

PODER PREFERENTE DISCIPLINARIO DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN – Efectos / CONTROL JUDICIAL DEL PROCESO DISCIPLINARIO – No es una tercera instancia / PROCESO DISCIPLINARIO – Protección de garantías básicas constitucionales

Esta Sección ha señalado reiteradamente que según el diseño Constitucional, la potestad correccional y disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, a quien se reconoce un poder preferente, que no excluye la facultad que tienen algunas entidades para ejercer directamente esa misma potestad, pero en ambos casos sometida al control judicial por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. No obstante, dicho control no se ejerce de cualquier modo, sino que está sujeto a limitaciones y restricciones que lo alejan de convertirse en una tercera instancia. Todo lo anterior implica que en la sede Contenciosa Administrativa, el debate discurre en torno a la protección de las garantías básicas, cuando quiera que el proceso disciplinario mismo ha fracasado en esa tarea, es decir, en el evento en el que el trámite impreso a la actividad correccional resulta intolerable frente a los valores constitucionales más preciados, como el debido proceso, el derecho de defensa, la competencia del funcionario y de modo singular, si el Decreto y la práctica de las pruebas se hizo atendiendo estrictamente las reglas señaladas en la Constitución y en la Ley.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO – Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa / PRINCIPIO DE LEGALIDAD – Estado de derecho / PRINCIPIO DE LEGALIDAD – En materia sancionatoria

Previo al análisis del material probatorio y de la cuestión de fondo, la Sala precisa desde ya que si bien el control que ejerce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo respecto de los actos dictados con ocasión del ejercicio de la potestad disciplinaria, no puede asimilarse a una tercera instancia -como bien lo afirmó la Procuraduría General de la Nación-, en el caso concreto los planteamientos que aduce la demandante, cuya veracidad ha de ser determinada en esta oportunidad, están asociados con la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, particularmente en lo que se refiere a la garantía de que “nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa” la cual está prevista en el artículo 29 de la Constitución. Dicha garantía, es estructural del derecho al debido proceso y se relaciona con un principio vertebral de todo Estado de Derecho: el de legalidad y, como expresión de éste, el de tipicidad.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD – En materia del derecho administrativo sancionador

En materia del derecho administrativo sancionador, el principio de legalidad material (inspirado del derecho penal), está referido a la configuración legal de los presupuestos, requisitos, y condiciones que posibilitan el ejercicio de la potestad disciplinaria y se enuncia, en la mayoría de ordenamientos jurídicos con la fórmula de que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. En el caso Colombiano, el artículo 29 de la Constitución, que prevé el derecho fundamental al debido proceso, dispone que “nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto imputado”. En todo caso, el principio de legalidad en materia sancionadora, implica como

garantía material “la necesidad de una precisa tipificación de las conductas consideradas ilícitas y de las sanciones previstas para su castigo y, como garantía formal, que dicha revisión se realice en norma con rango de Ley; sin embargo no está excluida en esta materia toda intervención del reglamento, pues cabe que la Ley defina el núcleo básico calificado como ilícito y los límites impuestos a la actividad sancionadora y que el reglamento desarrolle tales previsiones actuando como complemento indispensable de la Ley”.

PRINCIPIO DE TIPICIDAD – Relación con el principio de legalidad / TIPICIDAD – Imposibilidad de aplicar a una conducta sino esta relacionada con los tipos legales / CONDUCTA TIPICA – Adecuación de las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud y de la imputabilidad / AUSENCIA DE TIPICIDAD – La conducta no se asemeja a algún tipo punitivo preestablecido / PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD – Debido proceso

Los principios de legalidad y de tipicidad están en estrecha relación, pues éste último es un modo especial de realización del primero. Así las cosas, en función de concretar los elementos necesarios para ejercitar la potestad sancionadora en el marco de las exigencias constitucionales, en la tarea legislativa tendiente a la descripción normativa de dichos elementos, es en donde opera el principio de tipicidad. Como exigencias de éste, se tiene que en el plano teórico, la tipicidad se desenvuelve mediante la previsión explícita de los hechos constitutivos de la infracción y de sus consecuencias represivas en la norma legal; pero, en el terreno de la práctica, la anterior exigencia, conlleva así mismo la imposibilidad de calificar una conducta como infracción o sancionarla si las acciones u omisiones cometidas por un sujeto, no guardan perfecta similitud con las diseñadas en los tipos legales. Así las cosas, decir que la conducta de un sujeto es típica, implica que existe una perfecta adecuación de las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud y de la imputabilidad, debiendo rechazarse cualquier tipo de interpretación extensiva, analógica o inductiva. La ausencia de tipicidad puede darse, no solo porque una conducta no está de ninguna manera prevista como falta en la Ley sino además porque, por ejemplo, el comportamiento del sujeto pasivo del procedimiento, se asemeja en mayor o menor medida a un tipo punitivo (falta disciplinaria) preestablecido, mas no se identifique claramente con él, supuesto en el cual la sanción se hace improcedente.

REGIMEN DE INHABILIDADES – Falta gravísima / EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – No le son aplicable los artículos 1 y 10 del Decreto 128 de 1976 / EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – Creación en la Ley 100 de 1993 / INHABILIDAD – La conducta no puede ser sancionada dado que la norma no es aplicable a las empresas sociales del estado / ANALOGIA – No aplica

No obstante, que el Legislador reprocha la vulneración del régimen de inhabilidades considerándola como falta gravísima y que, tanto el artículo 48 (numeral 17) de la Ley 734 de 2002 como el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, son preexistentes a la conducta endilgada a la demandante; encuentra la Sala que la última de las disposiciones citadas que describe la supuesta inhabilidad en la que incurrió la accionante, no es aplicable expresa ni claramente a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de las

Empresas Sociales del Estado, si se tiene en cuenta que, el artículo 1 del Decreto 128 de 1976 señala que son destinatarios de ese cuerpo normativo, los miembros de las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el 90% o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos. Téngase en cuenta que i) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 (que creó las E.S.E) las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las Asambleas o los Concejos, según el caso y están sometidas al régimen jurídico previsto en dicha Ley, ii) que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, éste tipo de empresas públicas se sujetan al régimen previsto en las Leyes 100 de 1993, 344 de 1996 y en la misma 489 de 1998 (en los aspectos no regulados por las primeras) y las demás normas que las modifiquen, sustituyan y adicionen y iii) que, como el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, en consonancia con el artículo 1 de esa misma normatividad, no señala expresamente que el mismo se aplica a las Empresas Sociales del Estado (de hecho, cuando se expidió dicho Decreto, las E.S.E. no existían); no hay certeza sobre si, la infracción del artículo 10 de dicho Decreto, por parte de un miembro de una Junta Directiva de una E.S.E. constituye falta disciplinaria.

DEBIDO PROCESO – Vulneración / VULNERACION AL DEBIDO PROCESO – la norma aplicada para sancionar la conducta no era la aplicable a la demandante / PERJUICIOS MORALES – No demostrados

Es importante señalar que aún cuando en este caso concreto la conducta de la demandante no puede considerarse típica en relación con la falta que se le endilgó, consistente en la vulneración del referido artículo 10 [del Decreto 128]; no debe perderse de vista que los funcionarios públicos que trabajan en las Empresas Sociales del Estado están sujetos a un régimen de inhabilidades propio y que debe ser observado y cumplido por éstos. No obstante, como no es objeto de este pronunciamiento determinar cuál es el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de las E.S.E. y tampoco si la demandante lo desconoció, la Sala se limita a precisar que, en definitiva, la accionante no es destinataria de la disposición que en este caso concreto invocó la Procuraduría para sancionarla [contenida en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976] y por ello, su conducta no puede considerarse típica en relación con esa norma. Cabe indicar además que si bien la entidad demandada en este caso si era la competente para investigar y sancionar a la señora Cisneros Rivera y que el trámite que se adelantó estuvo sujeto a las disposiciones que lo regulan; en el *sub-lite* la violación al derecho al debido proceso se concretó en el momento en que la Procuraduría General de la Nación invocó una norma que no podía ser aplicable a la demandante, como fundamento para investigarla y, posteriormente sancionarla.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00103-00(1455-09)

Actor: GRETTA DE LOS DOLORES CISNEROS RIVERA.-

Demandado: LA NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Decide la Sala en única instancia¹, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, interpuesta por la señora Gretta de los Dolores Cisneros Rivera contra la Nación - Procuraduría General de la Nación.

LA DEMANDA

GRETTA DE LOS DOLORES CISNEROS RIVERA, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., pretende que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos²:

- El artículo segundo de la Resolución N° 020 del 10 de mayo de 2005, a través de la cual, la Procuraduría Provincial de Ipiales le impuso la sanción de destitución del cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado del

¹ Mediante auto del 28 de mayo de 2009, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Pasto resolvió: *i)* declararse sin competencia funcional para conocer del proceso, *ii)* declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda inclusive, sin perjuicio de las pruebas practicadas y *iii)* remitir el expediente al Consejo de Estado (folios 470 a 473 del Cuaderno Principal). A través de la providencia del 30 de agosto de 2010, el Despacho del Magistrado sustanciador avocó el conocimiento del asunto y dispuso admitir la demanda, efectuar las notificaciones de rigor, fijar el negocio en lista y reconocer personería al apoderado de la parte demandante (folios 477 a 481 del cuaderno principal).-

² La demanda, presentada el 16 de septiembre de 2005, obra a folios 2 a 12 del cuaderno principal.

Municipio de Cumbal (Nariño) e inhabilidad para ocupar cargos públicos por el término de 10 años.

- La Resolución N° 029 del 25 de mayo de 2005, proferida por la Procuraduría Regional de Nariño, en la que confirmó la sanción que le fue impuesta.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, la demandante pretende:

- Que se ordene a la Procuraduría General de la Nación suprimir todo antecedente disciplinario administrativo, derivado de los actos demandados.
- Que la sentencia favorable se cumpla en los términos previstos en los artículos 176 y 178 del C.C.A.
- Que se condene a la entidad accionada a pagar las costas procesales y agencias en derecho.

Para sustentar sus pretensiones, la demandante expuso los antecedentes fácticos que la Sala sintetiza así:

- Para la época de los hechos que dieron origen a la investigación disciplinaria, se desempeñaba en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado del Municipio de Cumbal (Nariño).
- La Procuraduría Provincial de Ipiales, mediante Resolución N° 020 del 10 de mayo de 2005, resolvió en el artículo

segundo, sancionarla disciplinariamente destituyéndola del cargo que ostentaba, e imponiéndole una inhabilidad de 10 años para ejercer funciones públicas.

- A través de la Resolución N° 029 del 25 de mayo de 2005, la Procuraduría Regional de Nariño confirmó la sanción. Esta Resolución fue notificada personalmente a su apoderado el 16 de junio de 2005 y quedó ejecutoriada el día siguiente.
- El fundamento de la decisión de destituirla e inhabilitarla, fue la supuesta violación de los artículos 6 y 123 de la Constitución Política; 48 (numeral 17) de la Ley 734 de 2002 y, principalmente, del artículo 10 del Decreto 128 de 1976.
- La Procuraduría General de la Nación, incurrió en violación directa de la Ley sustancial, por aplicación indebida de lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 que a la letra dice:

“De la prohibición de prestar servicios profesionales. Los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores, dentro del periodo últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en

la entidad en la cual actuó o actuaron ni en los que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece”

- Pese a las explicaciones de la defensa, la entidad accionada soslayó el campo de aplicación de la aludida

disposición y desconoció lo previsto en el citado Decreto 128, artículo 1 así:

“Artículo 1. DEL CAMPO DE APLICACIÓN. Las normas del presente Decreto, son aplicables a los miembros de las juntas o concejos directivos de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el 90% o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidente (sic) de dichos organismos.

Las expresiones “miembros o concejos”, “gerentes o directores” y “sector administrativo” que se utilizan en el presente Decreto, se refieren a las personas y funcionarios citados en el inciso anterior y al conjunto de organismos que integran cada uno de los Ministerios y Departamentos Administrativos con las entidades que les están adscritas o vinculadas”. (Las subrayas son de la demandante).

- Asimismo, la Procuraduría General de la Nación no aplicó lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley 489 de 1998, que es diáfano al establecer el régimen de inhabilidades para los servidores de las entidades públicas del sector descentralizado por servicios. Señala: **“INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Los representantes legales y los miembros de los concejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades previstos en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen”** (Las negrillas son de la accionante).
- Al aplicarle indebidamente la disposición contenida en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, la entidad

demandada incurrió en violación directa de la Ley sustancial y desconoció el artículo 29 de la Constitución, el cual se refiere a la aplicación de normas persistentes tanto en las decisiones judiciales como en las de carácter administrativo.

- Adicionalmente, al hacerle extensiva la referida norma, desconoció la jurisprudencia constitucional administrativa según la cual el régimen de inhabilidades e incompatibilidades debe interpretarse de manera restrictiva.

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

A juicio de la demandante los actos administrativos demandados desconocen las siguientes disposiciones:

- De la Constitución Política, los artículos 2°, 6°, 15, 29 y 209.
- De la Ley 734 de 2002, los artículos 4°, 6°, 9°, 14, 17 y 21.
- De la Ley 489 de 1998, el artículo 102.
- Del Decreto 01 de 1984, el artículo 3.
- Del Decreto 128 de 1976, los artículos 1 y 10.

Sustentó el concepto de la violación mediante los siguientes argumentos:

- Al expedir los actos demandados, la Procuraduría General de la Nación vulneró los artículos 2, 6 y 25 de la Carta Política, que aluden al ejercicio de los poderes públicos sin

arbitrariedad. Asimismo, desconoció lo previsto en el artículo 29 *ibídem*, que se refiere al derecho al debido proceso el cual debe garantizarse en las actuaciones judiciales y en las administrativas, particularmente en lo relacionado con que *“nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”*.

- La entidad accionada aplicó indebidamente lo establecido en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, disposición que tiene un campo de aplicación muy claro y delimitado en el artículo 1 de esa misma normatividad, dentro del cual no se incluyó a las Empresas Sociales del Estado.
- Carece de toda lógica y razonabilidad constitucional, que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se haga extensivo a los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, cuando los mismos no están incluidos en el enunciado normativo de los artículos 1 del Decreto 128 de 1976 y 102 de la Ley 489 de 1998.
- En materia de la responsabilidad por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, las normas deben interpretarse en sentido restrictivo, de acuerdo con el alcance que la misma Ley les da y no dentro del margen interpretativo de los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación. Las referidas disposiciones no admiten aplicación extensiva por analogía.
- El argumento que adujo la Procuraduría Regional de Nariño en la Resolución N° 029 del 25 de mayo de 2005, según el cual *“la existencia de regímenes especiales lo que es plenamente permitido por el ordenamiento jurídico, no puede llevar jamás al extremo de que existan sectores del servicio estatal a los*

cuales esté vedado la aplicación de un estatuto como el que se refiere a las inhabilidades e incompatibilidades, pues se trata de la tutela y preservación de intereses generales, todos radicados en el cumplimiento de los fines del Estado (...)", resulta "absurdo, deleznable, irrazonable, desproporcionado e injustificado, porque ante la incuria en poder determinar la norma realmente aplicable, se acude a la primera que se presenta, lo cual corresponde a un comportamiento irresponsable y jurídicamente ligero".

- En consecuencia, en el proceso disciplinario que se le adelantó no existió la certeza probatoria exigida en los artículos 128 y 142 de la Ley 734 de 2002, por cuanto la imputación de responsabilidad no guarda proporción con la comprobación de la conducta por omisión o comisión. En otras palabras, en el trámite administrativo no hubo certidumbre ni certeza de la ilicitud de la conducta que desplegó y, a pesar de ello se le impuso la sanción más drástica.
- Por lo anterior, la entidad accionada desconoció el principio del *indubio pro disciplinado*, que está vinculado a la existencia de plena prueba en cuya ausencia debe aplicarse lo previsto en el artículo 9 de la Ley 734 de 2002 (presunción de inocencia). Por ello, los actos demandados, adolecen de falsa motivación.
- El proceder de la Procuraduría General de la Nación le ocasionó perjuicios morales que afectaron en grado sumo su entorno familiar, social y laboral y comprometió su imagen atentando contra el derecho a una existencia digna y libre de la excesiva presión que sufre por causa de la acción de la entidad demandada.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Procuraduría General de la Nación, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal, mediante escrito³ en el que se opuso a las pretensiones formuladas por la accionante.

Adujo que el control judicial que efectúa la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo respecto de los actos dictados con ocasión del ejercicio de la potestad disciplinaria, está limitado a las causales previstas taxativamente en los artículos 84 y 85 del C.C.A., pues resulta claro que el proceso Judicial no se puede convertir en una tercera instancia de las decisiones administrativas, ni se puede permitir que ante la jurisdicción se aleguen argumentos que no fueron expuestos en la vía gubernativa.

Lo que alega la demandante fue debatido en el curso del proceso disciplinario, en donde fueron desvirtuadas sus apreciaciones. Al efecto citó apartes de providencias dictadas en la actuación administrativa que se refieren a la naturaleza de las E.SE. y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades que les es aplicable.

No existe en este caso ningún elemento fáctico ni jurídico que permita a la demandante sostener que con las actuaciones de la Procuraduría se desconocieron las disposiciones que estima vulneradas.

³ Visible a folios 492 a 513 del cuaderno principal del expediente.

Manifestó que en todo el proceso disciplinario, le garantizó a la accionante su derecho a la defensa, conoció todas y cada una de las decisiones dictadas en las etapas del mismo, tuvo la oportunidad de solicitar y controvertir pruebas, de alegar de conclusión y de presentar los recursos de Ley.

Señaló que en su oportunidad la Procuraduría Provincial de Ipiales analizó la aplicabilidad del Decreto 128 de 1976 al caso de la demandante, argumentos que reiteró en su escrito de la contestación de la demanda.

Afirmó que *“siendo la señora Cisneros Rivera miembro de la Junta Directiva de la E.S.E Hospital de Cumbal, fue designada por el señor Alcalde para ocupar el cargo de Gerente de la ESE (sic) mencionada, circunstancia que, de acuerdo al artículo 10 del cuerpo normativo que se acaba de citar, constituye una inhabilidad”*.

Dijo que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 41 de la Ley 734 de 2002 que: *“las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para los gerentes, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, se hacen extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal”*. Adujo que un miembro de junta directiva de una Empresa Social del Estado, no puede renunciar y posesionarse como gerente de la misma empresa antes de un año, por cuanto tendría que ejecutar decisiones que tomó como miembro la junta a la que pertenecía, lo que implica intervenir en negocios que conoció y adelantó cuando se desempeñaba como miembro de la respectiva junta.

De otro lado, se refirió a la pretensión de la demandante relacionada con el pago de la indemnización por daños morales.

Al efecto, precisó el concepto de esta categoría indemnizatoria y explicó su naturaleza y evolución tanto en la jurisprudencia Francesa como en la Colombiana. Citó jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la cual concluyó que no puede hablarse de perjuicios morales derivados de las actuaciones legítimas de la Procuraduría ni de las sanciones disciplinarias que esa entidad impone.

Finalmente, propuso como excepciones:

- i) **Falta de causa para pedir**, porque los actos administrativos demandados fueron proferidos con plena observancia de las disposiciones contenidas en la Constitución, en la Ley, en la Doctrina y en la Jurisprudencia.
- ii) **Inexistencia de perjuicios morales**, pues el proceso disciplinario se adelantó bajo los parámetros constitucionales y legales.
- iii) **La genérica**, solicitó declarar las excepciones que resulten probadas en el proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Vencido el término probatorio, la Entidad demandada presentó alegatos de conclusión dentro del término que se le concedió para el efecto⁴.

⁴ El escrito de alegatos obra a folio 585 a 590 del cuaderno principal del expediente.

En su escrito, la Procuraduría General de la Nación insistió en que las pretensiones de la demanda deben desestimarse, por la elemental razón de que los operadores disciplinarios actuaron con plena observancia de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables al caso de autos. Agregó que a la demandante se le respetaron los derechos al debido proceso y a la defensa, las garantías que derivan de los mismos y, además, que esa Entidad obró con absoluta objetividad.

Indicó que los actos demandados no adolecen de ningún vicio procesal o sustancial y que, las pretensiones de la demandante están dirigidas a cuestiones meramente interpretativas, mas no a aspectos formales cuya ausencia de vulneración está debidamente demostrada. Manifestó que la valoración probatoria que efectuó no fue caprichosa ni arbitraria y que *“la acusación principal en la cual se sustentó el actor (sic) está limitada a la presunta violación de las normas en que debía fundarse el fallo y la supuesta tipicidad, hecho que de por sí resulta inverosímil si se revisan detenidamente los argumentos esgrimidos en las decisiones de la entidad”*.

Precisamente por tal razón, es necesario señalar que la exposición presentada por la Dra. Cisneros Rivera, no fue justamente la más pertinente para desvirtuar la legalidad de los fallos disciplinarios, pues tal como se pudo corroborar, sólo se trató de una manifestación que pretendió contextualizar una valoración e interpretación errónea de las pruebas pero sin sustento y/o demostración.”

El dicho de la demandante no constituye *per se* prueba sólida para transformar la presunción de legalidad que ampara el actuar de la procuraduría, toda vez que además de que se sustentó en criterios inválidos, tampoco es oportuno para modificar el grado de certeza en que estuvo cimentada la administración.

En nuestro ordenamiento jurídico la valoración de la prueba no está sujeta a un sistema de tarifa legal sino que en cada caso el operador judicial o administrativo debe analizar los elementos de convicción considerando las máximas de la lógica, la ciencia y la experiencia, las cuales fueron empleadas por esa entidad.

En la instancia judicial al Juez de lo Contencioso administrativo no le es dable valorar nuevamente el material probatorio, pues su competencia se limita a cuestiones de mera forma sin que su proceder pueda asimilarse a una tercera instancia: ello conduciría a desnaturalizar el proceso disciplinario.

La intención de la demandante es revivir el debate que sobre su responsabilidad se surtió en sede administrativa, lo cual no es posible.

En todo caso señaló que en el *sub-lite*, está más que acreditada la responsabilidad en la cual incurrió la demandante relacionada con la vulneración al régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido por el legislador en aras del orden, la moralidad, la transparencia y la objetividad, en la medida en que *“actuó a sabiendas de la situación en la que se encontraba como miembro de la Junta Directiva de la E.SE. Hospital de Cumbal, siendo designada para ocupar el cargo de gerente de esa entidad, circunstancia que constituye inhabilidad en los precisos términos del decreto 128 de 1976, razón por la cual tuvo que ser sancionada”*

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación (Encargada), rindió concepto mediante escrito⁵ en el que solicitó declarar la nulidad de las Resoluciones acusadas y acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Analizó las pruebas recaudadas así como la normatividad que resulta aplicable al caso y precisó que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, está contenido en diversas disposiciones, entre otras en la Ley 80 (en materia contractual), en los Decretos N° 1866 de 1994 (declarado inexecutable mediante sentencia C-255 de 1995) y 139 de 1996, y en la Ley 734 de 2002.

De este modo, afirmó que comparte lo que sostuvo el apoderado de la demandante, quien afirmó que las inhabilidades estipuladas en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 no son extensivas a los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado; toda vez que en virtud de las Leyes 10 de 1990, 100 de 1993 y los Decretos reglamentarios posteriores, estos servidores públicos tienen un régimen propio, por lo que la Procuraduría General de la Nación, no podía imputarle la incursión de la falta gravísima contenida en el artículo 48 (numeral 17) la Ley 734 de 2002, máxime cuando el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, no se aplica a esta clase de servidores públicos.

⁵ Folios 598 a 603 del cuaderno principal del expediente.

Los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades son de aplicación restrictiva, pues buscan defender la moral pública y, en consecuencia, sólo constituyen inhabilidades e incompatibilidades las que en su libertad de configuración determine el legislador.

En ese orden, sostuvo que no es posible extender por analogía, como lo hizo la Procuraduría General de la Nación, el régimen de inhabilidades de un Gerente de una E.S.E., pues ello supone una vulneración a los principios de legalidad y el debido proceso, lo que hace anulables los actos administrativos demandados.

En este caso concreto, no es posible sostener, como lo hizo la entidad accionada (acudiendo a la Ley 489 de 1998), que las Empresas Sociales del Estado son entidades descentralizadas y que, en consecuencia, a sus Gerentes o Directores se les aplica el Decreto 128; no sólo porque para el año 1976, no existían bajo esa denominación, sino también porque si bien se trata de entidades que pertenecen al orden descentralizado, en este caso el orden territorial, son entidades especializadas, por lo que no es posible asimilarlas a una Empresa Industrial y Comercial del Estado o una Sociedad de Economía Mixta en que el Estado tenga más del 90% de participación.

En el evento en el que la demandante -por haber sido miembro de la Junta Directiva de la respectiva E.S.E. y posteriormente, ser designada Gerente-, pueda ver comprometida su objetividad de manera que no permita garantizar la función pública, existen para ello, los impedimentos del caso.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la pretensión de reconocimiento de los perjuicios morales, considera la Vista Fiscal que esa pretensión no está llamada a prosperar en la medida en que los mismos no fueron probados dentro del plenario, con lo cual se incumplió la carga procesal prevista en el artículo 177 del C.C.A.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la controversia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El problema jurídico del cual se ocupará la Sala consiste en determinar si los actos administrativos expedidos por la Procuraduría General de la Nación, por medio de los cuales fue sancionada⁶ la señora Gretta de los Dolores Cisneros Rivera, se ajustan a la Constitución y a la Ley.

Previo a decidir la cuestión planteada, la Sala se pronunciará sobre las excepciones propuestas por la entidad demandada, tal y como pasa a exponerse.

1. De las excepciones propuestas por la Procuraduría General de la Nación.

⁶ Con destitución del cargo e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de 10 años.

La entidad demandada propuso como excepciones la falta de causa para pedir y la inexistencia de perjuicios morales. Al efecto, sostuvo que la actuación administrativa que condujo a la imposición de la sanción en contra de la accionante, se encuentra ajustada a la Constitución y a la Ley, razón por la cual los actos demandados deben permanecer en el ordenamiento jurídico.

La Sala advierte que dichas excepciones están íntimamente ligadas con el fondo del asunto, por lo que, cuando se aborde el estudio del mismo se determinará si le asiste la razón a la entidad demandada.

Ahora bien. Comoquiera que en este caso la demandante cuestiona la legalidad de dos decisiones proferidas por la Procuraduría General de la Nación a través de la Procuraduría Provincial de Ipiales y la Procuraduría Regional de Nariño, respectivamente; la Sala debe precisar el alcance de la competencia de esta Corporación en materia del control al ejercicio de la potestad disciplinaria. Posteriormente, analizará los cargos planteados en la demanda junto al material probatorio que obra en el expediente de la referencia.

2. Sobre la función constitucionalmente atribuida a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, relativa al control judicial de la potestad disciplinaria.

Esta Sección ha señalado reiteradamente⁷ que según el diseño Constitucional, la potestad correccional y disciplinaria se ejerce por la

⁷ Ver, entre otras, las siguientes sentencias proferidas por la Subsección Segunda, Subsección B: *i)* Número interno 1577-2011, demandante: Juliette Astrid Gavira Romero, del 26 de enero de 2012, *ii)* Número Interno: 2108 de 2008, actor: José Néstor González Romero, *iii)* Número interno: 532-2010, del 12 de mayo de 2011,

Procuraduría General de la Nación, a quien se reconoce un poder preferente, que no excluye la facultad que tienen algunas entidades para ejercer directamente esa misma potestad, pero en ambos casos **sometida al control judicial por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa**. No obstante, dicho control no se ejerce de cualquier modo, sino que está sujeto a limitaciones y restricciones **que lo alejan de convertirse en una tercera instancia**. Al respecto, resulta pertinente referirse a lo que expresó la Sala en el fallo de 3 de septiembre de 2009⁸, el cual ha sido reiterado en múltiples oportunidades:

*“De esta manera la posibilidad de demandar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa las providencias que culminan el proceso disciplinario, **no implica trasladar, de cualquier manera, a la sede contenciosa administrativa el mismo debate agotado ante las autoridades disciplinarias. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad, no es una simple extensión del proceso disciplinario, sino que debe ser algo funcionalmente distinto**, si es que el legislador consagró el debido proceso disciplinario como el lugar en que debe hacerse la crítica probatoria y el debate sobre la interrelación de la normatividad aplicable como soporte de la sanción, además del principio de la doble instancia, como una de las garantías más importantes para ser ejercidas en el interior del proceso.*

*Bajo esta perspectiva, el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especial cualificación y depuración del debate, **pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba como si de una tercera instancia se tratara.***

Decantado que el juzgamiento de los actos de la administración, no puede sustituir de cualquier manera el poder preferente de la Procuraduría General de la Nación, es menester añadir que ello tampoco implica la intangibilidad de los actos de juzgamiento disciplinario, pues ellos están sometidos a la jurisdicción.

(...)

Entonces, en línea de principio puede predicarse que el control que a la jurisdicción corresponde sobre los actos de la administración, cuando ésta se expresa en ejercicio de la potestad disciplinaria, debe mantenerse al margen de erigirse en un nuevo momento para valorar la prueba, salvo que en su decreto y práctica se hubiere violado flagrantemente el debido proceso, o que la apreciación que de esa pruebas hace el órgano disciplinario resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el

actor: David Turbay Turbay, *iv*) Número interno: 2157 de 2005, del 19 de mayo de 2001, actor: Remberto Enrique Corena Silva y, *v*) Número interno: 1460-2009, del 23 de junio de 2011, actor: Miguel Ángel García López.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Expediente No 11001032500020050011300. No. Interno: 4980-2005. Actor Diego Luís Noguera Rodríguez contra la Nación – Procuraduría General de la Nación.

*sentido común y alejada de toda razonabilidad. Por lo mismo, el control judicial del poder correccional (...) **no puede ser el reclamo para que se haga una nueva lectura de la prueba que pretenda hacer más aguda y de mayor alcance, pues esa tarea corresponde a las instancias previstas en el C.D.U.***” (Negrillas de la Sala).

Todo lo anterior implica que en la sede Contenciosa Administrativa, el debate discurre en torno a la protección de las garantías básicas, cuando quiera que el proceso disciplinario mismo ha fracasado en esa tarea, es decir, en el evento en el que el trámite impreso a la actividad correccional resulta intolerable frente a los valores constitucionales más preciados, como el debido proceso, el derecho de defensa, la competencia del funcionario y de modo singular, si el Decreto y la práctica de las pruebas se hizo atendiendo estrictamente las reglas señaladas en la Constitución y en la Ley.

A pesar de lo dicho, no cualquier defecto procesal está llamado a quebrar la presunción de acierto que blindada los actos de la Administración, cuando se expresa en el ejercicio de la facultad disciplinaria, pues en esta es imperativo citar a la parte supuestamente agraviada, quien por lo mismo es sujeto esencial en el juicio correccional y que se respeten las garantías derivadas del derecho de defensa y del debido proceso, entre otras.

Como puede verse, es propio de esta actividad específica de la administración que ella sea cumplida con estricta sujeción a las normas que regulan la actuación disciplinaria, las cuales están inspiradas en la protección de las garantías constitucionales básicas.

En ese sentido, si de manera general los actos de la administración están dotados de la presunción de legalidad, ésta asume un carácter más valioso en el juicio disciplinario, en el que el afectado participa de modo activo en la construcción de la decisión, mediante el ejercicio directo del control de la actividad del Estado, cuando ella se expresa en su fase represiva. Dicho en breve, es propio de la

actividad disciplinaria, que el control de las garantías sea la preocupación central del proceso correccional. Por ello, cuando el asunto se traslada, y emerge el momento de control judicial en sede Contencioso Administrativa, no cualquier alegato puede plantearse, ni cualquier defecto menor puede erosionar el fallo disciplinario.

3. Del caso concreto.-

A juicio de la señora Gretta de los Dolores Cisneros Rivera, los actos demandados están viciados de nulidad porque, con su expedición, la Procuraduría General de la Nación *i)* vulneró las disposiciones en las que debían fundarse, *ii)* incurrió en falsa motivación y, *iii)* le vulneró los derechos al debido proceso y a la defensa.

La demandante afirma, en síntesis, que no puede ser sancionada con fundamento en una disposición que no le es aplicable, como lo es la contenida en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, toda vez que esta norma se refiere a una inhabilidad que no se predica de los funcionarios de las Empresas Sociales del Estado, teniendo en cuenta que el artículo 1 *íbidem*, regula el campo de aplicación de ese cuerpo normativo. En ese orden de ideas, sostuvo que se le vulneró el derecho al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución, pues *“nadie puede ser sancionado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”*.

A su turno, la Procuraduría General de la Nación estima que en este caso las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, pues la accionante pretende reabrir el debate que sobre su responsabilidad disciplinaria se surtió en sede administrativa, lo cual no es posible, en la medida en que el control que efectúa la Jurisdicción Contenciosa respecto del ejercicio de la potestad disciplinaria no es ni puede asimilarse a una tercera instancia. Agregó que no le vulneró los derechos al debido proceso y a la defensa de la accionante y que los actos acusados se ajustan a la Constitución y a la Ley. Precisó que, en todo caso, está más que acreditada la responsabilidad disciplinaria de la señora Cisneros Rivera, pues *i)* la inhabilidad en la que incurrió se aplica de manera genérica a todos los servidores públicos (artículo 123 de la constitución), ya que se trata de una disposición motivada por razones de orden público y en aras de garantizar la ética y la probidad en los principios constitucionales de transparencia, igualdad, imparcialidad y prevalencia del interés general sobre el particular; y *ii)* siendo la señora Cisneros Rivera miembro de la Junta Directiva de la E.S.E Hospital de Cumbal, fue designada por el señor Alcalde para ocupar el cargo de Gerente del mencionado Hospital, circunstancia que, de acuerdo al artículo 10 del cuerpo normativo que se acaba de citar, constituye una inhabilidad.

Ahora bien, previo al análisis del material probatorio y de la cuestión de fondo, la Sala precisa desde ya que si bien el control que ejerce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo respecto de los actos dictados con ocasión del ejercicio de la potestad disciplinaria, no puede asimilarse a una tercera instancia -como bien lo afirmó la Procuraduría General de la Nación-, en el caso concreto los planteamientos que aduce la demandante, cuya veracidad ha de ser determinada en esta oportunidad, están

asociados con la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, particularmente en lo que se refiere a la garantía de que “*nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa*” la cual está prevista en el artículo 29 de la Constitución.

Dicha garantía, es estructural del derecho al debido proceso y se relaciona con un principio vertebral de todo Estado de Derecho: **el de legalidad** y, como expresión de éste, el de tipicidad. Es por ello que luego de determinar los hechos probados en el *sub-lite*, se deberá establecer si a la accionante (quien era miembro de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Hospital de Cumbal) era destinataria de la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 y, en consecuencia si, con los actos demandados se le vulneró el derecho al debido proceso. En efecto, una de las finalidades del examen de legalidad de los actos de carácter sancionatorio que se surte ante esta instancia judicial, es precisamente la de velar por el respeto de las garantías constitucionales básicas, en especial las derivadas del aludido derecho fundamental.

Con tal propósito, la Sala procederá a establecer qué supuestos fácticos se encuentran demostrados en el *sub-lite*.

3.1. Hechos probados.-

- Debido a la queja disciplinaria interpuesta por el señor Huberto Gabriel Arcos López⁹ el 26 de noviembre de 2004, la Procuraduría Provincial de Ipiales adelantó investigación disciplinaria en contra de la señora Gretta de los Dolores Cisneros Rivera, quien entonces se desempeñaba en el

⁹ Folios 193 y 194 del cuaderno principal.

cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital de Cumbal (Nariño).

- La actuación disciplinaria se surtió mediante el procedimiento verbal previsto en la Ley 734 de 2002 y se agotaron todas sus etapas, dentro de las que la accionante pudo presentar sus argumentos de defensa y solicitar y controvertir pruebas¹⁰.
- Mediante Resolución N° 020 del 10 de mayo de 2005, la Procuraduría Provincial de Ipiales dictó el fallo de primera instancia y resolvió en el numeral segundo, sancionar disciplinariamente a la señora Gretta de Dolores Cisneros Rivera, en su condición de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital del Municipio de Cumbal (Nariño), con destitución e inhabilidad para ocupar cargos públicos por el término de 10 años¹¹.
- Lo anterior, por cuanto encontró demostrado el cargo que le formuló la accionante, según el cual, en su condición de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital del Municipio de Cumbal (Nariño) inobservó con intención, los artículos 6 y 123 de la Constitución, el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, cuando fue designada en provisionalidad (24 de julio de 2003) y posteriormente en propiedad (1 de octubre de 2003, para el periodo 2003, 2007), se posesionó y permaneció en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado, a pesar de que posiblemente se encontraba incurso en causal de inhabilidad para el ejercicio de su empleo, en razón de la

¹⁰ Folios 193 y siguientes del cuaderno principal del expediente.-

¹¹ Folios 14 a 59 del Cuaderno N° 2.

prohibición que recae en los Miembros de la Junta Directiva de la E.S.E. dentro del año inmediato a su salida, en el entendido de que no podrán servir a la entidad de la cual se desempeñaron como directivos.

- Los hechos que dieron lugar a la imposición de la sanción fueron los siguientes¹²:
 - Mediante la Resolución N° 084 del 1 de abril de 2003, el Alcalde del Municipio de Cumbal (Nariño) dispuso nombrar a la señora Gretta de los Dolores Cisneros, en el cargo de Secretario de Salud del Municipio, el cual es del Nivel Directivo, Código 020, Grado 02 de la Planta de Personal. La demandante tomó posesión del empleo, ese mismo día.
 - Ante la renuncia de quien se desempeñaba como Gerente de la E.S.E. Hospital de Cumbal, el primer mandatario del Municipio resolvió encargar –provisionalmente- a la señora Cisneros Rivera, como Gerente de la E.S.E., a través de la Resolución N° 170 del 24 de julio de 2003.
 - La Junta Directiva de la Empresa Social del Estado mencionada, mediante Acuerdo N° 004 del 18 de agosto de 2003, decidió convocar públicamente a los Aspirantes del Cargo de Gerente de la E.S.E. Surtido el trámite de difusión, inscripción y evaluación, se elaboró el Acuerdo N° 005 del 5 de septiembre de 2003, por el que la mencionada Junta, conformó la Terna para el

¹² En los documentos que integran la actuación administrativa –que fueron debidamente aportados al *sub-lite*-, aparecen demostrados los hechos que, a juicio de la Procuraduría Provincial de Ipiales, resultaron probados, los cuales se sintetizan en este acápite.

nombramiento del Gerente de la E.S.E. entre los que se encontraba el nombre de la demandante.

- El Alcalde de Cumbal, profirió la Resolución N° 229 del 1 de octubre de 2003 y a través de ella nombró a la señora Cisneros Rivera como Gerente de la Empresa Social del Estado para un periodo de tres años. El mismo día la actora tomó posesión de su cargo.

- En el fallo de primera instancia, se determinó que la accionante incurrió en la falta gravísima prevista en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 consistente en “17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales”, en tanto que, en su calidad de Secretaria Municipal de Salud: *i)* hacía parte de la junta Directiva de la E.S.E Hospital de Cumbal, pues así lo prevé el Acuerdo N° 001 del 29 de mayo de 2003, y *ii)* se encontraba inhabilitada para tomar posesión para desempeñarse como Gerente de la misma E.S.E., habida cuenta de que no había transcurrido un año entre la fecha en la que renunció a la Secretaría de Salud y el día en que tomó posesión del cargo de Gerente. A juicio del Procurador Provincial de Ipiales, la demandante desconoció la previsión contenida en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 que a la letra dice:

“De la prohibición de prestar servicios profesionales. Los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores, dentro del periodo últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actuó o actuaron ni en los que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece”

- La demandante interpuso recurso de apelación en contra de la anterior decisión. En su escrito precisó que ella no es destinataria de la disposición contenida en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, pues allí no se hace referencia a los miembros de las Juntas o consejos directivos de las Empresas Sociales del Estado. Señaló que las normas que regulan el régimen de inhabilidades e incompatibilidades son de aplicación restrictiva y no admiten la analogía¹³.
- Mediante la Resolución N° 029 del 25 de mayo de 2005, la Procuraduría Regional de Nariño resolvió confirmar la sanción impuesta a la demandante. Al efecto, consideró que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades persigue, fundamentalmente que la función pública se desarrolle dentro de estrictos marcos de moralidad, transparencia, y pulcritud, características que son

mucho más exigentes entratándose de las decisiones que se hallan al servicio del estado; por lo cual *“no puede concebirse que una rama de la organización oficial se halle ausente de tal régimen o, lo que es lo mismo, a la que no se le puedan aplicar las disposiciones que consagran esas circunstancias impeditivas en procura de preservar los intereses generales”*.

3.2. Solución al caso concreto.-

Teniendo en cuenta que en el caso que nos ocupa se debe determinar *i)* si en el proceso disciplinario que se le adelantó se respetaron los principios de legalidad y tipicidad, *ii)* si fue sancionada o no con fundamento en las leyes preexistentes a la

¹³ Folios 432 a 443 del cuaderno principal del expediente.-

falta endilgada (como lo ordena el artículo 29 del Constitución) y, *iii*) si a la demandante se le vulneró el derecho al debido proceso; es pertinente señalar que la manifestación del derecho al debido proceso consistente en que *“nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”*, está directamente asociada con el principio de legalidad que, en materia disciplinaria, consiste en que toda falta que merezca reproche y que pueda derivar en una sanción debe estar prevista en la Ley (tipicidad).

a. Principio de legalidad¹⁴.

En materia del derecho administrativo sancionador, el principio de legalidad material (inspirado del derecho penal), está referido a la configuración legal de los presupuestos, requisitos, y condiciones que posibilitan el ejercicio de la potestad disciplinaria y se enuncia, en la mayoría de ordenamientos jurídicos con la fórmula de que *“nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”*. En el caso Colombiano, el artículo 29 de la Constitución, que prevé el derecho fundamental al debido proceso, dispone que *“nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto imputado”*.

Cabe precisar en este punto, que si bien el legislador ordinario (Congreso de la República) es el que debe señalar qué conductas ameritan sanciones, en esta materia, según lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia constitucional y administrativa, existe una reserva de Ley relativa, pues dada la naturaleza del derecho disciplinario, en la mayoría de veces se

¹⁴ Estas consideraciones relativas a los principios de legalidad y de tipicidad tienen apoyo en la Constitución, en la Ley y, en los desarrollos jurisprudenciales que se han efectuado sobre el particular. Adicionalmente, en los trabajos del doctrinante Español José Garberí Llobregat, particularmente en el titulado *“el Procedimiento Administrativo Sancionador”* publicado por la editorial Tirant lo blanch, de Valencia (España) 1998.-

debe acudir a disposiciones infralegales para determinar con exactitud cuál es la falta.

En todo caso, el principio de legalidad en materia sancionadora, implica como garantía material *“la necesidad de una precisa tipificación de las conductas consideradas ilícitas y de las sanciones previstas para su castigo y, como garantía formal, que dicha revisión se realice en norma con rango de Ley; sin embargo no está excluida en esta materia toda intervención del reglamento, pues cabe que la Ley defina el núcleo básico calificado como ilícito y los límites impuestos a la actividad sancionadora y que el reglamento desarrolle tales previsiones actuando como complemento indispensable de la Ley”*¹⁵.

b. Principio de tipicidad.-

Los principios de legalidad y de tipicidad están en estrecha relación, pues éste último es un modo especial de realización del primero. Así las cosas, en función de concretar los elementos necesarios para ejercitar la potestad sancionadora en el marco de las exigencias constitucionales, en la tarea legislativa tendiente a la descripción normativa de dichos elementos, es en donde opera el principio de tipicidad.

Como exigencias de éste, se tiene que en el plano teórico, la tipicidad se desenvuelve mediante la previsión explícita de los hechos constitutivos de la infracción y de sus consecuencias represivas en la norma legal; pero, en el terreno de la práctica, la anterior exigencia, conlleva así mismo ***la imposibilidad de calificar una conducta como infracción o sancionarla si las***

¹⁵ José Garberí Llobregat, *“el Procedimiento Administrativo Sancionador”* editorial Tirant lo blanch (tratados), Valencia (España) 1998.-

acciones u omisiones cometidas por un sujeto, no guardan perfecta similitud con las diseñadas en los tipos legales.¹⁶

Así las cosas, decir que la conducta de un sujeto es típica, implica que existe una perfecta adecuación de las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud y de la imputabilidad, debiendo rechazarse cualquier tipo de interpretación extensiva, analógica o inductiva. De ahí que el acto administrativo sancionador ha de atender al análisis del hecho concreto, de su naturaleza y alcance, para apreciar si la existencia del ilícito administrativo perseguido es o no subsumible en alguno de los supuestos/tipo de infracción previstos en la Ley, porque la calificación de la falta –referida a actos u omisiones concretos- no es facultad discrecional de la administración, sino, propiamente actividad jurídica de aplicación de normas que exige, como presupuesto objetivo, el encuadre o subsunción de la falta incriminada en el tipo predeterminado legalmente.

De acuerdo con lo anterior, la ausencia de determinación normativa de los elementos constitutivos de la infracción y de la sanción administrativa (falta de tipicidad), acarrea la impunidad de las conductas que sean o vayan a ser objeto de un procedimiento sancionador.

La ausencia de tipicidad puede darse, no solo porque una conducta no está de ninguna manera prevista como falta en la Ley sino además porque, por ejemplo, el comportamiento del sujeto pasivo del procedimiento, se asemeja en mayor o menor medida a un tipo punitivo (falta disciplinaria) preestablecido, mas no se identifique claramente con él, **supuesto en el cual la sanción se hace improcedente.**

¹⁶ *Ibíd.*

Finalmente, se resalta que los dos principios antes enunciados, como expresiones del derecho fundamental al debido proceso, le brindan seguridad jurídica a los ciudadanos en general y a los servidores públicos en particular, pues unos y otros deben saber de antemano qué tipo de conductas son prohibidas, y cuáles son reprochables y por ende acreedoras de sanción. En otras palabras, los administrados tienen derecho a tener claridad sobre los comportamientos que el ordenamiento jurídico considera como faltas y a saber por qué tipo de conductas pueden ser sancionados, de forma tal que de manera sorpresiva, no sean condenados por acciones y omisiones que no les eran reprochables, por no existir una norma que las tipifiquen.

c.- Análisis del *sub-lite*. ¿A la acciónate se le vulneró el derecho al debido proceso?

De acuerdo con el análisis que, de la responsabilidad de la demandante efectuaron tanto la Procuraduría Provincial de Ipiales como la Procuraduría Regional de Nariño; la falta endilgada a la demandante es la prevista en las disposiciones contenidas en los artículos 48 (numeral 17) de la Ley 734 de 2002 y 10 del Decreto 128 de 1976, que prevén en su orden:

“ARTÍCULO 48 de la Ley 734 de 2002. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

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

“Artículo 10 del Decreto 128 de 1976 “De la prohibición de prestar servicios profesionales. Los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores, dentro del periodo últimamente señalado, no podrán

prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actuó o actuaron ni en los que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece”

No obstante, que el Legislador reprocha la vulneración del régimen de inhabilidades considerándola como falta gravísima y que, tanto el artículo 48 (numeral 17) de la Ley 734 de 2002 como el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, son preexistentes a la conducta endilgada a la demandante; encuentra la Sala que la última de las disposiciones citadas que describe la supuesta inhabilidad en la que incurrió la accionante, **no es aplicable expresa ni claramente a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de las Empresas Sociales del Estado**, si se tiene en cuenta que, el artículo 1 del Decreto 128 de 1976 señala que son destinatarios de ese cuerpo normativo, *los miembros de las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el 90% o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos*. En efecto, la disposición en cita prevé:

“Artículo 1. DEL CAMPO DE APLICACIÓN. Las normas del presente Decreto, son aplicables a los miembros de las juntas o concejos directivos de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el 90% o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidente (sic) de dichos organismos.

Las expresiones “miembros o concejos”, “gerentes o directores” y “sector administrativo” que se utilizan en el presente Decreto, se refieren a las personas y funcionarios citados en el inciso anterior y al

conjunto de organismos que integran cada uno de los Ministerios y Departamentos Administrativos con las entidades que les están adscritas o vinculadas". (Las subrayas son de la Sala).

Téngase en cuenta que *i)* de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993¹⁷ (que creó las E.S.E) las Empresas Sociales del Estado **constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada**¹⁸, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las Asambleas o los Concejos, según el caso y están sometidas al régimen jurídico previsto en dicha Ley, *ii)* que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, éste tipo de empresas públicas se sujetan al régimen previsto en las Leyes 100 de 1993, 344 de 1996 y en la misma 489 de 1998 (en los aspectos no regulados por las primeras) y las demás normas que las modifiquen, sustituyan y adicionen y *iii)* que, como el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, en consonancia con el artículo 1 de esa misma normatividad, no señala expresamente que el mismo se aplica a las Empresas Sociales del Estado (de hecho, cuando se expidió dicho Decreto, las E.S.E. no existían); no hay certeza sobre si, la infracción del artículo 10 de dicho Decreto, por parte de un miembro de una Junta Directiva de una E.S.E. constituye falta disciplinaria.

¹⁷ La Ley 100 de 1993 en su artículo 194, señala que la prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado.-

¹⁸ Así lo consideró esta Corporación, en sentencia del 23 de marzo de 2006, proferida dentro del Expediente N° 3757-03, Actora: Blanca Orlanda Mesa Toro. Consejero Ponente, Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

De este modo, la conducta de la demandante no puede ser sancionada, pues como ya se vio, de la simple lectura de los artículos 1 y 10 del Decreto 128 de 1976, se infiere que esa normatividad no es aplicable a las Empresas Sociales del Estado, y además, no es clara la tipicidad de la conducta en este caso concreto, pues la misma no se ajusta, **en todos sus ingredientes**, a la previsión normativa que, dada la naturaleza del derecho disciplinario y los principios de legalidad y tipicidad, no admite interpretación analógica.

Es importante señalar que aún cuando en este caso concreto la conducta de la demandante no puede considerarse típica en relación con la falta que se le endilgó, consistente en la vulneración del referido artículo 10 [del Decreto 128]; no debe perderse de vista que los funcionarios públicos que trabajan en las Empresas Sociales del Estado están sujetos a un régimen de inhabilidades propio y que debe ser observado y cumplido por éstos. No obstante, como no es objeto de este pronunciamiento determinar cuál es el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de las E.S.E. y tampoco si la demandante lo desconoció, la Sala se limita a precisar que, en definitiva, la accionante no es destinataria de la disposición que en este caso concreto invocó la Procuraduría para sancionarla [contenida en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976] y por ello, su conducta no puede considerarse típica en relación con esa norma.

Cabe indicar además que si bien la entidad demandada en este caso si era la competente para investigar y sancionar a la señora Cisneros Rivera y que el trámite que se adelantó estuvo sujeto a las disposiciones que lo regulan; en el *sub-lite* la violación al derecho al debido proceso se concretó en el momento en que la

Procuraduría General de la Nación invocó una norma que no podía ser aplicable a la demandante, como fundamento para investigarla y, posteriormente sancionarla.

Adicionalmente, en materia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la jurisprudencia de ésta Corporación ha sido enfática al señalar que las causales de inhabilidad o incompatibilidad están consagradas de manera preclusiva y taxativa en la Constitución Política y en la Ley y por lo mismo, el intérprete no puede darles un alcance extensivo ni por analogía.

Así, en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, la Sala Plena del Consejo de Estado¹⁹ consideró, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, lo siguiente:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

De este modo, a la entidad demandada no le era viable aplicar extensivamente la disposición contenida en el artículo 10 del citado Decreto 128 y con fundamento en esa disposición, sancionar a la demandante quien no era destinataria de la misma.

¹⁹ Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

En ese orden, encuentra la Sala que la Procuraduría General de la Nación le desconoció el derecho al debido proceso a la parte actora, al sancionarla con destitución en inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de 10 años, con base en una norma que no resulta aplicable a este caso. Asimismo, la entidad accionada desconoció los principios de legalidad y tipicidad, y la garantía (derivada del debido proceso) según la cual "*nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto de se le imputa*", que se aplica tanto a las actuaciones judiciales como a las administrativas.

Es por ello que esta Subsección declarará nulas las Resoluciones demandadas en cuanto resolvieron sancionar a la señora Gretta de los Dolores Cisneros Rivera, con destitución e inhabilidad por el término de 10 años, y ordenará a la Procuraduría General de la Nación, borrar la anotación de la sanción, en los registros correspondientes.

Finalmente, se precisa que en este caso no hay lugar a condenar por el pago de los perjuicios morales porque no están acreditados en el plenario. Sea la oportunidad para precisar que la carga de probar los perjuicios inmateriales invocados en el *sub-lite* le correspondía a la demandante quien incumplió con ese deber procesal, limitándose a afirmar que la sanción impuesta los ocasionó. Y, como la demandante no formuló otras pretensiones (a título de restablecimiento del derecho)- aquí se agota el análisis de la Sala respecto del caso concreto.

En cuanto a la pretensión de la demandante, relativa a la condena en costas, se observa que no hay lugar a acceder a ella, toda vez que la entidad accionada no observó una conducta temeraria ni

negligente en el transcurso del proceso, como tampoco desleal con la parte accionante, que pudiera ameritar la imposición de las mismas, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo²⁰.

DECISIÓN

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

Primero.- DECLÁRASE la nulidad de i) el artículo 2 de la Resolución N° 020 del 10 de mayo de 2005, proferido por la Procuraduría Provincial de Ipiales y ii) de la Resolución N° 029 del 25 de mayo de 2005, dictada por la Procuraduría Regional de Nariño; mediante las cuales, en primera y segunda instancia, respectivamente, se resolvió sancionar a la señora Gretta de los Dolores Cisneros Rivera con destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de 10 años; por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho **ORDÉNASE** a la Procuraduría General de la Nación a cancelar de los registros de esa entidad, la correspondiente anotación de las sanciones cuya nulidad se declara en esta sentencia.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 1999, Expediente No 10.775, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Ver también la sentencia de 3 de noviembre de 2005, proferida por esta Subsección, con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Radicación número: 66001-23-31-000-2001-00088-01(2797-03), Actora: Mariluz Cardona Botero.

Tercero.- DÉSE cumplimiento al fallo en los términos y condiciones establecidos en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Cuarto.- NIÉGASE las demás pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta Sentencia archívense las diligencias. Cúmplase.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

