo 27 Decreto Ley 1421 de 1993; artículo 63 de la Ley 136 de 1994; numeral 6 del artículo 14 y 60 del Acuerdo 095 del 2003, declarar la falta absoluta del cargo de concejal de Bogotá ocupado por Mario Federico Pinedo Méndez, como en efecto lo hizo el presidente de la corporación administrativa; no hacerlo sería incumplir con las funciones asignadas a él por ley, toda vez que una persona que está inhabilitada por la autoridad competente no puede ejercer función pública por el término definido por ella. Como se dijo, la inhabilidad para el ejercicio de la función pública busca proteger a la administración y a los administrados de un ejercicio no probado y transparente por parte del sancionado.

Para la Sala, el análisis realizado es suficiente para declarar el cargo impróspero y por consiguiente confirmar la providencia dictada el 6 de julio de 2007, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, que negó a las pretensiones de la demanda incoada por MARIO FEDERICO PINEDO MÉNDEZ contra Bogotá Distrito Capital, Concejo de Bogotá.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la providencia dictada el 6 de julio de 2007, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, que negó a las pretensiones de la demanda incoada por MARIO FEDERICO PINEDO MÉNDEZ contra Bogotá Distrito Capital, Concejo de Bogotá.

Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

GERARDO ARENAS MONSALVE

SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN (e)