

INDAGACION PRELIMINAR – El incumplimiento del término no afecta las garantías constitucionales

La eventual demora en la indagación preliminar constituye una irregularidad en el trámite, también lo es, que no tiene la envergadura de una anomalía sustancial que afecte el debido proceso porque, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 de la Ley 734 de 2002, la etapa de indagación es optativa pues se lleva a cabo sólo en los casos en que existe duda sobre la identidad del individuo o de la comisión de la falta, es decir, que el proceso disciplinario como tal, inicia con el auto de apertura de investigación. Así, el retraso presentado no configura, en sí mismo, una irregularidad sustancial que afecte el debido proceso, cuando el procedimiento concluye dentro del término de prescripción de la acción disciplinaria establecido en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002 y se garantiza el derecho de defensa y contradicción del investigado.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 150

DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO – Prohibición. Regulación legal / REINTEGRO AL SERVICIO DE PENSIONADO – Excepciones. Regulación legal / DESTITUCION DE SERVIDOR PUBLICO POR REINTEGRO AL SERVICIO SIN SUSPENSION DE PAGO DE LA MESADA PENSIONAL – doble asignación del tesoro público

La reincorporación al servicio de una persona pensionada es una situación excepcional que sólo procede para ocupar los cargos expresamente enlistados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 y los de elección popular incluidos en el Decreto 583 de 1995. La reincorporación al servicio público le permite al pensionado acceder a la asignación mensual correspondiente y, en el evento de que esta sea inferior a la mesada pensional, recibir la diferencia hasta concurrencia total de la prestación social (Artículo 1 del Decreto 583 de 1995). A pesar que la pensión de vejez le fue otorgada por el tiempo laborado como servidora pública, se reincorporó al servicio oficial en el año 2003 en un empleo que no está dentro de los enlistados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 ni los de elección popular establecidos en el Decreto 583 de 1995, por lo que estaba sometida a la prohibición general. Si bien la demandante informó en la hoja de vida presentada ante la Procuraduría General de la Nación, que “percibo jubilación extralegal como trabajador oficial”, no le solicitó al ISS la suspensión del pago de su mesada pensional por reincorporación al servicio público, es decir, que la entidad pagadora de la prestación no tuvo conocimiento de dicha situación.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 48 NUMERAL 17 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 128 / DECRETO 1848 DE 1969 / LEY 4 DE 1992 / LEY 171 DE 1961 / LEY 2400 DE 1968 / DECRETO 583 DE 1995

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D.C., primero (1°) de noviembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00085-00(0257-11)

Actor: MAGOLA COGOLLO BERNAL

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del C.C.A. instaurada por Magola Cogollo Bernal contra la Nación, Procuraduría General de la Nación.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad del fallo disciplinario de primera instancia proferido el 26 de abril de 2010 por la Veeduría de la Procuraduría General de la Nación, el de Segunda Instancia de 23 de agosto de 2010 expedido por la Viceprocuradora General de la Nación, que sancionaron disciplinariamente a la demandante con destitución del cargo e inhabilidad por el término de 10 años para ejercer empleos públicos; y de la Resolución No. 362 de 4 de octubre de 2010, por la cual se ejecutó la decisión anterior.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó condenar a la entidad demandada a “Borrar” los antecedentes disciplinarios e informar a las entidades que correspondan sobre la realización de las anotaciones.

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se resumen así:

La demandante laboró en la Procuraduría General de la Nación desde el 1 de julio de 2003 hasta el 8 de abril de 2008.

El 3 de marzo de 2008, la Veeduría de la Procuraduría General de la Nación inició investigación preliminar en contra de la señora Cogollo Bernal por la

supuesta configuración de la incompatibilidad establecida en el artículo 128 de la Constitución Política.

El 19 de marzo de 2009, la entidad demandada profirió auto de apertura de investigación, después de los seis meses de que trata el artículo 150 de la Ley 734 de 2002.

El término de la investigación preliminar vencía el 3 de septiembre de 2008 y la Procuraduría expidió el auto ordenando la apertura de investigación el 18 de marzo de 2009, es decir, de manera extemporánea.

La demandante, en escrito presentado el 16 de abril de 2009 solicitó la nulidad de lo actuado alegando la causal 3° del artículo 143 de la Ley 734 de 2002, por infracción al debido proceso.

La Procuraduría General de la Nación, negó la nulidad propuesta mediante proveído de 6 de agosto de 2009; decisión que fue recurrida y confirmada el 23 de septiembre del mismo año.

La entidad demandada violó el derecho fundamental al debido proceso porque culminó la etapa de indagación preliminar vencidos los seis meses de que trata la Ley 734 de 2002.

La señora Cogollo Bernal, durante el tiempo de vinculación en la Procuraduría General de la Nación, ocupó el cargo de Asesor, grado 24, en el Despacho del Procurador General.

Antes de ingresar a la entidad demandada, la actora estuvo vinculada en el Instituto de Seguros Sociales, ISS, en calidad de trabajadora oficial.

El ISS, mediante Resolución No. 02071 de 21 de julio de 1999, le reconoció a la demandante la pensión de jubilación por reunir los requisitos establecidos en la Convención Colectiva.

La pensión de jubilación reconocida por el ISS se efectuó con cargo a los recursos que maneja dicho Instituto, conformado por los parafiscales y los aportes privados.

La actora no desempeñó más de un empleo público durante el tiempo que estuvo vinculada a la Procuraduría General de la Nación, ni percibió más de una asignación del Tesoro porque la pensión que recibe del ISS es de naturaleza convencional “y con cargo a los aportes parafiscales que el Instituto maneja, que no conforman el erario público”.

La demandante actuó de buena fe porque informó su calidad de pensionada desde la fecha de ingreso al cargo de Asesor, grado 24, de la Procuraduría General de la Nación.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Como disposiciones violadas cita las siguientes:

Constitución Política, preámbulo y artículos 13, 29 y 86; Ley 734 de 2002, artículos 143, numeral 3 y 150, y Código Contencioso Administrativo, artículo 85.

El proceso disciplinario incurrió en causal de nulidad consistente en la “violación al debido proceso” porque la etapa de indagación preliminar excedió el término de seis meses dispuesto en el artículo 150 de la Ley 734 de 2002.

En este caso, no existía duda sobre la identificación o individualización del autor de la falta disciplinaria pues desde el principio se tuvo como presunta responsable a la señora Magola Cogollo Berna, en tal sentido, la etapa de indagación debió calificarse dentro del término de seis meses.

Los actos demandados infringieron las normas en que debían fundarse porque no es cierto que la demandante haya incurrido en la prohibición de que trata el artículo 128 de la Constitución Política porque la misma se refiere a los empleados públicos y no a los trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo.

La pensión de jubilación reconocida por el ISS a favor de la actora, se sustentó en el tiempo laborado en calidad de trabajadora oficial vinculada

por contrato de trabajo y por ende, beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo.

La pensión de jubilación se paga con recursos de origen parafiscal y particular que el ISS administra “sin que sea propietario, y por tanto, la percepción de mesada pensional es compatible con Asignación proveniente del Tesoro Público como Empleada Pública”.

Los recursos del Sistema General de Pensiones no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran y por tal razón, no hacen parte del tesoro público.

La demandante actuó de buena fe porque desde el momento de la posesión en el cargo de Asesor de la Procuraduría General de la Nación, informó su condición de pensionada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la Procuraduría General de la Nación se opuso a las pretensiones argumentando que las decisiones disciplinarias respetaron el ordenamiento jurídico y propuso las excepciones de “legalidad de los actos demandados, cobro de lo no debido y falta de causa, y la innominada o genérica” (fls. 70 a 81).

A pesar de que la actora tomó posesión del cargo en la Procuraduría General de la Nación, continuó devengando la mesada pensional del ISS y obtuvo el reconocimiento y pago simultáneo de las dos asignaciones a cargo del tesoro público.

La actuación de la actora no se ajusta a los principios de la buena fe porque, en su condición de profesional del derecho, conoce las prohibiciones enunciadas en la Constitución Política, particularmente la contenida en el artículo 128 ibídem, y a pesar de ello, recibió sueldo como empleada pública de la Procuraduría y la mesada pensional como ex trabajadora oficial del ISS.

El hecho de que la etapa de investigación preliminar haya superado el término legal establecido para ello, no configura una causal de nulidad por

violación del debido proceso porque si bien, tal garantía hace parte del derecho fundamental, existen casos en que es imposible cumplirlo debido a la congestión de los Despachos.

Si bien la demandante aduce violación de términos procesales al momento de proferir el auto de apertura de investigación formal, es del caso advertir que tal situación no configura causal de nulidad de los actos demandados porque en el trámite del proceso disciplinario se le respetaron las garantías del debido proceso consistentes en interponer recursos y controvertir el contenido de las pruebas.

Luego de referirse a un proceso disciplinario diferente al demandado en la presente acción, advirtió que la entidad demandada no incurrió en violación alguna al debido proceso y en tal sentido, las actuaciones realizadas son plenamente válidas por encontrarse ajustadas al ordenamiento jurídico.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandante insistió en que su actuación siempre se ajustó al principio de la buena fe porque al momento de la posesión en el cargo de Asesor de la Procuraduría General de la Nación, informó su condición de pensionada del ISS (fls. 87-89).

Si bien la actora ejerció un empleo público cuando ostentaba la calidad de pensionada del ISS, tal situación no configura vulneración alguna del artículo 128 de la Constitución Política por las siguientes razones:

- La pensión se paga con recursos parafiscales que tanto empleadores como empleados, hacen al Sistema General de Pensiones.
- Los recursos del Instituto de Seguros Sociales, no provienen del Presupuesto Nacional.
- Como los recursos del ISS no provienen del Tesoro, no existe doble asignación cuando la demandante percibe la mesada de dicho Instituto, y el sueldo como empleada pública de la Procuraduría General de la Nación.

Reiteró el cargo de violación del derecho al debido proceso por las razones expuestas en la demanda, relacionado con la extemporaneidad del auto de apertura de investigación.

La parte demandada no presentó alegatos de conclusión (fl.96).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado al rendir Concepto visible de folios 91 a 95, solicitó denegar las pretensiones de la demanda argumentando que los actos demandados y las actuaciones administrativas disciplinarias adelantadas por la entidad respetaron el debido proceso y se ajustaron a lo dispuesto en la Constitución Política y la Ley 734 de 2002.

Luego de transcribir el artículo 29 de la Constitución Política, concluyó que la entidad demandada cumplió con las distintas actuaciones administrativas que impone la ley en el proceso disciplinario y la decisión se sustentó en la información cierta, proveniente del Instituto de Seguros Sociales, ISS.

Evidenció que la demandante ejerció plenamente el derecho de defensa en su condición de profesional del derecho, y con asistencia de abogado, durante todo el trámite del proceso disciplinario y tuvo la oportunidad de presentar pruebas, controvertirlas e impugnar las decisiones.

Si existió alguna dilación en el trámite del proceso disciplinario, la misma está justificada en el cúmulo de trabajo que tiene la Procuraduría General de la Nación y las distintas dependencias de la Rama Judicial que, incluso, han obligado al Consejo Superior de la Judicatura a establecer políticas de descongestión.

El comportamiento de la demandante configura falta disciplinaria derivada de la prohibición o incompatibilidad para recibir dos asignaciones provenientes del Tesoro Público, conforme a lo previsto en los artículos 128 de la Constitución Política, 35 de la Ley 734 de 2002, 77 del Decreto 1848 de 1969 y 32 del Decreto 1042 de 1968.

La causal de nulidad invocada por la demandante, relacionada con la expedición extemporánea del auto de apertura de investigación, no se configura porque la potestad de investigar y sancionar conductas que configuran falta disciplinaria puede ser ejercida dentro de los cinco años siguientes a su ocurrencia.

En relación con los demás cargos alegados por la actora, concluyó que resulta inocuo afirmar que los dineros con los que se pagó la pensión no son públicos porque si bien el ISS maneja recursos del Sistema General de Pensiones, en este caso se demostró que los aportes que sustentaron el reconocimiento de la prestación provenían de la vinculación laboral que tuvo la señora Cogollo Bernal en calidad de trabajadora oficial con dicho Instituto.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si los actos administrativos demandados por medio de los cuales la Procuraduría General de la Nación sancionó con destitución a la señora Magola Cogollo Bernal del cargo de Asesor grado 24 y la inhabilitó por 10 años para ejercer cargos públicos, se ajustan o no a la normatividad aplicable.

ACTOS DEMANDANDOS

1. Fallo de 26 de abril de 2010 proferido por la Veeduría de la Procuraduría General de la Nación, que declaró disciplinariamente responsable a la señora

Magola Cogollo Bernal, por incurrir en la prohibición constitucional de que trata el artículo 128, violando el régimen de incompatibilidades, en razón a que recibió dos asignaciones del Tesoro durante el período comprendido entre el 1 de julio de 2003 y el 8 de abril de 2008 (fls. 22 a 27).

2. Fallo de 23 de agosto de 2010 expedido por la Viceprocuradora General de la Nación que desató el recurso de apelación interpuesto contra la decisión anterior confirmándola en todas sus partes (fls. 29 a 34).

3. Resolución No. 362 de 4 de octubre de 2010, proferida por el Procurador General de la Nación, a través de la cual hizo efectiva la sanción disciplinaria impuesta a la señora Cogollo Bernal, consistente en destitución del cargo de Asesor, Código 1AS, Grado 24 del Despacho del Procurador General, y la inhabilitó para ejercer cargos públicos por el lapso de 10 años (fl. 36).

ANÁLISIS DE LA SALA

Previo al análisis del problema jurídico, advierte la Sala que las excepciones de “legalidad de los actos demandados, cobro de lo no debido y falta de causa, y la innominada o genérica”, propuestas por la entidad demandada, serán desatadas con el fondo del asunto por tratarse de argumentos que atacan la prosperidad de las pretensiones.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala procederá en el siguiente orden: 1. Trámite del proceso disciplinario y pruebas 2. Falta disciplinaria endilgada 3. Estudio de los cargos.

1. Trámite del proceso disciplinario y pruebas

La investigación disciplinaria en contra de la señora Magola Cogollo Bernal inició por queja presentada por la Jefe de Recursos Humanos del ISS, ante la Procuraduría General de la Nación, el 15 de enero de 2008, en la que informó sobre la posible incompatibilidad de percibir pensión de jubilación y sueldo como empleada pública (fl.1 anexos).

Al expediente se allegó certificación proferida por la Jefe de la División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación de 10 de diciembre de 2007, en la

que consta que la señora Magola Cogollo Bernal labora en el ente de control como Asesora, Código 1AS, Grado 24 del Despacho del Procurador General, desde el 1 de julio de 2003 (fl.6 nexos).

Anexó copia de la Resolución No. 02071 de 21 de julio de 1999, expedida por el Gerente Seccional Administrativo del ISS, Seccional Cundinamarca, por medio de la cual reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación a favor de la demandante, a partir del 30 de junio de 1999, en cuantía de \$1.086.772, con cargo al Instituto de Seguros Sociales y al Distrito Capital (fl. 7 anexos).

Para efectos del reconocimiento pensional, el ISS tuvo en cuenta que la señora Cogollo Bernal, nació el 27 de noviembre de 1947, prestó sus servicios por más de 20 años en el Distrito Capital y el ISS, y es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo vigente.

Por auto de 3 de marzo de 2008, la Veedora de la Procuraduría General de la Nación, abrió indagación preliminar en contra de la señora Magola Cogollo Bernal, en calidad de Asesora grado 24 del Despacho del Procurador General, con funciones en la Procuraduría Delegada Preventiva para la Función Pública (fl.10 anexos).

La decisión anterior fue notificada a la demandante de manera personal, el 10 de marzo de 2008 (fl.16).

La Veeduría realizó audiencia el 14 de marzo de 2008 para recibir la versión libre de la señora Magola Cogollo Bernal, quien afirmó, que al momento de su posesión en empleo de la Procuraduría General de la Nación, puso de presente en su hoja de vida "que gozaba de una pensión de jubilación de carácter convencional porque creo que no hay incompatibilidad" con el desempeño del cargo en razón a que la prestación proviene de un contrato de trabajo y se sustentó en normas extralegales y por tanto "no se trata de una pensión lega, ni mucho menos de otro empleo público". Advirtió que su actuación como trabajadora oficial y empleada pública de la Procuraduría siempre ha estado ajustada al principio de la buena fe (fl.21 anexos).

Por auto de 18 de marzo de 2009, la Veeduría ordenó la apertura de la investigación disciplinaria en contra de la demandante como Asesora, grado

24, del Despacho del Procurador General, por presuntamente recibir dos asignaciones provenientes del Tesoro y posesionarse en el empleo público a pesar de estar pensionada (fl. 106 anexo).

La señora Magola Cogollo Bernal solicitó la nulidad de lo actuado en el proceso disciplinario, a través de escrito radicado el 16 de abril de 2009, argumentando que la etapa de investigación preliminar excedió el término de seis meses dispuesto en el artículo 150 de la Ley 734 de 2002 (fl.121 anexos).

Mediante auto de 6 de septiembre de 2009, la Veeduría resolvió en forma negativa la petición anterior, advirtiendo que si bien el auto que ordenó la indagación preliminar es de 3 de marzo de 2008 “dentro del término de seis meses que venció en septiembre 3 de 2008, se recopilaron las pruebas pertinentes”; concluyendo que la situación descrita no violó el debido proceso porque, conforme a lo expresado por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en casos similares, el término transcurrido entre la indagación y la apertura de la investigación “se circunscribe a la práctica de pruebas, que incluye la orden para su práctica, la realización de diligencias, la solicitud de pruebas y su recepción, sin abarcar la evaluación de esta etapa que implica el análisis del material probatorio recaudado para llegar a una de dos determinaciones: archivar definitivamente o abrir investigación.” (fl. 125).

La demandante interpuso recurso de reposición contra la decisión anterior, que fue resuelto en forma negativa a través de auto fechado el 23 de septiembre de 2009 (fl. 138).

Por auto de 15 de marzo de 2010, la Veeduría formuló pliego de cargos contra la señora Magola Cogollo Bernal por estar incurso, presuntamente, en la incompatibilidad establecida en el artículo 128 de la Constitución Política consistente en recibir más de dos asignaciones del Tesoro, en razón a que percibió sueldo como empleada de la Procuraduría y la mesada pensional que le otorgó el ISS como trabajadora oficial de dicho Instituto, y no presentó solicitud de suspensión (fl.161).

En la misma decisión, la Veeduría calificó la falta como gravísima en atención a lo dispuesto en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 porque

actuó “a sabiendas de estar incurso en una causal de incompatibilidad”, y por ende, la modalidad de culpabilidad es a título de dolo.

La demandante presentó descargos el 25 de marzo de 2010, argumentando que su situación no encaja en el supuesto fáctico descrito en el artículo 128 de la Constitución Política porque los dineros del ISS para el pago de pensiones no son públicos y por lo tanto, la mesada pensional es compatible con el sueldo que percibe como empleada pública (fl.173 anexos).

La Veeduría profirió fallo de primera instancia el 26 de abril de 2010, declarando disciplinariamente responsable a la demandante, bajo la modalidad de dolo por la falta gravísima contenida en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, porque actuó a pesar de estar incurso en la causal de incompatibilidad dispuesta en el artículo 128 de la Constitución Política. Advirtió que la conducta endilgada a la investigada afectó el deber funcional y los fines del Estado sin justificación alguna, por lo que se torna en típica y antijurídica.

La disciplinada interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, el cual fue desatado por la Viceprocuradora General de la Nación el 23 de agosto de 2010, confirmándola en todas sus partes (fl. 198). Argumentó que la disciplinada, al haber sido trabajadora oficial del ISS, tuvo la calidad general de servidora pública y en tal sentido, su situación fáctica encaja en el supuesto de la norma constitucional.

2. Falta disciplinaria endilgada

La Ley 734 de 2002 determina que se incurre en falta disciplinaria por el incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones, y, además, por la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses.

De conformidad con lo establecido en los artículos 44 y 46 de la ley disciplinaria, la sanción establecida para las faltas gravísimas es la destitución e inhabilidad general de 10 a 20 años, en los casos en que la conducta sea realizada con dolo o culpa gravísima. Tales faltas están señaladas de manera taxativa en la Ley 734 de 2002 y no están sometidas a

los criterios establecidos en el artículo 43 de la Ley 734 de 2002 sobre “gravedad o levedad”, porque los mismos sólo se aplican en las faltas graves o leves.

A la demandante se le atribuyó la comisión de la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que establece lo siguiente:

“(…)

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.

Nombrar, designar, elegir, postular o intervenir en la postulación de una persona en quien concurra causal de inhabilidad, incompatibilidad, o conflicto de intereses.

(…)”.

La falta se sustentó en el hecho de que la señora Magola Cogollo Bernal percibió simultáneamente la pensión de vejez otorgada por el ISS en calidad de trabajadora oficial de ese Instituto, y el sueldo como empleada pública de la Procuraduría General de la Nación.

La causal de incompatibilidad endilgada es la contenida en el artículo 128 de la Constitución Política que establece lo siguiente:

“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados en la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”.

La norma constitucional en cita establece la prohibición de percibir dos asignaciones del sector público, sin embargo, señala que existen casos excepcionales en los que no se aplica la restricción, tal como lo alega la demandante.

3. Estudio de los cargos

- Aduce la demandante, que el proceso disciplinario está viciado de nulidad por violación al debido proceso consistente en que la etapa de indagación

preliminar sobrepasó el término establecido en el artículo 150 de la Ley 734 de 2002, cuyo tenor literal es el siguiente:

“PROCEDENCIA, FINES Y TRÁMITE DE LA INDAGACIÓN PRELIMINAR. En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar.

La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> En caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará indagación preliminar. ~~En estos eventos la indagación preliminar se adelantará por el término necesario para cumplir su objetivo.~~

En los demás casos la indagación preliminar tendrá una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura. Cuando se trate de investigaciones por violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, el término de indagación preliminar podrá extenderse a otros seis meses.

(...)”.

En el sub lite se encuentra demostrado que la Veeduría de la Procuraduría General de la Nación profirió auto de indagación preliminar el 3 de marzo de 2008 y ordenó la apertura de investigación disciplinaria, el 18 de marzo de 2009.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 734 de 2002, son causales de nulidad las siguientes:

- Falta de competencia del funcionario para proferir el fallo
- La violación del derecho de defensa del investigado
- La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

En el sub lite, se encuentra demostrado que el trámite disciplinario continuó conforme a lo dispuesto en la Ley 734 de 2002, con la observancia de todas las etapas procesales y garantizando el derecho de contradicción y defensa de la demandante.

Si bien es cierto, la eventual demora en la indagación preliminar constituye una irregularidad en el trámite, también lo es, que no tiene la envergadura de una anomalía sustancial que afecte el debido proceso porque, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 de la Ley 734 de 2002, la etapa de indagación es optativa pues se lleva a cabo sólo en los casos en

que existe duda sobre la identidad del individuo o de la comisión de la falta, es decir, que el proceso disciplinario como tal, inicia con el auto de apertura de investigación.

Así, el retraso presentado no configura, en sí mismo, una irregularidad sustancial que afecte el debido proceso, cuando el procedimiento concluye dentro del término de prescripción de la acción disciplinaria establecido en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002 y se garantiza el derecho de defensa y contradicción del investigado.

Por lo expuesto, el cargo de violación del derecho al debido proceso por el retraso en la etapa de indagación preliminar, no constituye causal de nulidad de los fallos sancionatorios y, por ende, no prospera.

- La demandante alega que los actos demandados violaron las normas en que debían fundarse porque la pensión de vejez que percibe no se paga con dineros del erario y, en tal sentido, no se configura la causal de incompatibilidad de que trata el artículo 128 de la Constitución Política.

La prohibición contenida en la norma constitucional, reprodujo la contemplada en la Constitución Nacional de 1886 y en el artículo 77 del Decreto 1848 de 1969, que establecían incompatibilidad del goce de la pensión de jubilación proveniente de servicios prestados en el sector público con una asignación proveniente de entidades de Derecho Público, Establecimientos Públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, cualesquiera sea la denominación que se adopte para el pago de la contraprestación del servicio.

Tal restricción, fue desarrollada en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, en el sentido de señalar las excepciones a la prohibición de devengar dos asignaciones del erario, de la siguiente manera:

“Artículo 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptuáanse las siguientes asignaciones:

a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;

- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.¹”.

Ahora bien, en relación con la posibilidad de reincorporación al servicio público de quien ostenta la calidad de pensionado, es del caso hacer las siguientes precisiones:

El artículo 4 de la Ley 171 de 1961, admite la reincorporación en el siguiente sentido:

“Al pensionado por servicios a una o más entidades de derecho público, que haya sido o sea reincorporado a cargos oficiales y haya permanecido o permanezca en ellos por tres (3) años o más, continuos o discontinuos, le será revisada su pensión a partir de la fecha en que quede nuevamente fuera del servicio, con base en el sueldo promedio de los tres últimos años de servicios.
(...)”.

A su vez, el artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, que regula la Administración del Personal Civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público, dispone lo siguiente:

“(…) La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de presidente de la república, ministro del despacho, jefe de departamento administrativo, superintendente, viceministro, secretario general de ministerio o departamento administrativo, presidente, gerente o director de establecimientos públicos o de empresas industriales y comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años².”

¹ Artículo declarado exequible por la Corte Constitucionalidad en Sentencia C-133 del 1º de abril de 1993, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa,

² Modificado por el Decreto 3074 de 1968 artículo 1.

El Decreto 583 de 1995, **“por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional del sector oficial”**, mantuvo la regla anterior agregando como excepción para el reintegro de pensionados los cargos de elección popular, con el siguiente tenor literal:

“ARTICULO 1. Las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o en uno de elección popular, percibirán la asignación mensual correspondiente. En el evento de que dicha asignación fuere menor a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia total de la prestación social.”.

En relación con el tema, la Corte Constitucional, en sentencia C-331 de 22 de marzo de 2000, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, al declarar exequible la expresión "con base en el sueldo promedio de los últimos tres años de servicios", contenida en el artículo 4º de la ley 171 de 1961³, sostuvo lo siguiente:

“(…)
c) La posibilidad de la reincorporación o derecho a acceder de nuevo a determinados cargos públicos, es bastante limitado por la circunstancia de que dicha reincorporación sólo es viable a un escaso número de cargos, que son de libre nombramiento y remoción. Por lo tanto, la probabilidad de acceder a ellos es bastante incierta pues la designación en uno de esos cargos depende de la libertad discrecional del nominador. En cambio, el derecho a permanecer en el cargo, no obstante haber obtenido el servidor el derecho a la pensión, no comporta la incertidumbre ni las restricciones antes mencionadas.

La regla jurídica que gobierna la reincorporación al servicio de un pensionado en forma excepcional, obedece primordialmente a la política de empleo del Estado y a la necesidad de ofrecer oportunidades a todas las personas de ejercer y gozar el derecho político de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40-7 C.P.), en la medida en que como los pensionados ya han tenido oportunidad de un empleo en el sector público, las posibilidades de reintegro al servicio deben ser muy restringidas para asegurar a las demás personas el mencionado derecho. ”.

Teniendo en cuenta lo anterior, la reincorporación al servicio de una persona pensionada es una situación excepcional que sólo procede para ocupar los cargos expresamente enlistados en el inciso segundo del artículo 29 del

³ Bajo la condición de que se entienda que el sueldo promedio de los tres últimos años de servicio, que sirve de base para la liquidación de la pensión, debe ser actualizado en la forma indicada en el art. 21 de la ley 100/93

Decreto 2400 de 1968 y los de elección popular incluidos en el Decreto 583 de 1995⁴.

La reincorporación al servicio público le permite al pensionado acceder a la asignación mensual correspondiente y, en el evento de que esta sea inferior a la mesada pensional, recibir la diferencia hasta concurrencia total de la prestación social (Artículo 1 del Decreto 583 de 1995).

En tal sentido, es del caso advertir, que la reincorporación al servicio público no implica una excepción a la prohibición de que trata el artículo 128 de la Constitución Política según el cual “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público”, porque el pensionado reincorporado no percibe las dos asignaciones dado que el pago de la mesada pensional se suspende durante el tiempo de la vinculación laboral.

De lo anterior se concluye que en el caso concreto, no es posible el disfrute de dos asignaciones del Tesoro por las siguientes razones:

La señora Cogollo Bernal, fue nombrada en el cargo de Asesor, Código 1AS, grado 24 del Despacho del Procurador General, a través de la Resolución No. 1073 de 3 de junio de 2003. De manera simultánea, percibió la pensión de vejez reconocida por el ISS desde el 30 de junio de 1999 sin interrupciones o suspensiones (fls.27, 28 y 119 anexos).

La demandante accedió a la pensión de vejez por los servicios prestados en el Distrito Capital y en el Instituto de Seguros Sociales, desde el 14 de marzo de 1975 hasta el 29 de junio de 1999, es decir, que los tiempos laborados, lo fueron en calidad de servidora pública dado que el Instituto tuvo la naturaleza jurídica de establecimiento público y, posteriormente, se convirtió en Empresa Industrial y Comercial del Estado⁵.

⁴ La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencias de 31 de julio de 1996, Exp. 11108, M.P. Dr. Carlos Orjuela Gongora y, de 18 de abril de 2002, Exp. 1608-01, M.P. Dr. Alberto Arango Mantilla, analizaron casos similares en los que se aceptó que la reincorporación al servicio de un pensionado es excepcional y por tal razón sólo procede para ocupar los cargos especialmente señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, ya que allí se establece la prohibición general de reincorporación.

⁵ Ley 90 de 1946 y Decretos 1650 de 1977, 2148 de 1992 y 1750 de 2003.

La mesada pensional que recibe la demandante está a cargo del Distrito Capital y del Instituto de Seguros Sociales, como entidades empleadoras y, en tal sentido, el dinero proviene del erario público.

A pesar que la pensión de vejez le fue otorgada por el tiempo laborado como servidora pública, se reincorporó al servicio oficial en el año 2003 en un empleo que no está dentro de los enlistados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 ni los de elección popular establecidos en el Decreto 583 de 1995, por lo que estaba sometida a la prohibición general.

La situación de la demandante tampoco encaja en las excepciones citadas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 porque las dos asignaciones provienen de una pensión de vejez reconocida como trabajadora oficial del ISS y de la reincorporación al servicio como empleada pública de la Procuraduría General de la Nación a pesar de tener la condición de pensionada.

Si bien la demandante informó en la hoja de vida presentada ante la Procuraduría General de la Nación, que “percibo jubilación extralegal como trabajador oficial”, no le solicitó al ISS la suspensión del pago de su mesada pensional por reincorporación al servicio público, es decir, que la entidad pagadora de la prestación no tuvo conocimiento de dicha situación (fl. 23 anexos).

La advertencia hecha en el formato de hoja de vida no encaja en las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria de que trata el artículo 28 de la Ley 734 de 2002, porque la demandante no actuó por fuerza mayor o caso fortuito, ni en cumplimiento de un deber constitucional o legal, o de orden legítima, y tampoco con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituía falta, porque el desconocimiento de la ley no es excusa, máxime si se tiene en cuenta que se trata de una profesional del Derecho (fl.23 anexos).

Por las razones expuestas, el cargo no prospera.

En este orden de ideas fuerza concluir que la presunción de legalidad de los actos demandados no fue desvirtuada y en tal sentido, las pretensiones de la demanda deben ser denegadas.

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

FALLA

Niéganse las pretensiones de la demanda incoada por la señora Magola Cogollo Bernal contra la Nación, Procuraduría General de la Nación.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

