

SERVIDOR PUBLICO - Incompatibilidad con el ejercicio de la abogacía / PROFESIONAL DEL DERECHO - Incompatible con el servidor público / ABOGADO - No puede ejercer la profesión al ser servidor público

Es cierto que el ejercicio de un cargo público está previsto en el artículo 39 del Decreto 196 de 1971 -Estatuto del Abogado- como una incompatibilidad, según la cual, los servidores públicos no pueden ejercer la abogacía, pero esto no quiere decir que sea el fijado para los profesionales del derecho el procedimiento a seguir en el caso de la comisión de faltas, pues dicha prohibición, fue incorporada como tal, a la Ley 734 de 2002, por disposición de esta misma norma. Así, en el artículo 36, expresó: Incorporación de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses. Se entienden incorporadas a este código las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses señalados en la Constitución y en la ley. La incompatibilidad es para el servidor público, quien en su calidad de tal no puede ejercer la abogacía. La interpretación que pretende darle la actora, no atiende a lógica alguna, por cuanto significaría que los abogados no podrían ser servidores públicos.

FUENTE FORMAL: LEY 732 DE 2002 - ARTICULO 36 / DECRETO 196 DE 1971 - ARTICULO 39

PODER DISCIPLINARIO - Radica en el estado / ACCION DISCIPLINARIA - Violación del régimen de incompatibilidades / DEBIDO PROCESO - No se vulneró / ABOGADO - Competencia para ejercer la acción disciplinaria por ser servidor público / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - No se aplica al estatuto del abogado por ser un servidor público

Al ser la actora servidora pública (docente) de la Secretaría de Educación de Bogotá, entidad a la que ingresó desde el 23 de abril de 1971, la titularidad del poder disciplinario radica en el Estado, concretamente en las oficinas señaladas para el efecto. La misma Ley, en el artículo 23, señaló como conductas constitutivas de faltas que dan lugar a acción y sanción disciplinarias, entre otras, aquella por la cual se investigó y destituyó a la actora, la violación del régimen de incompatibilidades. Considera la Sala que no asiste razón a la demandante, por cuanto como quedó suficientemente claro al definir el punto de la competencia, la norma que gobernaba el proceso disciplinario era la Ley 734 de 2002, por tratarse de una servidora pública, de tal manera que no es posible predicar favorabilidad respecto de una norma (Estatuto del Abogado) que no era aplicable al asunto.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., noviembre veintiuno (21) de dos mil once (2011).

Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00025-00(0251-10)

Actor: MARTHA ROSA GAMEZ GUTIERREZ

Demandado: ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA D.C. - SECRETARIA DE EDUCACION

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

ANTECEDENTES

Martha Rosa Gámez Gutiérrez por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó de esta Corporación, la nulidad de las Resoluciones 6263 de Mayo 28 de 2007 y 3224 de agosto 1º de 2007, proferidas por el Jefe de la Oficina de Control Interno y el Secretario de Educación de Bogotá, respectivamente, por medio de las cuales impuso como sanción destitución del cargo e inhabilidad general de diez (10) años.

Así mismo, demandó la nulidad de la Resolución No. 3606 de septiembre 5 de 2007, por medio de la cual fue separada del cargo.

A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene su reintegro a un cargo similar o superior al que ocupaba en el momento en que le fue impuesta la sanción, el pago indexado de los salarios dejados de percibir desde el momento de la destitución y hasta que sea reintegrada al cargo, y la eliminación de la hoja de vida y de todos los documentos donde se hubieran hecho, los registros de anotación de la sanción.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones, señala:

Se vinculó como docente al Distrito Capital desde el 15 de enero de 1971.

Por medio de escrito 4 de febrero de 2004, las señoras JULIA PALACIOS CORTÉS y ELIZABETH OSPINA WALKER, solicitaron se investigara a la actora, por cuanto ejercía como apoderada de la Cooperativa del Magisterio CODEMA, dentro del proceso adelantado ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de Bogotá, lo que constituía una incompatibilidad, pues al mismo tiempo era empleada oficial, vinculada a la Secretaría de Educación del Distrito.

Con fundamento en lo anterior, la Oficina de Control Interno inició indagación preliminar y decretó pruebas, con el fin de establecer si efectivamente la demandante había actuado como abogada de CODEMA en el proceso referido.

Surtido el debate probatorio, profirió la Resolución No. 6263 de Mayo 28 de 2007, por medio de la cual le impuso sanción por incurrir en la incompatibilidad señalada en el artículo 39 del Decreto 196 de 1971, modificado por la Ley 153 de 2000, por ser funcionaria pública (docente) y actuar a la vez como apoderada de CODEMA en el proceso ejecutivo adelantado en contra del señor JOSE LURDY GUARIN, ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de Bogotá.

Al resolver el recurso de apelación mediante Resolución 3224 de agosto 1º de 2007, se confirmó la decisión anterior. Finalmente, se ejecutó la sanción a través de la Resolución No. 3606 de septiembre 5 de 2007.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

- Constitución Política: artículos 4, 6, 13, 29, 53, 256 numeral 3º
- Ley 734 de 2002: artículos 5, 7, 13, 14, 18, 20, 25, 25, 74 ss., 128, y 156.
- Decreto 196 de 1971, artículo 43.

Considera la demandante que durante el trámite del proceso disciplinario se vulneró el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, pues el operador disciplinario ha debido enviar las diligencias al Consejo Superior

de la Judicatura, por ser el competente, al tratarse de una profesional del derecho que en la actualidad se desempeña como docente, en cumplimiento del artículo 74 de la Ley 734 de 2002, según el cual, la competencia se determina teniendo en cuenta la calidad del sujeto disciplinado, la naturaleza del hecho, el territorio donde se cometió la falta, el factor funcional y el de conexidad.

En el presente asunto, la competencia se determinó por **la naturaleza del hecho** sin tener en cuenta que la actora era docente y ejerció a la vez su profesión como abogada, razón por la cual se debió observar lo consagrado en el Decreto 196 de 1971 artículo 39 (modificado por el artículo 1º de la Ley 583 de 2000) que establece una prohibición para ejercer la abogacía.

Así las cosas, es la Ley la que determina el Juez natural para investigar y fallar la conducta desplegada por la demandante, y es ella quien radica la competencia en el Consejo Superior de la Judicatura y no en la Oficina de Control Interno de la Secretaría de Educación de Bogotá.

Con lo expuesto, se desconoció el principio de favorabilidad contemplado en el artículo 29 C.N. y reiterado en la Ley 153 de 1887, y el de inescindibilidad, así como el deber funcional y la ilicitud sustancial, ya que el incumplimiento de un deber no debe sancionarse, a menos que ponga en peligro o se lesione la obligación funcional cuestionada.

Por último, resaltó que el fallo omite la aplicación del nuevo Estatuto del Abogado Ley 1123 de 2007, que reforma el régimen de incompatibilidades para el desempeño de la profesión por los docentes y el concepto del Procurador para la aplicación de la igualdad entre docentes universitarios y docentes de instituciones oficiales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, por las siguientes razones:

Sobre la falta de competencia señala, que de conformidad con lo establecido en artículo 2 de la Ley 734 de 2002 es a la Oficina Asesora de Control Disciplinario Interno de la Secretaría de Educación, a quien le corresponde adelantar la investigación por tratarse de una docente al servicio del Distrito.

Respecto al desconocimiento del principio de favorabilidad en materia disciplinaria que consiste en aplicar de preferencia la ley permisiva o favorable, dice que la normatividad aplicable es el artículo 14 de la Ley 734 de 2002, ya que se demostró la calidad que ostentaba la disciplinada como servidora pública adscrita a la Secretaría de Educación de Bogotá.

No le asiste razón al apoderado para manifestar que en el fallo dejó de analizarse la ilicitud sustancial en atención a que no sólo la falta del cumplimiento de los deberes, da lugar a una sanción, también la extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses.

Lo anterior, en atención a que el artículo 39 del Decreto 196 de 1971, establece quiénes no pueden ejercer la abogacía y señala a los empleados públicos.

Finalmente, en relación con la omisión por la falta de aplicación del Nuevo Estatuto del Abogado, Ley 1123 de 2007, que reforma el Régimen de incompatibilidad para el desempeño de la profesión por los docentes, advirtió que no es cierto que el Código Disciplinario del Abogado haya modificado dicho régimen, por cuanto una cosa son las incompatibilidades consagradas en el Estatuto del Ejercicio de la Abogacía y otra las consagradas en el régimen Disciplinario. Por tanto, no se puede decir que el uno modifique al otro.

Propuso las siguientes excepciones:

Caducidad de la acción, ineptitud de la demanda, excepción de inexistencia de la obligación, excepción de falta de causa, excepción de buena fe, excepción de legalidad de los actos acusados y excepción genérica.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación solicitó denegar las pretensiones de la demanda.

En relación con el cargo de incompetencia alegado por la demandante, señala que la Ley ha otorgado a las oficinas de control interno disciplinario, la potestad de adelantar investigaciones como lo señala el artículo 2º del C.U.D. en el cual corresponde a las enunciadas oficinas y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

Como quiera que la señora Martha Rosa Gámez Gutiérrez, se desempeñaba para la época de los hechos como docente de la Secretaría de Educación del Distrito Capital al ejercer como apoderada de la Cooperativa CODEMA en varios procesos ejecutivos, estaba legalmente inhabilitada para ejercer la profesión de abogada, según lo contemplado en el artículo 39 del Decreto 196 de 1971.

Concluye expresando que la entidad que llevó a cabo el proceso disciplinario, era la competente, pues la actora no era una persona particular que ejerciera como abogada litigante, sino que fungía como docente oficial de la Secretaría de Educación de Bogotá.

Para resolver, se

CONSIDERA

El problema jurídico gira en torno a establecer la legalidad de las Resoluciones 6263 de Mayo 28 de 2007 y 3224 de agosto 1º de 2007, proferidas por el Jefe de la Oficina de Control Interno y el Secretario de Educación de Bogotá, respectivamente, por medio de las cuales impuso como sanción destitución del cargo e inhabilidad general de diez (10) años a MARTHA ROSA GÁMEZ GUTIÉRREZ y de la Resolución No. 3606 de septiembre 5 de 2007, por medio de la cual fue separada del cargo.

Antes de entrar al estudio del fondo del asunto, se procede a resolver las excepciones propuestas por la entidad demandada.

Considera la entidad que la acción interpuesta por la actora se encuentra caducada, no obstante, dicha excepción no está llamada a prosperar en consideración a que tratándose de actos de retiro, dicho término empieza a correr a partir de la ejecución del acto, que en el presente asunto lo fue el 16 de octubre de 2007, fecha en que se hizo efectiva la Resolución No. 3606 del 5 de septiembre de 2007, a través de la cual el Jefe de Control Interno ejecutó la sanción.

Es decir, que los 4 meses para la interposición de la acción vencían el 16 de febrero de 2008 y como la demanda fue interpuesta el 11 de enero de 2008, aún la caducidad no había surtido sus efectos.

Considera la Entidad igualmente que la demanda es inepta por no reunir los requisitos de que trata el Código Contencioso Administrativo, sin embargo, examinado el contenido de la misma, se observa que además de cumplir con todos los presupuestos exigidos, la actora sustentó en debida forma el concepto

de violación con expresión de los motivos por los que considera el acto acusado está afectado de nulidad, entre los que señala la violación al debido proceso y falta de competencia del funcionario que adelantó la investigación disciplinaria, por lo que esta excepción tampoco está llamada a prosperar.

Las demás excepciones, falta de causa, buena fe, legalidad de los actos acusados, por corresponder al fondo del asunto, serán decididas al estudiar el problema jurídico.

Son dos los cargos que propone la parte actora contra el acto acusado:

1. Incompetencia

Considera la demandante que el competente para conocer de la investigación disciplinaria en su contra, era el Consejo Superior de la Judicatura, por tratarse de una falta cometida por una profesional del derecho.

Para efecto de decidir, se tiene lo siguiente:

En el presente asunto no se encuentra en discusión que la actora era empleada pública vinculada a la Secretaría de Educación de Bogotá.

Así obra en el expediente y en esa calidad se inició la investigación disciplinaria, es decir, que se trató de una falta cometida por servidor público y no de un abogado en ejercicio de su profesión.

Es cierto que el ejercicio de un cargo público está previsto en el artículo 39 del Decreto 196 de 1971 -Estatuto del Abogado- como una incompatibilidad, según la cual, los servidores públicos no pueden ejercer la abogacía, pero esto no quiere decir que sea el fijado para los profesionales del derecho el procedimiento a seguir en el caso de la comisión de faltas, pues dicha prohibición, fue incorporada como

tal, a la Ley 734 de 2002, por disposición de esta misma norma. Así, en el artículo 36, expresó:

Incorporación de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses. Se entienden incorporadas a este código las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses señalados en la Constitución y en la ley.

La incompatibilidad es para el servidor público, quien en su calidad de tal no puede ejercer la abogacía. La interpretación que pretende darle la actora, no atiende a lógica alguna, por cuanto significaría que los abogados no podrían ser servidores públicos.

En consecuencia, al ser la actora servidora pública (docente) de la Secretaría de Educación de Bogotá, entidad a la que ingresó desde el 23 de abril de 1971, la titularidad del poder disciplinario radica en el Estado, concretamente en las oficinas señaladas para el efecto. Así lo dispone el inciso primero del artículo 2º de la Ley 734 de 2002:

Titularidad de la acción disciplinaria. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

La misma Ley, en el artículo 23, señaló como conductas constitutivas de faltas que dan lugar a acción y sanción disciplinarias, entre otras, aquella por la cual se investigó y destituyó a la actora, la violación del régimen de incompatibilidades.

En consecuencia, se concluye que la incompetencia alegada, no se presentó por cuanto es la misma Ley Disciplinaria, la que dispone que corresponde a las entidades y órganos del Estado, a las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios, disciplinar a sus servidores.

Y para el efecto, en el artículo 76, ordenó lo siguiente:

Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, **deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores.** Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias.

...

En todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario. En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia.

Parágrafo 2°. Se entiende por oficina del más alto nivel la conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración.

En el asunto en estudio, la investigación fue asumida por la oficina de Control Interno de la Secretaría de Educación de Bogotá en primera instancia y el Secretario de Educación del Distrito en segunda, en cumplimiento de la Ley 734 de 2002.

No se presenta, pues, el aludido vicio, pues toda autoridad tiene sus competencias definidas en el ordenamiento jurídico y debe ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad, mandato al que se le dio cumplimiento por parte de las autoridades demandadas.

Por lo mismo, a la actora no se le violó su derecho al debido proceso.

2. Aplicación de la norma más favorable

El segundo motivo de inconformidad lo hace consistir la actora, en que el procedimiento disciplinario que se le adelantó, lo ha debido ser con fundamento en la norma más favorable, es decir, el Estatuto del Abogado y no el Código Único Disciplinario, como procedió la entidad demandada.

Al principio de favorabilidad debe darse aplicación, cuando entre dos normas aplicables a un caso concreto, una de ellas resulta más beneficiosa para el destinatario.

En consecuencia, considera la Sala que no asiste razón a la demandante, por cuanto como quedó suficientemente claro al definir el punto de la competencia, la norma que gobernaba el proceso disciplinario era la Ley 734 de 2002, por tratarse de una servidora pública, de tal manera que no es posible predicar favorabilidad respecto de una norma (Estatuto del Abogado) que no era aplicable al asunto.

Por lo anterior, se concluye que la investigación fue adelantada conforme a las previsiones legales, respetando los derechos y garantías de la investigada a quien se le dio la oportunidad, en aplicación del debido proceso de hacer uso de los derechos de defensa y contradicción, ante funcionario competente.

Tampoco prospera este cargo.

Por último, es importante expresar que la actora consideró que los actos por medio de los cuales se le impuso la sanción disciplinaria, omitieron la aplicación del nuevo Estatuto del Abogado, sin embargo, los hechos que dieron origen a la investigación datan del año 2004 y la Ley 1123 fue proferida en el año 2007, además de que como se vio, se trató de una falta cometida por una servidora pública.

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

FALLA

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda presentada por la actora, MARTHA ROSA GÁMEZ GUTIERREZ, contra el Distrito Capital, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

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

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO