

## **DERECHO DISCIPLINARIO – Concepto. Finalidad**

El derecho disciplinario valora la inobservancia del ordenamiento superior y legal vigente, así como la omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones; con lo que la ley disciplinaria se orienta entonces a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, cuando sus faltas interfieran con las funciones estipuladas. Si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica no puede ser otra que la necesidad del castigo de las conductas que atenten contra los deberes que le asisten.

## **JUEZ ADMINISTRATIVO – Competencia en asuntos disciplinarios / JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – No es una tercera instancia**

En lo que atañe a la competencia del Juez Administrativo en asuntos disciplinarios, la Corporación ha sostenido que en esta materia, la revisión de la legalidad de las decisiones, dadas las prerrogativas procesales propias de ese procedimiento, no deben repetir el debate agotado ante la autoridad administrativa competente. Es decir, que el juicio que inicia con la acción de nulidad y restablecimiento interpuesta ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no puede constituirse en una simple extensión del trámite disciplinario, que involucre un nuevo examen de la prueba como si se tratara de una tercera instancia, pues, es funcionalmente distinto en la medida en que implica una especialidad y depuración del debate. Empero, tampoco significa la intangibilidad de los actos de juzgamiento disciplinario, pues ellos están sometidos a la Jurisdicción, aunque no de cualquier manera, sino con marcadas restricciones.

## **FALTA DISCIPLINARIA – Falta gravísima / OMISION DE FUNCIONES – Incumplimiento de deberes / DETRIMENTO ECONOMICO – Patrimonio del estado / DEBIDO PROCESO – No vulnerado / FONCOLPUERTOS – Pensión de jubilación**

Al intervenir en la elaboración de los actos administrativos, estaba llamado a ejercer control material y formal sobre la legalidad de los mismos y en su condición de funcionario, denunciar su ilicitud y abstenerse de darles cumplimiento, máxime cuando se trataba de actuaciones complejas que involucraban grandes cantidades y número de afectados y que no obstante, carecían de motivación y de firma del Subgerente Administrativo y Financiero. Sin duda favoreció entonces, el enriquecimiento de terceros dentro de un proceso defraudatorio en el que actuaba toda una empresa criminal al interior de la entidad para la cual laboraba.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN SEGUNDA**

#### **SUBSECCION A**

**Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN**

Bogotá D.C., siete (07) de febrero de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00139-00(2037-09)**

**Actor: MARIO MORENO**

**Demandado: NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

**AUTORIDADES NACIONALES**

**- F A L L O -**

Conoce la Sala en única instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor MARIO MORENO contra la NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

#### **ANTECEDENTES**

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor MARIO MORENO, presentó demanda ante esta Jurisdicción, a fin de obtener la nulidad del fallo de única instancia de 6 de febrero de 2002, proferido por el Procurador General de la Nación, que le impuso como sanción principal, la destitución del cargo e inhabilidad por el término de 5 años para ejercer funciones públicas y de la providencia de 22 de mayo de 2002, emitida por la misma autoridad, que desató el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión, en el sentido de confirmarla.

A título de restablecimiento del derecho solicitó, el pago de perjuicios morales en la suma equivalente a 1000 salarios mínimos legales mensuales por la postración física y anímica que le produjo su destitución e inhabilidad para ejercer funciones públicas; y, que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Relató el actor en el acápite de **hechos** que el 27 de enero de 1997 por medio de la Resolución No. 46, fue nombrado como Secretario General de Foncolpuertos, cargo del que tomó posesión el 4 de febrero del mismo año. El 4 de febrero de 1998, por medio de la Resolución No. 52 se le aceptó la renuncia a dicho empleo.

Señaló, que por ausencia material de funciones para el Secretario General de la entidad, por analogía y previo concepto emitido por la Función Pública a solicitud de la Procuraduría General de la Nación, “debíanse regir por el Decreto No. 2759

del 7 de noviembre de 1979, tenor que describe la naturaleza general de las funciones de empleo en Colombia, entre ellas el CODIGO 0037 que corresponden al SECRETARIO GENERAL DE SUPERINTENDENCIA O ENTIDAD DESCENTRALIZADA asimilable a las funciones que corresponden a ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS EN COLOMBIA en tanto, las funciones allí descritas dinamizaban las funciones del SECRETARIO GENERAL DE FONCOLPUERTOS”.

El 10 de febrero de 2000 el Procurador General de la Nación emitió la Resolución N. 009, en la que ordenó la apertura de indagación preliminar. Fue una comisión especial la que avocó el conocimiento, quien el 25 de abril de 2000 efectuó el cierre y ordenó la apertura de la investigación disciplinaria en su contra.

El 22 de noviembre de 2000 fue notificado personalmente del auto de cargos emitido por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, en razón de que omitió avalar con su firma y revisar las resoluciones correspondientes a desembolsos de reajustes de pensiones de jubilación, diferencias pensionales y cancelación de mandamiento de pago, todas por más de \$300 millones de pesos; falta que fue calificada como gravísima a título de dolo con fundamento en los artículos 2°, 6°, 209 y 347 de la Carta Política; 2° ordinal b) y 3° ordinal j) del Decreto 36 de 1992; 21 del Acuerdo 1 de marzo de 1993; Decreto 2759 de 1979; artículo 40 numerales 2, 10, 13, 18, 22 y 23, artículo 25 numeral 4, artículo 41 numeral 7 y artículo 38 de la Ley 200 de 1995; Circulares Internas de Foncolpuertos Nos. 003 de 1994 y No. 0025 de 1995.

El 6 de febrero de 2002 el Procurador General de la Nación profirió el fallo de única instancia y el 22 de mayo del mismo año, la decisión que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra aquel, en el sentido de confirmarlo.

Invocó como **normas vulneradas** los artículos 29 y 83 de la Constitución Política; 4°, 5°, 41 numeral 7°, 73 literal c), 77 numerales 1° y 6°, 80, 117 y 118 de la Ley 200 de 1995.

En el **concepto de violación** en síntesis argumentó, que se vulneró el debido proceso al incurrir en falsa motivación, expedición irregular, abuso de poder, irregularidad en la apreciación probatoria y violación supra legal.

Afirmó, que las funciones del cargo que desempeñaba, no se encontraban taxativamente establecidas en la ley o reglamento, por lo que se adoptaron las funciones generales contenidas en el Decreto 2579 de 1979 y las descritas en los numerales 8, 10 y 14 del concepto emitido por el Director General de Desarrollo Organizacional del Departamento Administrativo de la Función Pública y las asignadas por el Director de Foncolpuertos, su jefe inmediato. De esta suerte, las funciones del secretario general de establecimiento público se desarrollaban siempre y cuando no se dispusiera de otra dependencia que cubriera alguna de sus competencias, y en este caso, existía una oficina de coordinación jurídica con función de ejercer control formal y material de los actos proferidos por la entidad, por lo que no le era atribuible responsabilidad disciplinaria alguna.

Ello aunado a que no se le podía endilgar el incumplimiento del artículo 21 del Acuerdo 001 de 1993 que señala, que las resoluciones proferidas por el gerente general llevarán su firma y la del gerente administrativo y financiero, pues estos eran cargos diferentes al que desempeñaba, además, aunque lo solicitó, no se decretó la prueba relacionada con el nacimiento a la vida jurídica de dicho acuerdo y del Acuerdo 002 de 1993, que exigían la firma del subgerente administrativo y financiero como requisito formal de los actos; con lo que se vulneró la Ley 200 de 1995 en los artículos 73 sobre los derechos del disciplinado y 80 referente al principio de contradicción.

Además, se violaron los artículos 117 y 118 de la misma Ley, porque no existe ninguna prueba que acredite su responsabilidad, puesto que en el cargo que ejercía como Secretario General, no le incumbía el control material ni formal de los actos administrativos pensionales que generaron la investigación, pues era del resorte de la oficina de coordinación jurídica quien los enviaba motivados conforme a las peticiones elevadas ante la entidad o en cumplimiento a decisiones judiciales de los juzgados. Su función consistía en registrar en un libro los actos administrativos expedidos por ese despacho y como formalidad imprimirle

enumeración y fecha, para luego realizar su notificación, sin tener que participar en el estudio, elaboración o reconocimiento de los derechos pensionales, tal y como lo declaró el ex director o gerente general de la entidad.

El dolo con el que se dice que actuó no se encuentra probado dentro del proceso, pues las resoluciones proferidas en el periodo en que fungió como Secretario General no aparecen ni sus iniciales ni con pie de firma y ello es así, en razón a que no tenía injerencia en dichos asuntos, sin embargo, se le dio igual tratamiento al que se le impartió a otra investigada, quien sí tenía asignada la función de suscribir las resoluciones; con lo que se vulneró el principio de imparcialidad de que trata el artículo 77 de la Ley 200 de 1995.

### **TRÁMITE DEL PROCESO**

El 6 de diciembre de 2002, la demanda se presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fl. 95 vto. cdn. ppal.). El 16 de febrero de 2009, luego de que se ordenó en varias oportunidades oficiar a fin de determinar cuál fue el último lugar en el que laboró el demandante y la remisión de los actos acusados con la respectiva constancia de notificación, decidió por factor cuantía remitir el proceso a los Jueces Administrativos del Circuito de Bogotá (fls. 137 a 139 cdn. ppal.). El 20 de marzo de 2009 el Juzgado 19 Administrativo de dicho circuito procedió a avocar conocimiento y a solicitar nuevamente, con fecha de notificación, las decisiones impugnadas (fls. 145 y 146 cdn. ppal.). El 5 de junio de 2009 admitió la demanda y el 4 de septiembre de 2009 abrió a pruebas (fls. 241 y 265 cdn. ppal.). Luego, el 9 de octubre de 2009 declaró la nulidad de todo lo actuado por corresponder el conocimiento del proceso a esta Corporación (fls. 269 a 272 cdn. ppal.), quien el 30 de noviembre de 2009 admitió la demanda (fls. 276 a 278 cdn. ppal.).

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN solicitó tener en cuenta la contestación inicial de la demanda (fls. 253 a 263 cdn. ppal.), en la que indicó, que es evidente que ni la Secretaria General anterior ni el actor fueron sancionados por la "firma" de las resoluciones, pues ella misma - la Procuraduría - consideró desvirtuado ese cargo. Al contrario, la objeción que no fue desvirtuada,

es la que hace relación a no haber revisado las resoluciones a fin de verificar si tenían la firma de quienes debían suscribirlas, es decir, la del Director de Foncolpuertos y la del Subdirector Administrativo y Financiero; pues, cuando se tiene la función de participar en la elaboración y notificación de una providencia, lo mínimo que se debe revisar es si está debidamente expedida, máxime cuando se trata de resoluciones que reconocían pensiones por valores astronómicos y atendiendo a su condición de funcionario directivo.

Además, de que en el proceso se demostró, que según el procedimiento utilizado en Foncolpuertos, se preveía la intervención del Secretario General, en todo el proceso de creación, elaboración y trámite de los actos administrativos, según lo dispuesto por el Decreto 2759 de 1979.

Añadió, que las pruebas aportadas al proceso son comunes y se evalúan en conjunto, por lo que no se le violó al actor su derecho de defensa, cuando señala que las pruebas fueron pedidas por otro investigado.

En ese entonces la accionada, propuso como excepciones: la caducidad de la acción, porque la demanda se presentó el “9 de marzo de 2009” y la providencia de 22 de mayo de 2002, quedó ejecutoriada el 20 de noviembre de 2002, y la falta de competencia, por no determinación de la cuantía, pues el competente es el Consejo de Estado cuando se controvierten actos expedidos por autoridad del orden nacional.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La **parte demandante**, guardó silencio en esta etapa procesal.

La **parte demandada** señaló, que insiste en su oposición a las pretensiones de la demanda, porque los actos acusados fueron expedidos con total acatamiento a las disposiciones constitucionales y legales que rigen el procedimiento disciplinario. Lo que el actor pretende, es revivir el debate procesal y probatorio, sin que el control de legalidad del proceso disciplinario pueda convertirse en una tercera instancia y teniendo en cuenta que es a él a a quien le asiste la carga de la prueba.

El **Ministerio Público** estimó, que se debe acceder a las súplicas de la demanda, porque la normativa que regula la materia nada estableció sobre las funciones del Secretario General, con lo que no se le puede atribuir responsabilidad alguna y

bien es sabido, que en materia disciplinaria solo procede imputación de censura respecto de funciones concretas a cargo del servidor pasivo de la acción disciplinaria. Además, el Secretario General no intervenía en la elaboración de los actos de reconocimiento de las prestaciones sociales y tal función no le fue delegada.

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico en esta oportunidad se contrae a determinar, si las sanciones disciplinarias de destitución e inhabilidad para ejercer funciones públicas por 5 años impuestas por la Procuraduría General de la Nación y vertidas en el fallo de única Instancia de 6 de febrero de 2002, confirmado por la decisión de 22 de mayo de 2002, se ajustaron al ordenamiento jurídico.

### **DEL FONDO DEL ASUNTO**

La inconformidad del actor básicamente radica, en que cuando le fue impuesta la sanción, la demandada no tuvo en cuenta que en el cargo que ejercía como Secretario General, no le asistía la función de ejercer el control material y formal de los actos administrativos pensionales que generaron la investigación, por el contrario, solo le correspondía el registro de los actos administrativos expedidos, con la fecha y enumeración, sin que de ninguna manera tuviera que participar en su estudio, elaboración y reconocimiento de derechos pensionales. Era la Oficina de Coordinación Jurídica la que tenía la función de ejercer control formal y material de los actos proferidos por la entidad.

Lo anterior, sumado a que las funciones del cargo que desempeñó, no se encontraban establecidas en la ley o reglamento, debiéndose adoptar las funciones generales contenidas en el Decreto 2579 de 1979 y en los numerales 8, 10 y 14 del concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, al igual que las asignadas por el Director de Foncolpuertos, que era su jefe inmediato.

A fin de decidir el objeto de la controversia, la Sala estima pertinente hacer alusión a la potestad disciplinaria que en razón de la Función Pública debe ser ejercida sobre los servidores públicos y a la competencia del Juez Administrativo en materia disciplinaria, para luego determinar si de acuerdo con los elementos probatorios obrantes en el expediente, la actuación administrativa acusada adolece de nulidad.

#### **POTESTAD DISCIPLINARIA**

En la organización estatal constituye elemento fundamental para la realización efectiva de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, la potestad para desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, en atención a su especial sujeción al Estado en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de la función pública; de manera, que el cumplimiento de los deberes y las responsabilidades por parte del servidor público, se debe efectuar dentro de la ética del servicio público, con acatamiento a los principios de moralidad, eficacia, eficiencia, que caracterizan la actuación administrativa y propenden por el desarrollo íntegro de la función pública con pleno acatamiento de la Constitución, la ley y el reglamento.

De suerte, que el derecho disciplinario valora la inobservancia del ordenamiento superior y legal vigente, así como la omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones; con lo que la ley disciplinaria se orienta entonces a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, cuando sus faltas interfieran con las funciones estipuladas.

Si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica no puede ser otra que la necesidad del castigo de las conductas que atenten contra los deberes que le asisten.

Así pues, la finalidad de la ley disciplinaria es la prevención y buena marcha de la gestión pública, al igual que la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores que los afecten o pongan en peligro.

### **COMPETENCIA DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN MATERIA DISCIPLINARIA**

En lo que atañe a la competencia del Juez Administrativo en asuntos disciplinarios, la Corporación ha sostenido que en esta materia, la revisión de la legalidad de las decisiones, dadas las prerrogativas procesales propias de ese procedimiento, no deben repetir el debate agotado ante la autoridad administrativa competente. Es decir, que el juicio que inicia con la acción de nulidad y restablecimiento interpuesta ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no puede constituirse en una simple extensión del trámite disciplinario, que involucre un nuevo examen de la prueba como si se tratara de una tercera instancia, pues, es funcionalmente distinto en la medida en que implica una especialidad y depuración del debate <sup>1</sup>. Empero, tampoco significa la intangibilidad de los actos de juzgamiento disciplinario, pues ellos están sometidos a la Jurisdicción, aunque no de cualquier manera, sino con marcadas restricciones.

Corresponde entonces a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, entre otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario se haya ajustado a las garantías constitucionales básicas, es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba, a condición de que la misma sea manifiestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales, es decir, aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa <sup>2</sup>.

También es pertinente el análisis de legalidad, cuando en dicho proceso se ven comprometidos derechos de rango constitucional, como el debido proceso, la presunción de inocencia, el buen nombre, el honor y la dignidad, entre otros.

---

<sup>1</sup> Sección Segunda. Radicados: 2274-08 y 0032-2010. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicados: 0083-2010, 2429-08. Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado.

<sup>2</sup> Sección Segunda. Radicado 1384-06. Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado.

En síntesis, a la Jurisdicción le corresponde proteger al ciudadano de la arbitrariedad, de la desmesura, de la iniquidad, de la ilegalidad, en fin, de las conductas de la Administración que atenten contra la Constitución Política y la ley, pero dentro del marco que se señaló precedentemente.

## **MATERIAL PROBATORIO**

Se encuentra en el expediente que el 27 de enero de 1997, por medio de la Resolución No. 46, el Director General de Foncolpuertos, nombró al hoy demandante en el cargo de Secretario General, Código 0037, Grado 11, quien tomó posesión del mismo el 4 de febrero de 1997. El 4 de febrero de 1998, según la Resolución No. 52, le fue aceptada su renuncia a dicho cargo. (fls. 227, 228 y 229 cdn. 2).

El 10 de febrero de 2000, fue proferida por el entonces Procurador General de la Nación, la Resolución No. 009, que creó comisiones especiales para adelantar investigaciones disciplinarias relacionadas con Foncolpuertos, en atención a las cuantiosas defraudaciones e irregularidades administrativas en las que pudieron incurrir los servidores públicos con ocasión o en ejercicio del cargo o de la función pública. Se creó la comisión especial para adelantar la investigación disciplinaria en contra del Gerente y la Secretaria General de Foncolpuertos. (fls. 1 a 5 cdn. 1).

El 17 de febrero de 2000, la Comisión Especial Foncolpuertos, en cumplimiento a la resolución antes mencionada, avocó el conocimiento de la indagación preliminar y para el desarrollo de la misma, ordenó la revisión de archivos a fin de obtener información concerniente a los señores Carlos Peña Melo y José Agustín Acuña Carmona, en su calidad de ex trabajadores de la Empresa Puertos de Colombia, en cuanto a los factores salariales que determinaron la cancelación de sus respectivas mesadas pensionales. Además, determinar la identidad de los funcionarios que proyectaron y suscribieron los actos administrativos, fundamento de los hechos investigados, que produjeron un detrimento económico del patrimonio del Estado en cuantía de \$5.802.2 millones de pesos. (fls. 6 a 8 cdn. 1).

El 25 de marzo de 2000 la Comisión Especial Foncolpuertos dispuso la apertura de investigación disciplinaria en contra de los servidores públicos vinculados a dicho fondo, entre los que se encuentra el hoy demandante, por las presuntas irregularidades administrativas que tuvieron ocurrencia en su administración, cuando se desempeñó como Secretario General de dicho fondo y en relación con la liquidación, reliquidación y pagos en favor de los pensionados Carlos Peña Melo y José Agustín Acuña Carmona. Esta decisión le fue debidamente notificada. (fls. 251 a 267, 278 y 298 cdn. 1).

El 26 de septiembre de 2000 se formuló pliego de cargos en contra del investigado, en el que se determinó, de conformidad con el caudal probatorio recaudado, que omitió revisar y avalar con su firma el pago de varias resoluciones<sup>3</sup> que ordenaron la cancelación de reajustes de pensiones de jubilación, diferencias pensionales y cancelación de mandamientos de pago a favor de Carlos Alberto Peña Melo y José Agustín Acuña Carmona; situaciones que evidencian falta a la imparcialidad, diligencia, transparencia en la defensa de los intereses del Estado, teniendo en cuenta su jerarquía, mando e injerencia sobre los demás funcionarios y las consecuencias de las operaciones administrativas que constituían actos administrativos complejos emitidos por servidores públicos dependientes entre sí. Su conducta fue calificada provisionalmente como falta gravísima a título de dolo. El investigado se notificó en debida forma de esta decisión y ejerció su derecho de contradicción presentando los respectivos descargos. (fls. 132 a 580, 640 y 717 a 751 cdn. 4).

El 18 de abril de 2001 se decretaron las pruebas solicitadas por el disciplinado, referidas a la aprobación de los Acuerdos 001 y 002 de marzo de 1993 y la recepción del testimonio del señor Manuel Heriberto Zabaleta Rodríguez, quien fungía como Director del fondo para la época de los hechos, a fin de que declarara respecto de las funciones que cumplía en relación con las prestaciones sociales y

---

<sup>3</sup> Se trata de las Resoluciones No. 455 de 16 de abril de 1997 que ordenaba el pago de \$15.274.631.00, correspondiente al reajuste de pensiones de jubilación y diferencias pensionales; la No. 737 de 28 de mayo de 1997 que correspondió a reajuste de pensiones de jubilación y diferencias pensionales, por valor de \$26.902.149.00; la No. 0328 de 17 de marzo de 1997 que ordenó la cancelación del mandamiento de pago del Juzgado Segundo Laboral de Barranquilla, por valor de \$63.420.157.44; y la No. 0021 de 26 de enero de 1998 correspondiente a reajustes pensionales por valor de \$238.571.510.00 suscritas por el Director de la entidad Manuel Heriberto Zabaleta a favor de Carlos Alberto Peña Melo.

similares. El actor se notificó en debida forma de esta decisión. (fls. 808 a 825 y 402 cdn. 4).

El 6 de febrero de 2002 la Procuraduría profirió fallo de única instancia en el que al demandante se le declaró disciplinariamente responsable y se le sancionó con destitución del cargo e inhabilidad para ejercer funciones públicas por 5 años.

En cuanto al primer cargo endilgado en su contra, por omitir avalar con su firma las resoluciones calificadas como ilegales, la demandada señaló, que no estaba llamado a prosperar amén de la no obligatoriedad de la firma - pues para la época, la ley había suprimido la rúbrica de los secretarios generales en actos expedidos por los directores de los establecimientos públicos-, ni la incidencia de esta en la validez o eficacia del acto administrativo.

Y frente al segundo cargo, referente al incumplimiento de sus deberes explicó, que el disciplinado en su calidad de Secretario General de Foncolpuertos, estaba llamado a participar en todo el proceso de creación de los actos administrativos, pues, aunque no existía manual de funciones para su cargo, le eran aplicables los dispositivos generales, como es el caso del Decreto 2759 de 1979 y, en consideración a que no puede existir cargo público sin funciones. Se alude además a la testimonial del ex director de la entidad Zabaleta Rodríguez, que informa, que las funciones del Secretario eran las de coordinación de actividades administrativas y financieras y de asistencia al Director.

Por manera que, al intervenir en la elaboración de los actos administrativos, estaba llamado a ejercer control material y formal sobre la legalidad de los mismos y en su condición de funcionario, denunciar su ilicitud y abstenerse de darles cumplimiento, máxime cuando se trataba de actuaciones complejas que involucraban grandes cantidades y número de afectados y que no obstante, carecían de motivación y de firma del Subgerente Administrativo y Financiero. Sin duda favoreció entonces, el enriquecimiento de terceros dentro de un proceso defraudatorio en el que actuaba toda una empresa criminal al interior de la entidad para la cual laboraba.

En particular, sobre la ausencia de vigencia y por ende de exigibilidad de los Acuerdos 01 y 02 de 1993, con fundamento en que no fueron erigidos en decretos por el Gobierno, expuso, que no es admisible tal aseveración, porque de conformidad con el Decreto Ley 36 de 1992, las decisiones de la Junta Directiva - máximo órgano rector de Foncolpuertos -, se deben denominar acuerdos y era de su competencia adoptar los estatutos del Fondo, y en efecto lo hizo, a través de los aludidos Acuerdos 01 y 02 de 1993, además, la norma exige es la aprobación de los acuerdos y no que los acuerdos o estatutos se adopten como Decretos por el Gobierno Nacional.

El disciplinado fue debidamente notificado de esta providencia y frente a la misma interpuso recurso de reposición. (fls. 303 a 353, 363, 428 a 437 cdn. 6).

El 22 de mayo de 2002 el señor Procurador General de la Nación desató el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión, en el sentido de confirmarla, con fundamento en que no era posible predicar la ausencia de vigencia de los Acuerdos 01 y 02 de 1993, reiterando lo señalado en el fallo impugnado: que los secretarios sí participaban en el trámite de las resoluciones y a partir de allí se generaba para ellos, la obligación no solo legal sino además ética o moral de ejercer control sobre tales actos, sin poder ser ajenos a la evidente corrupción y a la manifiesta ilegalidad de las decisiones en las que intervenían o suscribían, que por su protuberancia, desvirtuaban el principio de buena fe. Esta confirmatoria se notificó por edicto al actor que fue desfijado el 20 de noviembre de 2002. (fls. 445 a 465 y 485 cdn. 6).

#### **DE LA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO**

Encuentra la Sala que la inconformidad del accionante radica básicamente en la vulneración al debido proceso, que en su sentir se traduce en falsa motivación, expedición irregular, abuso de poder, anormalidad en la apreciación probatoria y violación supra legal, en suma, porque sus competencias - que en analogía correspondían a las de secretario general de establecimiento público -, se desarrollaban siempre que no existiera otra dependencia que las cubriera y, en el

presente asunto, operaba la oficina de coordinación jurídica, quien tenía por función ejercer el control formal y material sobre los actos administrativos proferidos por la entidad, con lo que solo le incumbía su registro con la respectiva fecha y enumeración al igual que su notificación, sin participar de manera alguna en su estudio, elaboración o en el reconocimiento de derechos pensionales.

Asimismo, por disposición del artículo 21 del Acuerdo 001 de 1993, las resoluciones emitidas por el gerente general solo deben llevar su firma y la del gerente administrativo y financiero, cargos diferentes al que desempeñaba, sin que por demás se hubiera decretado la prueba que solicitó relacionada con el nacimiento a la vida jurídica del aludido acuerdo y del Acuerdo 002 de 1993. Tampoco existe prueba del dolo con el que se afirma que actuó, porque en las resoluciones que fueron emitidas en el periodo en que fungió como Secretario General, no aparecen ni sus iniciales ni pie de firma, y ello sencillamente porque no tenía injerencia en dichos asuntos, sin embargo, se le dio igual tratamiento al que se le impartió a otra investigada, quien sí tenía asignada la labor de suscribir las resoluciones.

Pues bien, se observa que la demandada al interior del proceso disciplinario que adelantó en contra del actor, con ocasión de la omisión en la que incurrió, observó todas y cada una de las etapas propias de un procedimiento de tal naturaleza, habida cuenta, que dispuso la apertura de la investigación disciplinaria en contra de los servidores públicos vinculados al Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia - Foncolpuertos- , entre ellos el actor, en su calidad de Secretario General, ante el conocimiento que tuvo de parte de la Contraloría General de la República, por auditoría que adelantó a dicho fondo, relativo a presuntas irregularidades relacionadas con la liquidación, reliquidación y pagos de prestaciones sociales a favor de los ex trabajadores de Puertos de Colombia en liquidación, Carlos Peña Melo y José Agustín Acuña Carmona, que produjeron un detrimento económico al patrimonio del Estado en cuantía de \$5.802.2 millones de pesos.

Lo anterior, luego de haber creado la Comisión Especial Foncolpuertos, quien ordenó la respectiva revisión de los archivos para obtener información sobre los ex

trabajadores jubilados y sus mesadas pensionales al igual que respecto a los servidores del fondo que tenían por función la proyección y firma de los actos administrativos de reconocimiento pensional.

La Procuraduría emitió Auto de Cargos con fundamento en la abundante documental recaudada, en consideración a que el disciplinado omitió revisar y avalar con su firma varios actos administrativos, en virtud de los cuales el fondo ordenó el pago de reajustes de pensiones de jubilación, de diferencias pensionales y de mandamientos de pago a favor de los referidos ex trabajadores; conductas todas, que atentaron contra la imparcialidad, diligencia y transparencia en la defensa de los intereses del Estado. Esta falta la calificó como gravísima y a título de dolo.

A su turno el demandante pudo presentar su escrito de descargos, en el que solicitó la práctica de pruebas - aprobación de los Acuerdos 001 y 002 de marzo de 1993 y la recepción del testimonio del señor Manuel Heriberto Zabaleta Rodríguez, Director del fondo para la época de los hechos-, petición a la cual la Procuraduría accedió.

Luego de analizadas pormenorizadamente todas las probanzas, la Administración profirió el acto sancionatorio en el que calificó la falta a título de dolo y en consecuencia, impuso como sanción la destitución y la inhabilidad para ejercer la función pública por 5 años, con fundamento en la obligación que le era exigible al disciplinado en su condición de Secretario General de Foncolpuertos - atendiendo a que no puede existir cargo público sin funciones -, de participar en el proceso de creación de los actos administrativos y de asistencia al Director; por manera, que ha debido ejercer control material y formal sobre los mismos, máxime que en ellos se reconocían altas sumas de dinero, sin ningún tipo de motivación y con ausencia de la firma del Subgerente Administrativo y Financiero. La abstención en dar cumplimiento a sus deberes de denuncia de la ilicitud a todas luces favoreció el enriquecimiento de terceros dentro de la cadena de fraudes adelantada por una empresa criminal que operaba al interior de la entidad para la cual trabajaba en un cargo de rango superior.

De paso, la Procuraduría declaró expresamente, no probado el cargo concerniente a que el disciplinado omitió avalar con su firma las resoluciones calificadas como ilegales, porque para la época la ley había suprimido dicha exigencia para los secretarios generales frente a los actos expedidos por los directores de los establecimientos públicos, además de que la signatura no tenía incidencia en la validez o eficacia del acto administrativo.

Esta decisión fue recurrida por el actor en vía de reposición, recurso que fue decidido en el sentido de confirmar la sanción.

Entendido entonces, el derecho al debido proceso como aquel conjunto de actuaciones que deben ser desarrolladas por los sujetos procesales y en atención al cual es necesario respetar al máximo las formas propias de las ritualidades, como una garantía contra la posible arbitrariedad de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los asociados y de resolver sobre la interdependencia de sus derechos <sup>4</sup>; es por lo que para la Sala se hace evidente que el actuar de la Procuraduría, no vulneró tal principio, habida cuenta que el procedimiento se ajustó a los parámetros legales, la sanción que en este caso le fue impuesta al inculpado fue proporcional como consecuencia de que con su omisión desconoció de manera evidente las obligaciones de orden constitucional y legal que le asistían en razón de su cargo, habiendo sido demostrada su responsabilidad dentro de un esquema procesal ajustado a las normas que le aseguraron sus posibilidades de defensa y contradicción.

En cuanto al argumento que el demandante hace consistir en que no le asistía la obligación de avalar con su firma los actos administrativos ilegales, encuentra la Sala que el cargo que le fue inicialmente atribuido por la Procuraduría por dicho aspecto, fue explícitamente declarado impróspero en el fallo de única instancia, que impugna al interior de esta demanda disciplinaria, con lo que es plenamente evidente que no ha lugar a tal objeción.

Sobre el no decreto de la prueba relacionada con el nacimiento a la vida jurídica de los Acuerdos 001 y 002 de 1993, que exigían la firma del subgerente

---

<sup>4</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá: Departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 356 – 358.

administrativo y financiero como requisito formal de los actos que originaron la investigación; revisado el expediente encuentra la Sala, que efectivamente la Procuraduría, el 18 de abril de 2001, cuando decretó las pruebas, expresamente respecto de las solicitadas por el demandante, ordenando oficiar “... a la Secretaría Jurídica, con el fin de que informe si los acuerdos 001 y 002 de marzo de 1993, emanados de la Junta Directiva de Foncolpuertos, fueron aprobados y mediante qué Decretos”, como se observa a fls. 810 cdn. 4. Además, en las decisiones impugnadas la demandada, hizo clara referencia a los aludidos acuerdos en el sentido de que los estatutos de la entidad, fueron precisamente adoptados a través de los mismos, con lo que es evidente que eran vigentes.

Y en lo referente a que no existe ninguna prueba que acredite su responsabilidad, porque su función solo consistía en registrar los actos administrativos expedidos con enumeración y fecha, para luego realizar su notificación, sin tener que participar en el estudio, elaboración o reconocimiento de los derechos pensionales, con lo que no se puede predicar dolo de su parte; estima la Sala, que tales apreciaciones no pasan de ser argumentos relacionados con la valoración probatoria, que fue ampliamente debatida en las instancias anteriores ya finiquitadas por el órgano disciplinario competente, con lo que es evidente que lo que pretende la demandante es revivir el debate agotado en dichas instancias.

Se debe recordar que el juicio que ahora ocupa su atención, de ninguna manera puede constituirse, como se anticipó en párrafos precedentes, en una prolongación del trámite disciplinario ya concluido, que involucre un nuevo examen del material probatorio, porque no se trata de una tercera instancia en la que se pueda revivir el debate superado por el juez natural.

Agrega la Sala que resulta ser inaudito e inexplicable que un servidor público del rango del actor, quien fungía como Secretario General de un establecimiento público de tal entidad como lo fue Foncolpuertos, cuyo objeto radicó en la atención de todas las obligaciones a cargo de la Empresa de Puertos de Colombia - en liquidación - consistentes en el pago de un pasivo pensional, que había iniciado en ceros, ahora esgrima argumentos tan endeble para escudar la

responsabilidad que a todas luces le asistía en todo este carrusel de defraudaciones al Estado por intermedio de sus pensionados.

Se le recuerda que en su condición de servidor público al no cumplir sus funciones con el debido esmero y cuidado que le exigen los dispositivos constitucionales, incurrió en flagrante violación de la Carta Fundamental; porque no puede olvidarse, que la responsabilidad de todo servidor público en materia disciplinaria encuentra fundamento, en el postulado contenido en el **artículo 6º Superior**<sup>5</sup>, que se constituye en el cimiento de sus obligaciones y deberes. En efecto, este precepto dispone, que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. De suerte que, cuando la Carta Magna y las leyes ordenan al servidor público cumplir con ellas, se entiende que así deben hacerlo, acatando en particular, las normas que regulan específicamente su actividad, sin omitir nunca ningún procedimiento ni extralimitarse en el cumplimiento de sus funciones so pena de ser merecedor de las sanciones correspondientes.

En la misma línea, según lo preceptúa el **artículo 122 del Estatuto Superior**<sup>6</sup>, el servidor al momento de asumir sus funciones se compromete de manera solemne a cumplir con la Constitución; lo cual significa, que el funcionario entiende el compromiso que adquiere y se obliga no solo a observar las normas sino a tener pleno conocimiento de las mismas y la manera como debe aplicarlas. Situación que conlleva al cumplimiento de los fines del Estado, que no son otros que servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, tal como lo informa su **artículo 2º**<sup>7</sup>.

Es válido entonces afirmar, que el servidor público soporta una carga mayor y superior en materia de responsabilidad, que implica el total conocimiento de los deberes contenidos en los dispositivos de orden constitucional y legal y el entendimiento del alcance de sus actos y de sus omisiones.

---

<sup>5</sup> **Carta Política. Artículo 6º** “*Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*”.

<sup>6</sup> **Carta Política. Artículo 122º** “*... Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben*”.

<sup>7</sup> **Carta Política. Artículo 2º** “*Son fines esenciales del Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución ...*”.

En este orden de ideas y sin más consideraciones adicionales concluye la Sala, que en atención a los anteriores razonamientos carecen de vocación de prosperidad las súplicas de la demanda.

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

**F A L L A:**

**NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda promovida por el señor MARIO MORENO contra la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

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

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN    ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**