

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION – No es juez ni cumple función jurisdiccional / ACTO ADMINISTRATIVO DE SANCION – No tiene naturaleza jurídica de sentencia / DECISIONES DEL PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION – Esta sujeta a control de legalidad / JUEZ DISCIPLINARIO – No es autoridad judicial /

En forma correlativa, precisa el Consejo de Estado que el control disciplinario que ejerce la Procuraduría General de la Nación no constituye ejercicio de función jurisdiccional. La Procuraduría no juzga ni sentencia, puesto que no es un juez; es la máxima autoridad disciplinaria en el ámbito externo de ejercicio de la potestad disciplinaria, pero como se aclaró, esa es una manifestación de la función administrativa, no de la función jurisdiccional. El juez competente es la jurisdicción contencioso-administrativa, encargada de ejercer el control sobre los actos administrativos disciplinarios y el procedimiento seguido para adoptarlos. Se aclara a este respecto que la Procuraduría no es un poder omnímodo no sujeto a controles, ni es una nueva rama del poder, ni es un nuevo juez creado sobre la marcha en contravía del diseño constitucional; no se puede atribuir, en contra de la Constitución Política que dice defender, estas funciones, ni puede siquiera sugerir que sus decisiones constituyen sentencias, con todas las garantías que revisten los fallos judiciales. La autonomía e independencia que la Constitución Política le otorgan a la Procuraduría no implican que este organismo no esté a su turno sujeto a controles, dentro del sistema de frenos y contrapesos ideado por el Constituyente. Más aún, el uso corriente de la expresión “juez disciplinario” por la Corte Constitucional para hacer referencia a la Procuraduría no puede interpretarse bajo ninguna perspectiva en el sentido de que la Procuraduría sea una autoridad jurisdiccional, ni de que sus dictámenes disciplinarios tengan la naturaleza jurídica de sentencias que hagan tránsito a cosa juzgada; tampoco el uso de la palabra “fallos” o “instancias”, en el que se suele incurrir.

POTESTAD DISCIPLINARIA - Finalidad / SERVIDOR PUBLICO - Cumplimiento de los deberes y responsabilidades / DERECHO DISCIPLINARIO - Valora la inobservancia del ordenamiento superior y legal vigente / CONTROL DISCIPLINARIO - Garantía del cumplimiento de los fines y funciones del estado / CONSTITUCION POLITICA – Fuente primaria del derecho disciplinario / CONTROL DISCIPLINARIO – Ámbitos interno y externo

La potestad disciplinaria constituye una de las modalidades de los poderes sancionatorios del Estado; en la misma medida, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionador, cuya concepción misma, a más de su ejercicio, deben estar orientados a garantizar la materialización de los principios propios del Estado Social de Derecho, el respeto por los derechos y garantías fundamentales, y el logro de los fines esenciales del Estado que establece la Carta Política y justifica la existencia misma de las autoridades. La relación disciplinaria que existe entre los servidores públicos y el Estado se fundamenta, según ha explicado la Corte Constitucional, en la “...relación de subordinación que existe entre el funcionario y la administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o la extralimitación en el ejercicio de sus funciones, la violación de régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc...”.(...) Ha dicho el Consejo de Estado que “las finalidades de la ley y de las sanciones disciplinarias son las de garantizar el cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro. // En efecto, si la función pública debe ser orientada a la satisfacción de las necesidades sociales y el aseguramiento de los intereses colectivos y no a la realización de los intereses de los servidores públicos, la acción disciplinaria entonces, se origina en el

incumplimiento de esos deberes y tiene como finalidad garantizar el buen funcionamiento de la administración.”

POTESTAD DISCIPLINARIA – Los ámbitos internos y externos constituyen el ejercicio de la potestad disciplinaria /

Para el Consejo de Estado resulta indudable que los actos de control disciplinario adoptados por la Administración Pública y por la Procuraduría General de la Nación, es decir, aquellos actos expedidos en ejercicio de la potestad disciplinaria en sus ámbitos interno y externo, constituyen ejercicio de función administrativa, y por lo tanto son actos administrativos sujetos al pleno control de legalidad y constitucionalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa. No se trata de actos que manifiesten la función jurisdiccional, ni mucho menos de una función sui generis o nueva del Estado, sino –se reitera con énfasis- de actos administrativos que tienen, por definición, control judicial.

POTESTAD DISCIPLINARIA – Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Esta jurisprudencia constitucional pacífica ha sido expuesta, entre muchas otras, (a) en la sentencia C-095 de 2003, en la cual la Corte claramente inscribió el poder punitivo disciplinario dentro de la función administrativa; (b) en la sentencia C-095 de 1998, en la que la Corte expresamente afirmó que el proceso disciplinario tiene naturaleza administrativa por varias características (jurisprudencia reiterada, entre otras, en las sentencias T-1104 de 2003, T-594 de 1996, T-451 de 2010, T-191 de 2010, T-161 de 2009 y SU-901 de 2005); (c) en la sentencia T-961 de 2004, en la cual la Corte precisó que los fallos disciplinarios son actos administrativos; (d) en la sentencia C-315 de 2012, en la cual se delimitó el alcance del debido proceso en actuaciones administrativas tales como los procesos disciplinarios; (e) en la sentencia C-244 de 1996, en la cual se explicó que la atribución de funciones judiciales a la Procuraduría General de la Nación es una absoluta excepción a la regla general de función administrativa que ejerce, para un tema específicamente delimitado por la ley, a saber, el ejercicio de policía judicial en el curso de sus investigaciones; (f) en la sentencia T-438 de 1994, en la que expresamente diferenció entre los actos judiciales emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura en ejercicio de sus competencias disciplinarias, y los actos administrativos expedidos por la Procuraduría en cumplimiento de sus funciones propias; y (g) en la sentencia C-306 de 2012, en la cual la Corte se pronunció sobre la revocatoria de los fallos disciplinarios absolutorios desde la perspectiva de que por su naturaleza son actos administrativos.

FUNCION ADMINISTRATIVA DISCIPLINARIA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION – No es una función jurisdiccional o judicial / PRESUNCION DE LEGALIDAD DE LAS DECISIONES DISCIPLINARIAS – No debe confundirse con la cosa juzgada o intangibilidad de las decisiones jurisdiccionales /

tampoco se puede confundir la función administrativa disciplinaria de la Procuraduría con una función jurisdiccional o judicial por el hecho de que el otro órgano disciplinario constitucionalmente establecido –el Consejo Superior de la Judicatura– sí adopte fallos judiciales en el ámbito preciso en el cual cuenta con poderes constitucionales. Una cosa no lleva a la otra, y el ámbito de actuación del Consejo Superior de la Judicatura en tanto juez disciplinario está claramente definido por la Constitución y la jurisprudencia. Incluso en los casos de los empleados de la Rama Judicial que según la Corte Constitucional no están sujetos a la competencia del Consejo Superior de la Judicatura, la Procuraduría, al ejercer el poder disciplinario

sobre tales empleados judiciales, sigue actuando en función administrativa disciplinaria, no en función judicial. En esta misma línea, no se debe confundir la presunción de legalidad que ampara las decisiones disciplinarias, en tanto actos administrativos, con el efecto de cosa juzgada o la intangibilidad de las decisiones jurisdiccionales. El Consejo de Estado ha establecido claramente la distinción al resaltar que los fallos disciplinarios efectivamente están amparados, en tanto actos administrativos que son, por la presunción de legalidad. Esta presunción de legalidad, que está sumada a lo que la jurisprudencia constitucional ha llamado el efecto de "cosa decidida" (por oposición al de "cosa juzgada"), se encuentra sujeta en su integridad al control ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa. En igual medida, la aplicación mutatis mutandi de los principios aplicables al poder sancionatorio penal, o del principio del non bis in ídem, no transforma la potestad disciplinaria en una función jurisdiccional. El Consejo de Estado ha explicado que la aplicabilidad del non bis in ídem se deriva no de una aludida naturaleza jurisdiccional del control disciplinario, sino del hecho de que forma parte del derecho administrativo sancionador.

CONTROL PLENO E INTEGRAL – Ejercido por la jurisdicción contencioso administrativo

El control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos administrativos disciplinarios proferidos por la Administración Pública o por la Procuraduría General de la Nación es un control pleno e integral, que se efectúa a la luz de las disposiciones de la Constitución Política como un todo y de la ley en la medida en que sea aplicable, y que no se encuentra restringido ni por aquello que se plantee expresamente en la demanda, ni por interpretaciones restrictivas de la competencia de los jueces que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa.

CONTROL PLENO DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – Obligación de confrontar los actos disciplinarios con las disposiciones de la Constitución Política y la Ley / DEBIDO PROCESO – Garantías mínimas del control pleno /

En términos aún más contundentes, el Consejo de Estado afirmó en sentencia del 19 de mayo de 2011 que el juez contencioso administrativo está en la obligación constitucional de confrontar los actos disciplinarios presentados a su conocimiento con la totalidad de las disposiciones de la Constitución Política, y no únicamente con aquellas disposiciones legales expresamente invocadas en la demanda correspondiente: "en criterio de esta Sala no le asiste la razón al Tribunal que profirió el fallo apelado al afirmar que el control que efectúa esta Jurisdicción respecto de los actos administrativos, es únicamente de legalidad y no de constitucionalidad. Si bien es cierto que el análisis que se realiza en sede Contenciosa Administrativa incluye la confrontación entre el acto administrativo y la Ley, ello no obsta para que se examinen los actos demandados a la luz de la Constitución que, como ya se dijo, es norma de normas." Lo que resulta aún más importante es que el control pleno por la jurisdicción contenciosa forma parte de las garantías mínimas del debido proceso a las que tiene un derecho fundamental el sujeto disciplinado, según la Corte Constitucional, por lo cual este control judicial contencioso-administrativo no puede ser objeto de interpretaciones que restrinjan su alcance.

CONTROL JUDICIAL DEL PROCESO DISCIPLINARIO – No es una tercera instancia / VALORACION PROBATORIA – Proceso disciplinario / CONTROL JUDICIAL DEL PROCESO DISCIPLINARIO – No es restringido, limitado o formal / VALORACION PROBATORIA –Juez contencioso

En reiterados pronunciamientos el Consejo de Estado ha aclarado que el proceso contencioso-administrativo no puede constituir una tercera instancia para reabrir el debate probatorio que se surtió en el proceso disciplinario. No obstante, se resalta, esta jurisprudencia no puede ser interpretada en el sentido de limitar las facultades de control del juez contencioso-administrativo, ni de impedirle realizar un examen integral de las pruebas con base en las cuales se adoptaron las decisiones administrativas disciplinarias sujetas a su control. Por el contrario, el sentido de estos pronunciamientos del Consejo de Estado es que el debate probatorio en sede jurisdiccional contencioso-administrativa debe ser sustancialmente distinto y contar con elementos valorativos específicos, de raigambre constitucional, que son diferentes a los que aplica la autoridad disciplinaria. No es que al juez contencioso-administrativo le esté vedado incursionar en debates o valoraciones probatorias, sino que los criterios de apreciación con base en los cuales puede –y debe- acometer la valoración de las pruebas son sustancialmente diferentes, y se basan en los postulados de la Constitución Política. El Consejo de Estado ha elaborado con mayor detalle el fundamento de esta distinción entre la actividad probatoria que compete a la autoridad disciplinaria, y la actividad probatoria que compete al juez contencioso administrativo que conoce de las demandas contra los actos disciplinarios.

CONTROL JUDICIAL – No hay límites formales

Se concluye, pues, que no hay límites formales para el control judicial contencioso-administrativo de los actos administrativos proferidos por las autoridades administrativas disciplinarias y la Procuraduría General de la Nación, salvo aquellos límites implícitos en el texto mismo de la Constitución y en las normas legales aplicables. Las argumentaciones de la Procuraduría a través de sus representantes y apoderados que puedan sugerir lo contrario –v.g. que el control judicial es meramente formal y limitado, o que las decisiones disciplinarias de la Procuraduría tienen naturaleza jurisdiccional- no son de recibo por ser jurídicamente inaceptables y conceptualmente confusas.

ERROR MECANOGRAFICO – No es causal de nulidad de los actos de sanción disciplinaria / DEBIDO PROCESO – No vulnerado al prevalecer el derecho sustancial

La Sala recuerda que, de conformidad con el artículo 228 de la Constitución Política, en las actuaciones de la administración de justicia “prevalecerá el derecho sustancial”. En aplicación de esta pauta, el Consejo de Estado ha establecido en una línea jurisprudencial pacífica que, en el contencioso de anulación de los actos administrativos disciplinarios, no cualquier irregularidad que se presente tiene por efecto generar una nulidad de las actuaciones sujetas a revisión – únicamente aquellas que, por su entidad, afectan los derechos sustantivos de defensa y contradicción del investigado. Así lo ha expresado inequívocamente esta Corporación, al afirmar que “no toda irregularidad dentro del proceso disciplinario, genera de por sí la nulidad de los actos a través de los cuales se aplica a un funcionario una sanción disciplinaria, pues lo que interesa en el fondo es que no se haya incurrido en fallas de tal entidad que impliquen violación del derecho de defensa y del debido proceso”

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 128

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil trece (2013).

Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00115-00 (0390-2011)

Actor: Lauro Eduardo Montilla Gómez

Demandado: NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN - MUNICIPIO DE BOLÍVAR (CAUCA).

Unica Instancia – Autoridades Nacionales y Municipales

Decide la Sala la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de única instancia formulada por Lauro Eduardo Montilla Gómez contra la Nación – Procuraduría General de la Nación y el Municipio de Bolívar (Cauca).

I. ANTECEDENTES

Obrando por intermedio de apoderado, el ciudadano Lauro Eduardo Montilla Gómez ejerció la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo en contra de las decisiones disciplinarias de primera y segunda instancia dictadas, respectivamente, por la Procuraduría Provincial de Popayán y la Procuraduría Regional del Cauca los días 29 de agosto de 2009 y 11 de junio de 2010, mediante las cuales se le impusieron las sanciones de destitución del cargo de Alcalde Municipal de Sucre (Cauca) e inhabilidad general por diez años; así como contra la resolución del 11 de agosto de 2010 del Concejo Municipal de Bolívar (Cauca) mediante la cual se dio cumplimiento a dichas sanciones, removiéndolo del cargo de Personero Municipal de Bolívar que para entonces ocupaba.

1. La demanda

1.1. Hechos invocados en la demanda

1.1.1. El señor Lauro Eduardo Montilla ocupó el cargo de Alcalde Municipal del municipio de Sucre (Cauca), entre el 6 de abril de 2003 y el 6 de diciembre de 2005.

1.1.2. La Contraloría Departamental del Cauca encontró un hallazgo fiscal luego de una auditoría que realizó al municipio de Suárez, con ocasión del cual se le informó a la Procuraduría Provincial de Popayán sobre una “presunta irregularidad disciplinaria por la expedición de un cheque de gerencia girado por el Alcalde Municipal Lauro Eduardo Montilla Gómez y la Secretaria de Hacienda, Yasmín Muñoz Hoyos a nombre del señor Edinson Ordoñez, por la suma de \$6.908.792.00”¹.

1.1.3. En respuesta a esta comunicación, el 28 de abril de 2008 la Procuraduría Provincial de Popayán decidió abrir investigación disciplinaria contra Lauro Eduardo Montilla Gómez y Yasmín Muñoz Hoyos, en sus calidades de Alcalde Municipal y Secretaria de Hacienda del Municipio de Sucre, Cauca, para la época de los hechos.

1.1.4. El 29 de septiembre de 2008 la Procuraduría profirió pliego de cargos, “el cual fue notificado en legal forma y se contestó igualmente dentro del término legal respectivo”.

1.1.5. El 28 de agosto de 2009, se profirió decisión disciplinaria de primera instancia, imponiendo al señor Montilla Gómez la sanción de destitución del cargo e inhabilidad general por diez años, “acto administrativo que fue legalmente notificado al apoderado”.

1.1.6. Interpuesto recurso de apelación, la Procuraduría Regional del Cauca decidió confirmar la decisión de primera instancia, mediante Resolución No. 004 del 11 de junio de 2010.

1.1.7. “El fallo de segunda instancia fue notificado personalmente al abogado Lauro Eduardo Montilla Gómez, el día 19 de julio de 2010 y mediante Resolución No. 012 del 11 de agosto de 2010, el Concejo Municipal de Bolívar Cauca, le da

¹ Folio 110, Cuaderno Principal.

cumplimiento a dicho fallo retirándolo del cargo de Personero Municipal de Bolívar Cauca, el cual venía desempeñando desde el 6 de septiembre de 2008”².

1.2. Normas violadas y concepto de violación

El actor en su demanda identifica así las normas que considera violadas por los actos administrativos demandados: Constitución Política, artículo 29; Ley 734 de 2002, artículos 6, 128, 142, 163-2 y 170-3.

El concepto de violación se explica así en la demanda:

En cuanto al artículo 29 de la Constitución y el artículo 6º de la Ley 734 de 2002, que consagran el derecho al debido proceso y sus garantías consustanciales, en asocio con los artículos 128 (“Necesidad y carga de la prueba”), 142 (“Prueba para Sancionar”), 163 (“Contenido de la decisión de cargos”) y 170 (“Contenido del fallo”) de la Ley 734 de 2002, se indica que hubo una irregularidad en la identificación de la norma que se consideró violada:

“Tanto la doctrina como la jurisprudencia son coincidentes al afirmar de que (sic) en el auto de cargos se exige una perfecta adecuación típica, por ello se debe verificar la norma violada en el momento de los hechos y citar específicamente los numerales o literales cuando una norma señale pluralidad de deberes y sólo sea uno de ellos el incumplido, para evitar la violación del principio de legalidad y tipicidad.

En el evento que nos ocupa se observa una irregularidad dentro del Pliego de Cargos que afecta el debido proceso y el derecho de defensa de acuerdo con lo expuesto.

Dicha irregularidad es la siguiente:

A folio 13 del Pliego de Cargos se cita entre otras como norma violada el numeral 3º del artículo 48 del Código Disciplinario Unico y a folio 17 en el párrafo 2 del acápite CALIFICACION DE LA NATURALEZA DE LA FALTA Y FORMA DE CULPABILIDAD, se consigna: ‘Teniendo en cuenta que la conducta constitutiva de falta disciplinaria, se tipifica en el artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Unico, se determina como Falta Disciplinaria Gravísima, y será ésta la definición que en esta etapa se le dará a la misma’.

De lo antes expuesto se observa una manifiesta contradicción, puesto que mientras a folio 13 se cita como norma presuntamente violada, el numeral 3º del artículo 48 del Código Disciplinario Unico, a folio 17 se consigna de que (sic) la conducta constitutiva de falta disciplinaria tipificada es la consignada en el artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Unico, el cual se refiere a un asunto sustancialmente diferente. Por lo tanto en ese orden de ideas se concluye que se ha presentado una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y también el derecho de defensa acorde con lo estipulado con el artículo 143 del Código Disciplinario Unico. (sic)

Respecto al asunto objeto de debate ha dicho la Procuraduría Primera Delegada en Contratación Estatal: ‘Entre las actividades que permiten una defensa efectiva de las imputaciones efectuadas, se encuentran la toma de posición del investigado frente a los reproches formulados en contra, y la consideración, al momento de proferir una decisión de fondo, de los distintos puntos de vista sometidos a discusión.

Para el ejercicio de estos derechos, aquel puede exponer sus argumentos, solicitar las pruebas que los fundamentan y controvertir las allegadas en su contra.

Ahora bien, el derecho de defensa supone, no solamente la existencia de oportunidades procesales para su ejercicio, sino como se señaló con antelación, la comprensión completa de las imputaciones formuladas en un proceso determinado.

² Folio 111, Cuaderno Principal.

Con el ánimo de garantizar la claridad en la formulación de los cargos y, en consecuencia, el derecho de defensa del disciplinado, la Ley 734 de 2002, exige que éstos se efectúen de conformidad con las reglas que, taxativamente, se señalan en ella. Así los cargos deberán elaborarse, en todos los casos, observando las reglas del artículo 163 de dicha ley (...) (Fallo de nulidad del 12 de septiembre de 2008. Expediente No. 087-3555 Oficina de Origen, Procuraduría Regional del Cauca).

De otra parte también se observa a folio 14 del Pliego de Cargos que la Procuraduría Provincial de Popayán cita como norma violada por el disciplinado el artículo 113 del Decreto 111 de 1996 el cual dispone: 'Los ordenadores y pagadores serán solidariamente responsables de los pagos que efectúen sin el lleno de los requisitos legales. (...)'

Y al respecto agrega: 'El representante legal del Municipio de Sucre quebrantó las normas contenidas en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, como quiera que en su calidad de ordenador del gasto resultaba evidente que junto con la Secretaria de Hacienda y Tesorera Municipal eran los únicos autorizados para efectuar el retiro de recursos de la cuenta corriente de la entidad Bancafé (...)'

Al analizar el artículo 113 del Decreto 111 de 1996 como norma violada por el disciplinado, lo primero que debe tenerse en cuenta, es cuál es el contexto dentro del cual se encuentra ubicado dicho artículo, y claramente se observa que el mismo hace parte del capítulo XVII de dicho Decreto denominado De las Responsabilidades Fiscales, luego incurre en un gran error la Procuraduría Provincial al imputarle a mi poderdante, el señor Lauro Eduardo Montilla Gómez, responsabilidad solidaria en un proceso disciplinario; cuando el contexto de la norma habla es de Responsabilidades Fiscales, tiene tanto asidero esta afirmación que la misma norma le asigna a la Contraloría General de la República la obligación de velar por el estricto cumplimiento de dicha disposición.

Además de lo anterior, ya está claramente definido que la responsabilidad disciplinaria es subjetiva e individual y no solidaria como afirma la Procuraduría Provincial de Popayán, tomando de manera equivocada como fundamento el artículo 113 del Decreto 111 de 1996.

Para el caso que nos ocupa la misma Procuraduría General de la Nación y la Corte Constitucional coinciden en afirmar que la responsabilidad del superior es independiente a la del subordinado, por lo tanto dicha responsabilidad jamás puede ser solidaria. En consecuencia se está infringiendo claramente el debido proceso contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 6º de la Ley 734 de 2002.³

Por otra parte, se sustenta la supuesta violación de las normas del Código Disciplinario Unico atinentes al recaudo y valoración probatorios así:

"En cuanto a la violación de los artículos 142; 163-5 y 170-3, relacionados con la prueba que debe obrar dentro del proceso para sancionar y el análisis de las mismas es preciso manifestar que el operador disciplinario, en este caso, la Procuraduría Provincial de Popayán con fundamento en un fallo de primera instancia de la Viceprocuraduría General de la Nación, manifiesta que el incremento patrimonial indebido a la luz del Derecho disciplinario, por ser de mera conducta sólo requiere como prueba, la obtención de dineros o bienes infraccionando el deber como servidor público.

Respecto a la posición asumida por la Procuraduría Provincial relacionada con la necesidad de probar el incremento injustificado, sentencia C-310 del 25 de junio de 1997 proferida en demanda de constitucional contra el artículo 25-4 de la Ley 200 de 1995 lo siguiente: (sic)

'El incremento patrimonial debe entonces ser demostrado, en el caso a que alude la disposición impugnada, por la autoridad competente para investigar y sancionar al servidor público, pues la carga de la prueba le corresponde al Estado. El Estado debe entonces probar la existencia material del ilícito o del injusto típico, esto es, de los elementos que conforman su tipicidad y antijuridicidad, así como la responsabilidad subjetiva de la persona, esto es, la culpabilidad, pues una persona sólo puede ser condenada conforme a una ley preexistente y observando la plenitud de las formas del juicio (29 C.P.)' (sic)

³ Folios 115-117, Cuaderno Principal.

En el caso que nos ocupa, contrario a lo que en su momento opinó el operador disciplinario, sí se requiere demostrar materialmente el ilícito disciplinario en tratándose del incremento patrimonial injustificado.

En el caso sub examen a título de referencia es pertinente, manifestar que el actor, Lauro Eduardo Montilla Gómez, fue sancionado disciplinariamente por incremento patrimonial injustificado a favor de tercero de conformidad con lo previsto por el inciso 2º, del numeral 3 del artículo 58 de la Ley 734 de 2002 y el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Patía Cauca, condenó penalmente al señor Edison Orlando Ordóñez, persona a la cual se le giró el cheque de gerencia, motivo de la investigación disciplinaria, como autor del delito de abuso de confianza calificado contemplado en el artículo 250 del Código Penal⁴.

1.3. Pretensiones

El actor formula en su demanda las siguientes pretensiones:

“Primero. Que se declare la nulidad del Fallo de Primera Instancia del 29 de agosto de 2009 proferido por la Procuraduría Provincial de Popayán contra el Abogado Lauro Eduardo Montilla Gómez, identificado con la cédula de ciudadanía número 10.544.811 de Popayán, en su calidad de Alcalde Municipal de Sucre Cauca, para la época de los hechos y se sanciona con destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos por el término de diez (10) años.

Segundo. Declárese igualmente la nulidad de la Resolución número 004 del 11 de junio de 2010 proferida por la Procuraduría Regional del Cauca y mediante la cual se resuelve el recurso de Apelación impetrado contra el fallo de primera instancia.

Tercero. Igualmente se declare la nulidad de la Resolución número 012 del 11 de agosto de 2010 proferida por el Concejo Municipal de Bolívar Cauca mediante la cual se da cumplimiento a una decisión sancionatoria impuesta por la Procuraduría Provincial en contra del abogado Lauro Eduardo Montilla Gómez.

Cuarto. Que se condene a las entidades demandadas al pago de los salarios, primas, reajuste o aumentos de sueldo y demás emolumentos que el demandante deje de percibir por el término que le faltaba para terminar el período como Personero Municipal de Bolívar Cauca.

Quinto. Para los efectos de prestaciones sociales en general, se declarará que no ha existido solución de continuidad en la relación laboral del abogado Lauro Eduardo Montilla Gómez en el cargo de Personero Municipal de Bolívar Cauca.”⁵

1.4. Pruebas aportadas y solicitadas en la demanda

El demandante aportó como anexos de su demanda copias auténticas de los actos administrativos demandados de nulidad, así como del pliego de cargos formulado el 29 de septiembre de 2008 en el curso del proceso disciplinario demandado. Igualmente aportó copia de la sentencia del 30 de noviembre de 2009 en la que se condenó penalmente al señor Edison Orlando Ordóñez Quiñóñez. Estos documentos se reseñan en lo pertinente en el acápite 4 de la presente providencia.

2. Envío del proceso por competencia al Consejo de Estado

⁴ Folios 117-118, Cuaderno Principal.

⁵ Folios 111-112, Cuaderno Principal.

El presente proceso fue promovido inicialmente ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Popayán. Repartido al Juzgado Quinto Administrativo de Popayán, el 24 de noviembre de 2010 fue remitido por dicho Despacho al Consejo de Estado, acogándose la tesis sostenida desde 2006 por esta Corporación sobre su propia competencia en única instancia para conocer de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho contra sanciones disciplinarias administrativas que impliquen retiro temporal o definitivo del servicio⁶.

Recibido el proceso, tras la constatación del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad y específicamente del atinente a la realización de conciliación prejudicial, el Consejero Ponente resolvió admitir la demanda mediante Auto del 25 de noviembre de 2011⁷, que fue debidamente notificado en forma personal a la Procuraduría General de la Nación y al agente del Ministerio Público; ordenó fijar el negocio en lista por diez días para los efectos previstos por el artículo 207-5 del Código Contencioso Administrativo, y reconocer personería a la apoderada de la parte demandante⁸. Igualmente solicitó a la entidad demandada el envío de los antecedentes administrativos de los actos acusados.

3. La contestación de la demanda

La Procuraduría General de la Nación no dio contestación a la demanda de la referencia. No obstante, presentó un escrito cuyo texto impreso indica que se está respondiendo a la demanda, pero que tiene una nota manuscrita en su encabezado que dice: "Ref: Alegatos de Conclusión". Por lo tanto, el contenido de este pronunciamiento se reseña en la sección 5 subsiguiente.

El Concejo Municipal de Bolívar (Cauca) se limitó a enviar a este proceso una copia de la Resolución No. 012 del 11 de agosto de 2010, en la cual se ejecutó la sanción disciplinaria impuesta por la Procuraduría al señor Montilla Gómez.

4. Pruebas obrantes en el expediente

⁶ Decisión del 24 de noviembre de 2010 del Juzgado Quinto Administrativo de Popayán; Folios 124-128, Cuaderno Principal.

⁷ Para efectos de sustentar la competencia de esta Corporación para conocer del presente asunto, en el Auto admisorio de la demanda del 28 de febrero de 2011 el Consejero Ponente citó la decisión adoptada el 18 de mayo de 2011 por la Sección Segunda, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado, Radicación No. 11001 03 25 000 2010 00020 00 (0145-2010).

⁸ Folios 143-145, Cuaderno Principal.

4.1. Decisiones adoptadas en el proceso disciplinario No. 115-2402-07.

Mediante Auto admisorio del 25 de noviembre de 2011, el Consejero Ponente solicitó a la Procuraduría General de la Nación que remitiera los antecedentes administrativos de los actos demandados. Esta solicitud fue atendida mediante oficio recibido el 16 de marzo de 2012, en el que la Procuraduría envió al presente proceso una copia completa del expediente disciplinario No. 115-2402-07.

De igual manera, el Concejo Municipal de Bolívar (Cauca) remitió una copia auténtica de la Resolución No. 012 de agosto 11 de 2010, demandada, la cual fue recibida en el Consejo de Estado el 9 de abril de 2012.

4.1.1. Pliego de cargos

El 29 de septiembre de 2008, en el curso del proceso disciplinario No. 115-2402-07, la Procuraduría Provincial de Popayán dictó pliego de cargos en contra de los investigados, señores Lauro Eduardo Montilla Gómez en su calidad de Alcalde del Municipio de Sucre (Cauca), y Yazmín Muñoz Hoyos, en su calidad de Secretaria de Hacienda y Tesorería Municipal de dicho municipio.

4.1.1.1. En primer lugar se reseñaron los antecedentes de la investigación disciplinaria.

4.1.1.2. Luego de precisar la identidad de los investigados y la actividad de recaudo probatoria realizada hasta ese momento procesal, el Procurador Provincial de Popayán realiza la descripción de la conducta investigada.

4.1.1.3. A continuación el Procurador Provincial describe las pruebas relevantes para formular los cargos contra el señor Montilla.

4.1.1.4. Acto seguido el Procurador Provincial invoca las normas que considera violadas, con su respectivo concepto de violación, así:

"NORMAS GENERALES Y ESPECIFICAS PRESUNTAMENTE VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

De acuerdo con el material probatorio que obra en el expediente y que se relaciona en el presente pliego de cargos, la Procuraduría Provincial de Popayán, le imputa al señor Lauro Eduardo Montilla Gómez en su condición de Alcalde Municipal de Sucre – Cauca,

para el día 22 de agosto de 2005, el haber transgredido presuntamente las siguientes normas:

CONSTITUCION POLITICA

ARTICULO 6: 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.

ARTICULO 209: La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

- Las normas anteriormente referidas se quebrantaron presuntamente por el señor Lauro Eduardo Montilla Gómez en su calidad de Alcalde Municipal de Sucre – Cauca, como quiera que el citado funcionario inobservó sus deberes como servidor público pues debió desarrollar su actuación con fundamento en los principios de moralidad, eficacia, e imparcialidad entre otros de los arriba señalados, que deben regir estrictamente las actuaciones de los funcionarios públicos, para lo cual deben ejercer sus funciones en la forma prevista en las normas de orden constitucional citadas, que establecen obligaciones a las personas que prestan sus servicios al Estado, lo cual se concretó en el caso bajo estudio en la actuación irregular al permitir el retiro de recursos de naturaleza pública sin el cumplimiento de los requisitos y trámites que le eran impondibles, dando lugar a que tales recursos con sus rendimientos obtenidos fueran retirados por interpuesta persona, operación de la cual no se dejaron consignados registros ni soportes, ni efectuando el seguimiento y control que necesariamente debía ser de su resorte, favoreciendo la apropiación de tales valores monetarios por parte del autorizado, y dando lugar en consecuencia al incremento del patrimonio del señor Edinson Ordóñez.

LEY 734 DE 2002

ARTICULO 48. FALTAS GRAVISIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:

3. Dar lugar a que por culpa gravísima se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o a cargo del mismo, o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía igual o superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, **en favor** propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga. (negrillas no originales)

- A través de la prueba recaudada se puede establecer que el señor Lauro Eduardo Montilla Gómez en su calidad de Alcalde Municipal de Sucre – Cauca, permitió que se incrementara injustificadamente el patrimonio del señor Edinson Orlando Ordóñez al conceder una autorización irregular para retirar la suma de \$6'908.792, a una persona que estaba vinculada a la administración municipal mediante una orden de prestación de servicios que no tenía dentro de sus funciones la del manejo, custodia y recepción de recursos, resultando además en una operación que fue realizada sin la correspondiente expedición de documentos o soportes respectivos para respaldar su consignación en los registros contables y/o financieros de la entidad territorial.

- Se puede colegir igualmente a partir del análisis de los medios probatorios obrantes en el expediente que el actuar abiertamente irresponsable e irregular del representante legal del municipio, señor Lauro Eduardo Montilla Gómez, permitió la expedición de un cheque de gerencia, que por las especiales características que ostenta en su calidad de título valor, y que fue otorgado en este específico caso con una total facultad de disposición, posibilitó que el autorizado tuviera pleno manejo de la suma retirada durante un lapso de diecisiete (17) meses y tres (3) días, y lo destinara a conceptos diferentes a los que legalmente debían destinarse, lo que de suyo implicó un costo de oportunidad para la entidad territorial en cuanto no pudo hacer efectiva la inversión que se efectuó con recursos públicos, aspecto que no puede subsanarse con el posterior pago de la suma retirada con sus intereses, por parte del señor Edinson Orlando Ordóñez Quiñones una vez se tuvo conocimiento de la presentación de la denuncia ante la Fiscalía General de la Nación,

puesto que en el evento que no se hubiera detectado tal irregularidad muy probablemente se hubiera dado lugar a la ocurrencia de fenómenos como la prescripción de las acciones penales, fiscales o disciplinarias.

- Es claro para el Despacho que el señor Lauro Eduardo Montilla Gómez incumplió de manera evidente con los deberes que le eran exigibles en su calidad de servidor público, y especialmente como representante legal del Municipio de Sucre, como quiera que no puede aceptarse que otorgue su autorización para el retiro de unos recursos públicos, sin que se diera cuenta de la operación realizada a través de registros y comprobantes que otorguen razón y testimonio de tal actuación, o por medio de los mecanismos normales que le exigían indagar y verificar la culminación efectiva y exitosa del trámite que había autorizado, reiterándose que la suma retirada de la institución financiera era el resultado de una inversión efectuada con dineros pertenecientes al patrimonio de la entidad estatal, cuyo manejo y correcta inversión le correspondía al haber suscrito la tantas veces aludida autorización, en su calidad de Alcalde Municipal, según disposiciones de orden constitucional y legal.

Decreto 111 de 1996

Artículo 113. Los ordenadores y pagadores serán solidariamente responsables de los pagos que efectúen sin el lleno de los requisitos legales. (...)

El representante legal del Municipio de Sucre quebrantó las normas contenidas en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, como quiera que en su calidad de ordenador del gasto resultaba evidente que junto con la Secretaría de Hacienda y Tesorería Municipal eran los únicos autorizados para efectuar el retiro de recursos de la cuenta corriente de la entidad Bancafé, y la pretendida justificación para que se entregara un cheque de gerencia a un tercero no tiene fundamento probatorio de conformidad con la prueba documental allegada al expediente, máxime si tenemos en cuenta que los ingresos derivados de las operaciones de inversión son recursos que necesariamente debe ingresar al presupuesto municipal, con el cumplimiento pleno de los requisitos legales para ello, a través de la elaboración de los registros correspondientes y con la emisión de los soportes respectivos, resultando en el caso que ahora se investiga que precisamente la carencia de tales requisitos redundó en un egreso de recursos económicos que eran de la órbita patrimonial de la entidad territorial.

Es del caso mencionar en cuanto a las características que ostenta el título valor que fue utilizado en la operación autorizada por el Alcalde Municipal Lauro Eduardo Montilla, el concepto de la entonces Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera), del mes de marzo de 2004, mediante concepto No. 2004005365-1, cuando dice:

‘No obstante lo anterior, en relación con el levantamiento de dichas restricciones valga señalar que aunque no existe una norma legal que le imponga tal deber al librador, la Corte Constitucional en fallo del año 2000 con ocasión de la revisión de exequibilidad de los artículos 734, 736 y 737 del Código de comercio expresó que no puede el girador abusar de las posibilidades que la ley de circulación del título ofrece, y por tanto, si bien está llamado a decidir en principio si cruza o no el cheque que expide, o si exige o no su abono en cuenta, debe retirar tales restricciones si así lo solicita la persona a cuyo favor se expide el cheque. La facultad del librador de restringir la negociabilidad o la forma de pago del cheque no tiene un carácter absoluto y se justifica en la medida en que mediante las restricciones se protege al mismo beneficiario del instrumento negociable, evitando que sea cobrado con facilidad por un tenedor ilegítimo.

(...) Así pues y dado el alcance de los fallos de la Corte, el librador del cheque estará llamado a levantar las restricciones impuestas en el título si así lo solicita la persona a cuyo favor se expide, pues si bien dichas restricciones se colocan a su favor éste puede renunciar a las mismas.’

Es claro entonces para el Despacho que con la irregular autorización expedida por el señor Lauro Eduardo Montilla a favor de un tercero que no estaba legitimado para el retiro de los recursos a través de la expedición de un cheque de gerencia por Bancafé, permitió que los recursos del Municipio de Sucre fueran retirados de una manera ágil y expedita por el autorizado, quien a través de lo consignado en el título valor, adquirió pleno poder de disposición del dinero recibido, concluyéndose entonces que la operación realizada confluye en todas las características de un pago realizado por la entidad territorial a través de los funcionarios que estaban facultados para ello, pero sin agotar las etapas y sin el

cumplimiento de los requisitos que las normas presupuestales señalan para ello.
Ley 136 de 1994

Artículo 91

(...) D) En relación con la Administración Municipal:

(...) 5. Ordenar los gastos y celebrar los contratos y convenios municipales de acuerdo con el plan de desarrollo económico, social y con el presupuesto, observando las normas jurídicas aplicables.

De conformidad con las disposiciones presupuestales a las que se hizo alusión con anterioridad, es evidente que el Alcalde Municipal es el ordenador del gasto en la entidad territorial y su compromiso con el mantenimiento de la conservación de los recursos económicos del presupuesto del municipio debe ser de un altísimo grado, sobre todo como se ha reiterado en esta providencia, cuando de por medio existe un resultado de inversiones de recursos municipales que de conformidad con las disposiciones presupuestales debe verse reflejado en el presupuesto, resultando claro para este Despacho de acuerdo con el material probatorio allegado, que el resultado de la autorización efectuada por el burgomaestre originó un egreso de recursos municipales, a través de un mecanismo que a todas luces contradujo la disposiciones presupuestales aplicables, esto es, el retiro de recursos por persona que no tenía las facultades para ello, y sin la expedición de los registros y soportes correspondientes.”⁹

4.1.1.5. Luego el Procurador Provincial establece que la falta es gravísima, califica su naturaleza y la forma de culpabilidad en la que habría incurrido el señor Montilla, así:

“GRAVEDAD O LEVEDAD DE LA FALTA

De conformidad con lo previsto en el Artículo 48 numeral 3 de la Ley 734 de 2002, la conducta se encuentra taxativamente señalada como falta gravísima, denominación que se le otorgará en esta etapa procesal.

CALIFICACION DE LA NATURALEZA DE LA FALTA Y FORMA DE CULPABILIDAD

El Código Disciplinario Unico, en su artículo 42 presenta la clasificación y connotación de las faltas, señalando que estas se clasifican en gravísimas, graves y leves, dado que las gravísimas están expresamente señaladas en el código, con fundamento en los criterios señalados en el artículo 43 se determina si esta es grave o leve.

Teniendo en cuenta que la conducta constitutiva de falta disciplinaria, se tipifica en el artículo 48 numerales 31 de la Ley 734 de 2002, (sic) Código Disciplinario Unico, se determina como Falta Disciplinaria GRAVISIMA, y será esta la definición que en esta etapa se le dará a la misma.

(...) Encontrándose entonces que en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, siendo ésta sancionable a título de dolo o culpa, según lo consagrado en el Artículo 13 de la Ley 734 de 2002, este Despacho considera que la falta cometida por el señor Lauro Eduardo Montilla Gómez como Alcalde Municipal de Sucre – Cauca, al permitir que una tercera persona por él autorizada, en este caso el señor Edinson Ordóñez, cobrara la suma de \$6'908.792 que correspondía a los rendimientos derivados de la inversión de \$200'000.000 en un Plan de Inversión de Colseguros S.A., sin que se dejara consignada tal operación a través de los soportes o registros respectivos, o en su defecto acudir a los mecanismos correspondientes de indagación o verificación de la utilización que se diera al dinero, fue realizada a título de culpa gravísima en razón de que no es factible pregonar que se autorice a un tercero para realizar una operación tan delicada como es el retiro de recursos de carácter público sin que se deje constancia documental que de cuenta de lo ejecutado o se verifique posteriormente el cumplimiento de lo autorizado, como quiera que el señor Montilla Gómez como representante legal y ordenador del gasto del municipio era consciente que la suma retirada de la cuenta

⁹ Folios 233-238, Cuaderno No. 3.

corriente No. 307-11541-0 de Bancafé correspondía a los rendimientos de la inversión de \$200'000.000 que él mismo había realizado, la cual según información suministrada por el Representante Legal de Colseguros fue cancelada 'el 18 de agosto de 2005, por solicitud del municipio'.

El título de culpabilidad entonces se soporta en que s  existió la diligencia por parte de los funcionarios que tenían la facultad del manejo de las cuentas corrientes del municipio de Sucre en la entidad Bancafé, para solicitar la cancelación del título el día 18 de agosto de 2005, cuyo valor de \$207'918.803 fue cancelado por Colseguros el día 19 de agosto del mismo año en la cuenta corriente 307115410 y procedió a suscribir la autorización el día 22 de agosto de 2005 para que se retirara tal suma por el señor Edinson Ord n ez Quiñones, no se entiende por este Despacho que se desatienda el compromiso de documentar tal operación y/o además de conocer el destino final de los recursos que pertenecían al municipio de Sucre, lo cual vino a derivar como se ha probado en el plenario, al ingreso de tales recursos al patrimonio del tercero autorizado, siendo deplorable la actitud de los funcionarios públicos que nunca le 'hicieron cobro de dicha plata' según lo declarado bajo juramento por el señor Ord n ez Quiñones y que solamente se percataron de tal situación cuando fueron enterados de las diligencias adelantadas por la Fiscalía de El Bordo – Cauca, que culminó con la consignación de una suma de dinero el día veinticinco (25) de enero de dos mil siete (2007), es decir, más de un año y cinco meses después de otorgarse la precitada autorización, lo cual contradice evidentemente los principios de la función administrativa, así como las obligaciones y deberes que son exigibles a los funcionarios públicos, de conformidad con la normatividad constitucional y legal.

(...) Y es que tal culpa gravísima se entiende por el Despacho, en lo concerniente a la responsabilidad que concierne al Alcalde Municipal en la correcta y debida inversión de los recursos que son asignados a la entidad territorial que representa, entendiéndose que la suma que avaló retirar por el señor Edinson Orlando Ord n ez Quiñones correspondía a los rendimientos de \$200'000.000 que en ningún momento eran de propiedad del señor Montilla Gómez para que fueran invertidos a su antojo, en razón del carácter de dineros públicos que ostentaban, lo cual derivaba en la necesidad de administrarse con el mayor celo y cuidado, máxime cuando se trata del rendimiento de sumas elevadas que requerían de un manejo diligente, de la efectiva y real consignación de las operaciones que derivaban de su inversión y destino, con lo cual se pretende evitar las indebidas asignaciones o pérdida de tales recursos, que como en el caso que ahora estudia el Despacho conllevó a la utilización por un tercero que no ostentaba causa justificada para que ingresara a su patrimonio personal, actuación que no necesita mayor análisis para entender que si en asuntos cotidianos se requiere de informes sobre el resultado de las operaciones financieras que se realizan por terceras personas, es de elemental y obvia naturaleza que el servidor público debe verificar la correcta utilización de recursos del patrimonio estatal de los cuales ha autorizado su manejo a terceros como en el caso investigado, tratándose en definitiva y reiterando lo antes señalado por el tratadista Sánchez Herrera, de aquello que evidente e imprescindiblemente debió realizar el funcionario Lauro Eduardo Montilla G mez¹⁰.

4.1.1.6. A continuación el Procurador Provincial procede a examinar y rebatir los distintos argumentos de defensa esgrimidos por el señor Montilla.

4.1.1.7. En la segunda mitad de la providencia, el Procurador examina la situación jurídica de la funcionaria Yazmín Muñoz Hoyos.

4.1.1.8. Finalmente, en la parte resolutive se formularon los siguientes cargos:

“Por lo anteriormente expuesto, el Procurador Provincial de Popayán, Cauca, en uso de sus atribuciones legales,

RESUELVE:

¹⁰ Folios 238-243, Cuaderno No. 3.

PRIMERO: Formular el presente pliego de cargos al señor Lauro Eduardo Montilla Gómez identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 10.544.811, en su calidad de Alcalde Municipal de Sucre (Cauca), para la época de los hechos.

SEGUNDO: Formular el presente pliego de cargos a la señora Yazmín Muñoz Hoyos identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 34.560.098, en su calidad de Secretaria de Hacienda y Tesorería Municipal de Sucre (Cauca), para la época de los hechos.

TERCERO: Notificar el presente pliego de cargos de conformidad con lo establecido en el Artículo 165 de la Ley 734 de 2002, haciéndole saber a los notificados que disponen de un término de 10 días para presentar sus descargos, solicitar y aportar las pruebas que consideren necesarias para su defensa, tiempo durante el cual el expediente permanecerá a su disposición en la Secretaría de esta Procuraduría Provincial. (...)”¹¹

4.1.2. Decisión que resolvió una petición de nulidad invocada por el disciplinado

El 31 de julio de 2009, el abogado del señor Montilla presentó una solicitud de nulidad del pliego de cargos del 29 de septiembre de 2008, alegando –entre otras– una razón idéntica a la que ha esgrimido en el presente proceso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, a saber, que no se precisó en forma adecuada la norma que se consideró violada con su actuación. Esta solicitud de nulidad fue resuelta por el Procurador Provincial mediante providencia del 10 de agosto de 2009, que la denegó.

4.1.3. Decisión sancionatoria de primera instancia

El 28 de agosto de 2009, la Procuraduría Provincial de Popayán profirió fallo sancionatorio de primera instancia contra los señores Lauro Eduardo Montilla Gómez y Yazmín Muñoz Hoyos. Teniendo en cuenta que el cargo contra esta decisión sancionatoria se ha centrado en su manejo y valoración de la prueba, así como en la subsunción típica que realizó del comportamiento del disciplinado, se transcriben a continuación los apartes pertinentes:

“(…) Procede el Despacho a evaluar, con base en los medios probatorios allegados al expediente, así como los descargos y las alegaciones presentadas por la defensa, si la conducta de los implicados, en su calidad de funcionarios del Municipio de Sucre (C) para la fecha de los hechos es merecedora de recriminación disciplinaria, analizando para ello si el comportamiento reprochado en el pliego de cargos se estructura como falta disciplinaria y determinando la consecuencia jurídica de ello.

De la ilicitud sustancial

(…) Piedra angular en materia disciplinaria lo constituye el principio rector contemplado en el Artículo 5º de la Ley 734 de 2002 según el cual: ‘La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna’. (...)

Bajo los argumentos expuestos, la conducta que examinamos en el presente asunto se resume en la autorización que el señor Lauro Eduardo Montilla y la señora Yazmín Muñoz

¹¹ Folio 265, Cuaderno No. 3.

en su calidad de Alcalde y Tesorera del Municipio de Sucre respectivamente, dieron al señor Edinson Ordóñez, para que la Entidad Financiera Bancafe de la ciudad de Popayán, expidiera un cheque de gerencia a nombre del señor Edinson Ordóñez por la suma de \$6'908.792 quien se desempeñaba como mensajero y conductor de la Alcaldía Municipal de Sucre para la época de los hechos, con el agravante de que estos recursos públicos no fueron consignados en la Cuenta del Ente Territorial a la que correspondían, sino que fueron utilizados para suplir intereses particulares de quien se encargó de recibir el referido título y solo fueron reintegrados un año y medio después a raíz de los procesos fiscal y penal que por tales hechos se adelantaron. Sobre lo expuesto obra – el oficio de 22 de agosto de 2005 (fl. 13), suscrito por el señor Alcalde Municipal Lauro Eduardo Montilla y la Secretaria de Hacienda Yazmín Muñoz, mediante le cual efectúan la autorización, obra también la copia del cheque de gerencia a nombre de Edinson Ordóñez por valor de \$6'908.792 pagados por la Institución Financiera Bancafé (fl. 14), como prueba de que el valor fue retirado por este, y como prueba de la no consignación está el dicho del señor Edinson Ordóñez, recogido en su declaración del 31 de agosto de 2007 (fl. 63-66) donde manifiesta que no consignó el dinero que se le había autorizado cobrar por problemas de índole familiar, además figura como documentos el formato 20G de Rendición de Cuenta Fiscal – Estado de Fondos - Entidades Territoriales correspondiente al Municipio de Sucre (fl. 15) donde se advierte que no hay soporte sobre la consignación de los rendimientos financieros correspondientes a los \$6'918.803 que inicialmente se había autorizado retirar.

Analizado el hecho, en sí mismo considerado, se evidencia que se aparta de los cánones que rigen la función administrativa, pues lo más lógico es que los recursos públicos se manejen con el mayor celo posible por el destino que estos deben cumplir como es el atender necesidades de interés general, el hacerlo de otra manera donde se corra el riesgo siquiera de que estos vayan a suplir necesidades de otra índole, diferentes a los del interés general, se aparta de las directrices que rigen los principios básicos que soportan el Estado Social de Derecho, tan es así que comportamientos como el aquí analizado está enlistado dentro de las actuaciones que el Artículo 48 tipificó como faltas gravísimas al consagrar en su numeral 3º inciso 2º que se constituye como falta de este orden el '...incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, a favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga', tal como quedó suficientemente analizado en el pliego de cargos. Al encajar el supuesto fáctico en la disposición legal citada se evidencia más fácilmente lo sustancial de la conducta para el derecho disciplinario, a pesar que con la conducta además se vulneraron otras normas del Derecho positivo, como los artículos 6 y 209 de la Constitución Política, 113 del Decreto 111 de 1996 y 91 de la ley 136 de 1994 según el razonamiento esbozado en el Pliego de Cargos.

Uno de los aspectos importantes que en los descargos se presenta como argumento de defensa es el hecho de que la suma contenida en el numeral 3 del Artículo 48 de la Ley 734/2002 (500 salarios mínimos legales mensuales) sobrepasa el valor recurso contenido en el cheque de gerencia, (sic) lo que en principio no estructuraría la gravedad de la falta calificada por el Despacho, y por ello, la forma como se ha tasado la gravedad de la falta, no correspondería a lo previsto en la norma, ya que para ello la cuantía debía haber sido \$190'750.000 según el salario mínimo de la época, agrega, que además no se han perdido, extraviado ni dañado bien alguno del Estado, pues el recurso que no se consignó debidamente, se encuentra al igual que el rendimiento producido, en el Banco Agrario de la localidad del Bordo; para ello basta decir que no es propiamente el inciso primero del numeral 3º del artículo 48 Ibídem en donde se tipifica la falta, sino en su inciso 2º por el incremento injustificado indirectamente a favor de un tercero y en este aspecto sí pierde relevancia el valor del incremento tal como se explica en fallo de primera instancia de 31 de marzo de 2004, expediente No. 154-55912-01 de la Viceprocuraduría General de la Nación, el cual se analizó suficientemente en el pliego de cargos, pero que por importancia para el asunto aquí tratado y por su claridad especialmente en este tema, se retoma nuevamente para descartar cualquier confusión que en este aspecto pueda presentarse.

Dijo el Ministerio Público sobre el incremento patrimonial injustificado en este importante fallo:

'La falta disciplinaria es de mera conducta esto es, que basta con la infracción al deber de la conducta típicamente antijurídica acompañada obviamente de la ilicitud sustancial como antijuridicidad, es decir que la infracción al deber afecte claramente la función pública en su calidad (intuitu personae); en consecuencia el incremento a que alude la Ley disciplinaria difiere del delito de enriquecimiento ilícito, dado que en el primero el resultado

se tiene como condición de la falta, contrario sensu en el delito subyace de su misma naturaleza, el resultado y la vulneración al bien jurídico tutelado.

Entonces lo indebido e injustificado patrimonialmente difiere ostensiblemente de lo que se denomina enriquecimiento ilícito porque en este caso dado el efecto de resultado requiere de prueba técnica, mientras que en el incremento indebido a la luz del Derecho disciplinario, por ser de mera conducta sólo requiere como prueba, la obtención de dineros o bienes infraccionando el deber como servidor público, sin importar el que sea desproporcionado basta con que se verifique y se pruebe el simple incremento de manera indebida, bien sea para sí o a favor del tercero afectando la función pública con ese comportamiento, diferente a la prueba de la violación o puesta en peligro de un bien del código penal y su resultado en el caso de estudio pues aquí estamos de cara a una conducta típica antijurídica y culpable' (negrilla y subrayado fuera de texto).

Así como el hecho de que el monto sea desproporcionado no es tan importante en la configuración del incremento indebido como causal típica de la falta gravísima que este acto produce, tampoco lo es, el hecho de que los dineros finalmente se devuelvan, lo cual puede constituir un atenuante en la graduación de la sanción, pero sin que ello libere la responsabilidad.

Lo expuesto en el aparte del fallo pretranscrito, sirve también para desvirtuar lo argumentado por el apoderado del señor Lauro Montilla en sus alegatos de conclusión, pues en estos casos no se requiere sine cuanon, (sic) el balance general de los negocios del señor Edinson Orlando Ordóñez al cierre del año 2.005, para demostrar la conducta endilgada tal como se pretende, pues basta que haya certeza respecto del incremento injustificado con base en elementos de prueba legalmente allegados al proceso y que sean pertinentes, conducentes e idóneos, no estando sometida esta probanza a una tarifa legal en materia disciplinaria para que se configure la falta y se derive la responsabilidad a que haya lugar.

Otro aspecto importante que debe ser objeto de análisis es el referido al dicho del apoderado del disciplinado Lauro Montilla cuando afirma que, dado que la transacción ordenada por su procurado no fue ni un pago ni un gasto no se le podría imputar la conducta como transgresora del artículo 113 del Decreto No. 111 de 1996 y numeral 5 literal D) del artículo 91 de la ley 136 de 1994.

Para ello debe decirse que precisamente el hecho de que el dinero autorizado al señor Edinson Ordóñez no tuviere un respaldo en una actuación regular producto de una obligación legal del Ente Territorial en favor suyo, llámese contrato, orden de pago mediante acto administrativo producto de orden judicial, etc., es lo que hace precisamente que la autorización en las condiciones en que se dio, violente tales preceptos normativos, ya que si la autorización sobre esos recursos constituyeran un reembolso por una actuación legal, (sic) por supuesto que se estaría actuando bajo las prescripciones del Estatuto Orgánico del Presupuesto y lo mismo puede decirse de la norma que determina al Alcalde como el Ordenador del Gasto del Municipio, pues siempre que la acreencia estuviese dentro de los parámetros legales para ordenar el desembolso el Representante de la Entidad hubiese podido hacerlo sin ningún tipo de problema, pero lo cierto es que la autorización de esos dineros no estuvo enmarcados en ninguna de estas figuras y por lo mismo se evidencia la transgresión de las normas que las estipulan.

La autorización que hiciera el señor Lauro Eduardo Montilla y Yazmin Muñoz al Entidad Bancaria Bancafé se realizó de la siguiente manera: 'Comedidamente solicitamos a Ustedes nos colaboren con la expedición de un cheque de Gerencia a nombre de Edinson Ordóñez, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.497.803 de Santander (Cauca) por valor de Seis Millones Novecientos Ocho Mil Setecientos Noventa y Dos pesos (\$6.908.792), debitado de nuestra Cuenta corriente No. 307-11541-0' al igual que el valor del mismo'. La forma tan escueta y descuidada en que se hace la autorización para que los recursos entren al patrimonio del contratista sin ningún condicionamiento es lo que hace que la actuación no se atempere a las previsiones de las normas antes señaladas y por ende las vulneren.

Conforme lo ha sostenido la Superintendencia Bancaria, el cheque de gerencia 'es un título valor de contenido crediticio que, como el cheque corriente, contiene una orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero con la característica especial de que el importe de ese valor se provisiona previamente según pacto realizado con el cliente

y con cargo a las dependencias del establecimiento bancario que ha librado el título valor'. Esa orden incondicional sobre unos recursos que se saben ciertos, mediante un título valor de estas características es lo que permitió que el recurso público fuera retirado de una manera, tan ágil, tan expedita para que entrara en la órbita de un particular sin un respaldo legal es lo que precisamente violenta las citadas normas.

Corolario de todo lo anterior es que la conducta de desvalor, es decir contraria a derecho se cometió y se encuentra debidamente probado que tal ilicitud es sustancial, por lo tanto es deber del Operador Disciplinario continuar con análisis de fondo para determinar si se presentan los demás elementos que configuran la falta disciplinaria.

La conducta objeto de reproche en este caso se endilga al señor Lauro Eduardo Montilla y la señora Yazmin Muñoz en su calidad de Alcalde y Tesorera del Municipio de Sucre respectivamente, (fl. 215) para la fecha de los hechos, por lo tanto ostentaban la calidad de servidores públicos y como tal la de Sujetos Disciplinable y establecido como está, que la conducta planteada por su ilicitud sustancial interesa al Derecho Disciplinario y se encuentra tipificada en el inciso 2 del numeral 3 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, se hace necesario ahora entrar a analizar la culpabilidad como elemento trascendental para determinar si realmente se estructura la falta disciplinaria."¹²

Hechas las anteriores reflexiones, el Procurador Provincial procedió a determinar la culpabilidad con la que obró el señor Montilla, así:

"Como ya antes se puntualizó, la conducta reprochada para los dos disciplinados en el presente proceso es producto del mismo hecho consistente en que los dos autorizaron en forma irregular la expedición de un cheque de gerencia a nombre del señor Edinson Orlando Ordóñez Quiñones, por valor de \$6.908.792 (Revisar Valor exacto) (sic) dineros que fueron retirados por este, entraron a su pecunio y no fue sino un año y medio después que los reintegró mediante una consignación del día 25 de enero de 2007 a raíz de las diligencias que por estos hechos adelantaba la Fiscalía del Bordo Cauca.

El señor Edinson Quiñones, actuaba en calidad de contratista de prestación de servicios, según orden de servicios No. 132 del 7 de junio de 2005, durante el período comprendido entre el 7 de junio y el 30 de septiembre de 2005 y sus actividades estaban puntualizadas de la siguiente manera:

- '1. Coordinar y manejar el servicio de mensajería de la Alcaldía Municipal de Sucre en la ciudad de Popayán, disponiendo de todo lo necesario para la recepción y entrega de documentos oficiales y otros elementos de los que eventualmente se tenga necesidad de autorizar.
2. Prestar el servicio de conducción del vehículo automotor de placas NKN 001, entregado bajo la figura jurídica de comodato al Municipio de Sucre por parte de la Dirección Nacional de Estupefacientes, en todos los desplazamientos de carácter oficial.
3. Responsabilizarse de las tareas de mantenimiento del vehículo de placas NKN 001, en estricta observancia de lo dispuesto en el acta de entrega, en la cual aparece Usted como responsable'.

No se encontraba entonces el señor Edinson Ordóñez, facultado mediante el contrato que lo ligaba con el Municipio de Sucre para realizar el retiro que había autorizado el Alcalde y la Secretaria de Hacienda y Tesorera del citado Municipio.

El pretender adelantar este tipo de transacción bancaria que se requería para el Municipio, de la manera tan ligera, desprevenida y descuidada como se hizo es lo que demuestra que la falta disciplinaria se cometió por la desatención elemental en cabeza del señor Lauro Eduardo Montilla Gómez, tanto en la autorización como en la confirmación de la diligencia, quien para la época de esos hechos se desempeñaba como Alcalde del Municipio de Sucre y por tanto ordenador del gasto. Más allá de que el mecanismo mediante el cual se pretendió realizar la diligencia no era el legal por la incompetencia de la persona autorizada, el no haber verificado el cumplimiento de lo autorizado y ejecutado es lo que demuestra que faltó el deber objetivo de cuidado, más aún frente a una diligencia que se sabía que no era la más idónea ni legal, no realizó lo que era obvio e imprescindible después de la autorización en las circunstancias y con la persona con

¹² Folios 426-430, Cuaderno No. 3.

quien se hizo, quien era un particular que prestaba un servicio para con el ente territorial pero para otros menesteres; con ello se evidencia el supuesto legal que comporta la norma para establecer cuando hay culpa gravísima (parágrafo Art. 44 L. 734/2002), y aunque la desatención elemental es la circunstancia más clara demostrada en el presente asunto para que la falta se cometiera a título de culpa gravísima, también se evidencia ignorancia supina como otra de las circunstancias que llevan a que se reafirme que la falta fue cometida con culpa gravísima, para ello es necesario traer a colación la sentencia C 948 de 2002 cuando la Corte Constitucional al efectuar el análisis de los cargos contra la expresión 'o realizados con culpa gravísima' contenida en el numeral primero y contra el parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, señaló sobre esta definición lo siguiente: 'Obsérvese que se considera culpa gravísima en primer término la ignorancia supina, que define el diccionario de la lengua de la Real Academia Española como 'la que procede de negligencia en aprender o inquirir lo que puede y debe saberse'. Es decir que se considera como culpa gravísima la negligencia del servidor que pese a tener el deber de instruirse a efectos de desempeñar la labor encomendada decide no hacerlo'. En este caso es claro que el señor Lauro Montilla, al ser el Alcalde y por ende el ordenador del Gasto del Ente Territorial debía saber o haber analizado o por lo menos haber tomado los controles de rigor sobre la irregular conducta que se estaba cometiendo. Y no es que se le exige que debiera saber (sic) que el señor Edinson Ordóñez fuera a tomar para sí los recursos públicos que se le encomendaban retirar de la Entidad Bancaria, pero por lo menos sí actuar de manera más diligente, el no hacerlo fue lo que permitió que esta persona incrementara injustificadamente su patrimonio.

Tampoco se le exige al disciplinado que hubiera arriesgado su vida para que la transacción se realizara por sí mismo si no se podían seguir los derroteros que para estas diligencias están establecidos, (sic) porque efectivamente con los medios de prueba aportados con el escrito de descargos y los practicados según solicitud de los disciplinados, se demuestra que en la localidad de Sucre, como en la de muchos otros Entes territoriales, para esa época se presentaba una situación anormal en cuanto al orden público lo que eventualmente hubiese podido poner en peligro la vida de los funcionarios en sus desplazamientos, pero lo que se pide es que se debió ser por lo menos un poco diligente en cuanto a la verificación de lo encomendado, situación que tampoco se excusa por el hecho de que los equipos de cómputo, que para la fecha de los hechos presentaron algún tipo de falla como se deja entrever con las pruebas de descargos, porque su comprobación no requería el manejo complicado de algún tipo de programa, sino con la simple indagación a la entidad financiera en donde debían ser consignados los recursos a que hacemos referencia, ya sea vía telefónica o por escrito tal como se hizo la autorización, lo cierto es que nunca se adelantó tal indagación y fue solo a raíz de los procesos penales y fiscales que se decidió devolver el dinero, todo lo cual reafirma la realización de la conducta a título de culpa gravísima.

Por lo anterior, Lauro Eduardo Montilla Gómez deberá responder disciplinariamente por los hechos relatados y probados en el proceso, por lo que la presunción de inocencia que lo ampara se da por desvirtuada, como en efecto se decidirá.¹³

Por estas razones, la Procuraduría resolvió imponer al señor Montilla las sanciones de destitución del cargo e inhabilidad general por diez años.

El actor interpuso recurso de apelación contra esta decisión sancionatoria.

4.1.4. Decisión de segunda instancia

El 11 de junio de 2010, la Procuraduría Regional del Cauca resolvió confirmar la decisión sancionatoria impuesta al señor Montilla. El demandante no formuló cargos ni argumentos específicamente en contra del contenido de esta providencia o de la

¹³ Folios 430-433, Cuaderno No. 3.

decisión allí adoptada, más allá de pedir su anulación.

4.1.5. Resolución de ejecución de la sanción disciplinaria

Mediante Resolución No. 012 del 11 de agosto de 2010, el Concejo Municipal de Bolívar (Cauca) le dio cumplimiento a la decisión disciplinaria sancionatoria proferida por la Procuraduría, retirando al señor Montilla del cargo de Personero Municipal de Bolívar (Cauca), que ocupaba desde el 6 de septiembre de 2008. El demandante no formuló cargos ni argumentos específicamente en contra del contenido de esta providencia o de la decisión allí adoptada, más allá de pedir su anulación.

4.2. Otras pruebas obrantes en el expediente

El actor aportó junto con la demanda una copia de la sentencia anticipada proferida el 30 de noviembre de 2009 por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Patía en contra del señor Edison Orlando Ordóñez Quiñones, por el delito de abuso de confianza calificado. Para acogerse a la figura de la sentencia anticipada, el señor Ordóñez aceptó los cargos que se le imputaban y la autoría del delito de abuso de confianza calificado, por los mismos hechos que se han reseñado en la presente providencia, atinentes al cobro del cheque de gerencia de Bancafé y al uso de dichos recursos para fines personales.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Alegatos de la parte demandante

Obrando a través de abogado, el demandante presentó un escrito de alegatos de conclusión cuyo contenido material se puede resumir así:

5.1.1. No se demostró que el señor Montilla hubiese actuado con dolo, sino con culpa o negligencia:

“Con las pruebas allegadas y que reposan en el expediente se puede extraer con mediana claridad que ni el pliego de cargos ni las demás debatidas a lo largo del proceso sancionatorio evidenciaron la presencia de dolo en las actuaciones surtidas por mi poderdante por el contrario lo que permitían era estructurar una responsabilidad a título de culpa por una falta absoluta al deber de cuidado, habida cuenta de que existió un responsable de los actuados (miembros de la administración) que incluso fue sancionado penalmente como consecuencia de la investigación que adelantó la Fiscalía General de la

Nación terminando con fallo condenatorio de un Juez de la República (...).

De igual manera es preciso traer a colación que por parte del órgano de control fiscal como lo es la Contraloría General de la República quien determinó que no existía detrimento patrimonial del Municipio que represento mi poderdante como tampoco la extra limitación de funciones, (sic) permiten colegir que lo actuado obedece sin duda a una culpa y no a una falta gravísima. (sic)

Se hace necesario especificar que ante la inexistencia de responsabilidad fiscal de mi patrocinado debe entenderse la ausencia de dolo conforme lo ha precisado la Corte Constitucional en sentencia C-340 de 2007 (...).

En ese orden de ideas se evidencia claramente la existencia de culpa mas no la confirmación ni complementación del dolo conforme fue sancionado mi poderdante.

La ausencia de elementos de prueba que determinen la responsabilidad a título de dolo la determinación que se debe tomar es la de declarar a favor de mi poderdante la nulidad y su consecuente restablecimiento del derecho dejando sin efecto los actos administrativos aquí demandados.”¹⁴

5.2. Alegatos de la parte demandada

En un documento titulado “respuesta a la demanda” pero luego renombrado mediante nota manuscrita como “Alegatos de conclusión”, la Procuraduría General de la Nación argumenta en forma totalmente abstracta, sin hacer referencia al caso concreto, que (i) el demandante pretende que se analice nuevamente el debate disciplinario que se dio ante la Procuraduría, excediendo así los límites propios del control jurisdiccional de los actos administrativos disciplinarios, que en su criterio –y citando algunos pronunciamientos de esta Corporación- se encuentra limitada al estudio de ciertas causales específicas de ilegalidad; y (ii) las actuaciones de la Procuraduría, tanto procedimentales como sustantivas, se ajustaron a la Ley y a la Constitución.¹⁵

5.3. Concepto del Ministerio Público

Mediante Concepto recibido el 8 de febrero de 2013 en esta Corporación, la Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicitó que se denieguen las pretensiones de la demanda, y se mantenga la legalidad de los actos acusados.

5.3.1. A título de “cuestión previa”, la Procuradora invoca distintas sentencias del Consejo de Estado para alegar que el control jurisdiccional de los actos disciplinarios proferidos por la Procuraduría General de la Nación es limitado, “que esta instancia procesal no es la idónea en principio para evaluar las conductas disciplinarias y los quebrantos al deber funcional de los servidores públicos; (...) ya es claro que la

¹⁴ Folios 181-186, Cuaderno Principal.

¹⁵ Folios 165-177, Cuaderno Principal.

presente instancia procesal no pretende abrir un nuevo debate probatorio que determine la responsabilidad disciplinaria del actor, toda vez que es un debate que corresponde a las autoridades disciplinarias tal y como lo establece la Ley 734 de 2002, no siendo objeto de la Jurisdicción Contenciosa en ejercicio de acción de nulidad y restablecimiento; empero, no es óbice para que la jurisdicción conozca de la legalidad de los actos administrativos que se expidan en virtud de dicha facultad siempre que proponga un debate de fondo que haya viciado la actuación”¹⁶.

5.3.2. A pesar de lo anterior, la Procuraduría interpreta la demanda en el sentido de que allí se formulan cargos atinentes al desconocimiento de la legalidad por los actos disciplinarios atacados, cargos que deben ser abordados en sede jurisdiccional:

“Como corolario de lo anterior, se tiene que no cualquier discrepancia de la actuación disciplinaria hace urgente el reproche por la jurisdicción contenciosa, pues en principio, no es la instancia procesal para ellos; por último, se concluye que el conocimiento de la presente acción de nulidad y restablecimiento no constituye una tercera instancia de conocimiento de la responsabilidad disciplinaria sino un control de legalidad de los actos administrativos proferidos por la Administración con sujeción a facultades disciplinarias legalmente otorgadas.

En suma, el hecho de que el accionante en su escrito de demanda no haya formulado ninguna causal de nulidad de manera taxativa, no puede dejarse de lado que efectivamente hace un relato de los fundamentos de derecho de su acción, (sic) y posterior a ello, transcribe una tabla normativa con su respectivo concepto de violación que a su juicio fue ultrajado por la entidad demandada; en consecuencia, el análisis de nulidad de la presente acción se debatirá en torno a la presunta violación de normas de carácter superior o en que debieron fundarse los actos de marras dándole un alcance garantista al derecho de acceso a la justicia pues de no hacerlo se podría estar patrocinando una violación en los derechos constitucionales del actor”¹⁷.

5.3.3. En cuanto a la supuesta contradicción en la indicación de las normas violadas por el señor Montilla, en el sentido de que en el pliego de cargos primero se cita el artículo 48-3 del CDU y luego el artículo 48-31 del mismo, la Procuradora conceptúa:

“Se pone de presente que efectivamente existe una contradicción en el anterior párrafo; no obstante, debe tenerse en cuenta que es un simple error gramatical del operador disciplinario toda vez que en el mismo folio del auto –folio 13- el acápite de ‘GRAVEDAD O LEVEDAD DE LA FALTA’ se transcribe lo siguiente: ‘De conformidad con lo previsto en el artículo 48 numeral 3 de la ley 734 de 2002, la conducta se encuentra taxativamente señalada como falta gravísima, denominación que se le otorgará en esta etapa procesal’.

Además, no existe afirmación en la actuación disciplinaria que haga referencia a la falta contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la ley disciplinaria (...).

En suma, si se remite a los actos administrativos demandados –decisiones disciplinarias de primera y segunda instancia- en ellos claramente se establece que la falta cargada es la contenida en el numeral 3 del artículo 48 del CDU y que se sanción (sic) por el detrimento patrimonial en favor de tercero, mas no por participar en la etapa contractual o precontractual en detrimento del patrimonio público (...).

¹⁶ Folios 191-192, Cuaderno Principal.

¹⁷ Folio 192, Cuaderno Principal.

Como corolario de lo anterior, se concluye que efectivamente no estamos ante un hecho exculpatorio sino meramente ante un error gramatical de la instancia que no hace urgente el reproche de jurisdicción.”¹⁸

5.3.4. En cuanto al cargo basado en la supuesta inaplicabilidad del artículo 113 del Decreto 111 de 1996 a la conducta del demandante, la Procuradora responde:

“El demandante considera que la demandada al citar el artículo 113 del decreto 111 de 1996 que establece la responsabilidad solidaria del ordenador del gasto atribuye responsabilidad solidaria en el proceso disciplinario en donde la responsabilidad es subjetiva y personal, mas no solidaria tal y como lo afirma la procuraduría de primera instancia; sin embargo, la anterior afirmación no es de recibo para esta Procuraduría Delegada que pone de presente que una cosa es la responsabilidad disciplinaria que atribuye el órgano competente al encontrar probada la falta sin que medie ninguna causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria y otra cosa es el concepto de violación que se le hizo en el pliego de cargos como normas que configuran la conducta y su indebido actuar como servidor público que posteriormente se le menciona en el fallo.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que el operador disciplinario en sujeción al principio de legalidad de las sanciones y de las faltas, no se sale de la órbita de la ley disciplinaria pues la falta cargada y la sanción impuesta se encuentran contenidas en la ley disciplinaria en estricta sujeción del principio de legalidad y debido proceso; por lo tanto, no es cierto que la entidad demandada haya atribuido responsabilidad solidaria y mucho menos fiscal toda vez que claramente la sanción impuesta fue la contenida en el artículo 44, numeral 1 de la Ley 734 de 2002 –Destitución e inhabilidad- que de toda índole no se caracteriza como una sanción de contenido fiscal”¹⁹.

5.3.5. Frente al argumento del demandante basado en una supuesta irregularidad del manejo y valoración probatorios de la Procuraduría, se responde en la vista fiscal:

“A juicio del demandante no obra prueba en el proceso del incremento patrimonial aludido, y la entidad demandada afirma que sólo se debe demostrar el incremento y la obtención de dineros infraccionando el deber de servidor público; para tales efectos, la entidad demandada cita fallo de la Viceprocuraduría General de la Nación donde se manifiesta que el incremento injustificado es un tipo de manera conducta (sic) por lo tanto sólo deberá demostrarse la obtención de dineros o bienes infraccionando el deber como servidor; empero, a juicio del actor, la entidad demandada se exime de probar el incremento con tal precedente y cita sentencia C-310/97 que establece que la carga probatoria en materia de la acción disciplinaria recae sobre el Estado y que tal incremento deberá ser plenamente demostrado en el proceso. No obstante, para esta Delegada los precedentes mencionados en nada riñen, y tampoco es cierto que con la cita realizada la entidad demandada se exima de su carga probatoria.

(...) efectivamente lo que pretende hacer ver la instancia disciplinaria es que el operador disciplinario agota su carga probatoria en el momento de demostrar la obtención de dineros en favor de terceros con infracción al deber de servidor público –falta disciplinaria- y que en ningún momento se relega ni se exime de probar el acontecimiento de la falta pues su competencia no es hacer un juicio de contenido delictual”²⁰.

5.3.6. Por último, frente al argumento del demandante basado en que ya se condenó penalmente por los mismos hechos a otra persona, la Procuraduría afirma: “el hecho de que el contratista haya sido condenado por la jurisdicción penal por el tipo penal de abuso de confianza es irrelevante pues tal y como lo afirma el mismo

¹⁸ Folios 193-194, Cuaderno Principal.

¹⁹ Folios 194-195, Cuaderno Principal.

²⁰ Folios 195-196, Cuaderno Principal.

demandante, la responsabilidad disciplinaria es subjetiva y personal, al igual que independiente del derecho penal²¹.

En atención a las anteriores consideraciones, la Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado concluye que la actuación disciplinaria demandada cumplió los requisitos sustantivos y procedimentales aplicables, “y en consecuencia, ninguna de las imputaciones tiene vocación de prosperidad, razón por la cual las súplicas deben ser denegadas²².”

II. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

1. COMPETENCIA

El presente asunto es competencia en única instancia del Consejo de Estado en virtud del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, porque se controvierte una sanción disciplinaria administrativa impuesta al señor Lauro Eduardo Montilla Gómez por las autoridades disciplinarias del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural - INCODER, consistente en la destitución del cargo e inhabilidad general por diez años, pretensión que no implica cuantía²³.

2. PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

La demanda de la referencia plantea a esta Corporación tres cargos de nulidad, todos ellos basados en la supuesta violación de normas superiores por parte de los actos administrativos demandados:

2.1. ¿Se violaron el derecho al debido proceso y las reglas legales sobre la identificación de los cargos en el pliego disciplinario, cuando en uno de los apartes del pliego de cargos se identificó como norma violada el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, y no el numeral 3 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002?

2.2. ¿Se violaron las reglas del Código Disciplinario Unico sobre el recaudo y la valoración de las pruebas al habersele dado, supuestamente, aplicación a un estándar probatorio fijado por la Viceprocuraduría General de la Nación que exige

²¹ Folio 196, Cuaderno Principal.

²² Folio 196, Cuaderno Principal.

²³ Ver, entre otras, la decisión adoptada el 27 de marzo de 2009 por la Sección Segunda, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, así como el Auto proferido por la misma Sección Segunda el 4 de agosto de 2010, con ponencia del consejero Gerardo Arenas Monsalve, los cuales siguen la línea jurisprudencial establecida por la Sección Segunda de esta Corporación desde el Auto del 12 de octubre de 2006, expediente No.0799-06, Radicación:110010322400020050033300, Actor: EDUARDO DE JESÚS VEGA L., Consejero Ponente Dr. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO.

a la autoridad disciplinaria de probar la culpabilidad individual, en casos de incremento patrimonial indebido?

2.3. ¿Se violó el debido proceso por haber invocado como violada una norma que resultaba inaplicable al señor Montilla, contenida en el Decreto 111 de 1996?

Como se verá, la respuesta a estos problemas jurídicos ha de ser breve, puesto que todos ellos se basan en una indebida lectura de las decisiones administrativas disciplinarias controvertidas por el actor.

Antes de proceder a su resolución, sin embargo, dadas las afirmaciones realizadas por los representantes del Ministerio Público ante el Consejo de Estado en el presente proceso, es procedente precisar la postura de la Sala con respecto a la naturaleza de las decisiones disciplinarias adoptadas por la Procuraduría General de la Nación, y al alcance del control jurisdiccional al que están sujetas.

3. LA NATURALEZA DE LOS ACTOS DISCIPLINARIOS Y SU SUJECION PLENA A CONTROL JURISDICCIONAL

3.1. El control disciplinario como manifestación por excelencia de la función administrativa

La potestad disciplinaria constituye una de las modalidades de los poderes sancionatorios del Estado; en la misma medida, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionador, cuya concepción misma, a más de su ejercicio, deben estar orientados a garantizar la materialización de los principios propios del Estado Social de Derecho, el respeto por los derechos y garantías fundamentales, y el logro de los fines esenciales del Estado que establece la Carta Política y justifica la existencia misma de las autoridades.²⁴ La relación disciplinaria que existe entre los servidores públicos y el Estado se fundamenta, según ha explicado la Corte Constitucional, en la *“...relación de subordinación que existe entre el funcionario y la administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o la*

²⁴ En este sentido, en la sentencia C-155 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), la Corte Constitucional argumentó: “El derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionador, cuya concepción hoy en día debe estar orientada por los principios del Estado social y democrático de derecho previstos en el artículo 1º de la Constitución, garantizando el respeto a las garantías individuales pero también los fines del Estado determinados en el artículo 2º ibídem y para los cuales han sido instituidas las autoridades públicas.”

*extralimitación en el ejercicio de sus funciones, la violación de régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc...*²⁵

Sobre la naturaleza, finalidades y características de “la potestad disciplinaria que en razón de la función pública debe ser ejercida sobre los servidores públicos”²⁶ ha tenido ocasión de pronunciarse en detalle el Consejo de Estado, precisando que constituye una de las columnas centrales que soportan la institucionalidad estatal y garantizan la adecuada y eficaz marcha de la gestión pública:

“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 pues, 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 sujeción 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.”²⁷

Ha dicho el Consejo de Estado que “las finalidades de la ley y de las sanciones disciplinarias son las de garantizar el cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro. // En efecto, si la función pública debe ser orientada a la satisfacción de las necesidades sociales y el aseguramiento de los intereses colectivos y no a la realización de los intereses de los servidores públicos, la acción disciplinaria entonces, se origina en el incumplimiento de esos deberes y tiene como finalidad garantizar el buen funcionamiento de la administración.”²⁸

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-244 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”. Sentencia del 12 de marzo de 2009, Radicación No. 85001-23-31-000-2005-00252-01(1762-07). Actor: Jorge Prieto Riveros. Demandado: Procuraduría General de la Nación. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”. Sentencia del 12 de marzo de 2009, Radicación No. 85001-23-31-000-2005-00252-01(1762-07). Actor: Jorge Prieto Riveros. Demandado: Procuraduría General de la Nación. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia del 7 de junio de 2007. Radicación No. 25000-23-25-000-1999-05982-01(6425-05). Actor: Felipe Acevedo Rodríguez. Demandado: Defensoría del Pueblo. Consejero Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.

En la misma línea, la Corte Constitucional ha considerado en una amplia jurisprudencia:

“Gran parte de los cometidos del Estado Social de Derecho deben ser realizados por la administración, la cual funda su eficiencia y eficacia en cuanto los pueda traducir en hechos y obras concretos.

“La administración en dicho Estado ha sido instituida para servir a los altos intereses de la comunidad, lo cual se traduce en el deber de desarrollar actividades concretas de beneficio colectivo para satisfacer las necesidades insatisfechas de ésta, mediante el ejercicio de los diferentes poderes de intervención de que dispone. Ello impone la necesidad de que la actividad de los funcionarios estatales se adecue a los imperativos de la eficacia, la eficiencia y la moralidad administrativa. Así se asegura, el adecuado funcionamiento de los servicios estatales, el correcto manejo y la preservación del patrimonio público, y la buena imagen de la administración, la cual gana legitimidad y credibilidad frente a la comunidad”²⁹.

También ha explicado la Corte Constitucional:

“Constituye elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de derecho, la potestad del mismo de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de éstos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública; de manera que, el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública.

“En el cumplimiento de esos cometidos estatales y durante el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos, los servidores públicos no pueden distanciarse del objetivo principal para el cual fueron instituidos, como es el de servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución, la ley y el reglamento; por lo tanto, pueden verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria, cuando en su desempeño vulneran el ordenamiento superior y legal vigente, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C.P., arts. 6o. y 123).

“Los artículos 124 y 125 de la Carta Política, establecen que la configuración de dicha responsabilidad disciplinaria forma parte de la órbita de competencia de las definiciones legislativas. Su efectividad, requiere de un marco de acción en el cual el Estado pueda ejercitar la respectiva potestad disciplinaria y la titularidad de la acción disciplinaria, a fin de obtener la obediencia y disciplina requerida de sus funcionarios y empleados.

“Lo anterior armoniza con la atribución del legislador de hacer las leyes y por medio de ellas, entre otros aspectos, regular el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos (C.P., art. 150-23); toda vez que, de ella, se deriva la facultad para fijar las conductas violatorias del régimen disciplinario que atenten contra los bienes jurídicos por él tutelados, como son los relativos al patrimonio público, la moralidad, la transparencia, la eficacia y eficiencia administrativas^{30, 31}.”

El ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado, por tanto, se orienta a asegurar la apropiada gestión de la Administración Pública para que ésta pueda materializar los fines estatales para cuya consecución fue creada. De allí que el derecho disciplinario, según ha explicado la Corte Constitucional, “busca entonces la buena

²⁹ Sent C-341 de 1996

³⁰ Ver la Sentencia C-769/98, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-155 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

marcha y el buen nombre de la administración pública y por ello sus normas se orientan a exigir ‘...a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones’³². Por ello ha precisado la jurisprudencia, que el derecho disciplinario ‘...está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cual sea el órgano o la rama a la que pertenezcan’³³.³⁴

Más aún, en un Estado Social de Derecho como el que establece la Constitución de Colombia, el ejercicio correcto de la potestad disciplinaria cobra una relevancia adicional, dada la expansión correlativa en los cometidos y deberes de las autoridades para con las personas, titulares de una amplia carta de derechos humanos protegidos constitucionalmente. Ha explicado en este sentido la Corte Constitucional:

“Como ya ha sido expuesto por esta Corporación en fallos precedentes³⁵, la nueva concepción del Estado según la cláusula “social de derecho” produjo un incremento apreciable de las facultades administrativas tendientes a cumplir con los nuevos cometidos señalados al Estado mismo. Este se concibe ahora como el promotor de toda la dinámica social hacia la efectividad de los derechos fundamentales y, para estos efectos, asume nuevas actividades y funciones como las de planeación e intervención de la economía, la redistribución del ingreso para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos fundamentales, la adecuada prestación de los servicios públicos esenciales, la protección del medio ambiente, etc.

Este cambio de concepción en el papel del Estado produjo el aumento de la actividad administrativa, cuya eficacia se vio asociada a la necesidad de reconocerle a la Administración Pública ciertas facultades de sanción. Se estimó así que en el nuevo modelo estatal, que requería de la permanente intervención de la Administración, la potestad sancionadora que se le reconocía le permitía ejercer eficazmente sus facultades de gestión.

Hoy en día, la doctrina *ius publicista* reconoce claramente que la potestad sancionadora forma parte de las competencias de gestión que se atribuyen a la Administración, puesto que si un órgano tienen la facultad jurídica para imponer una obligación o regular una conducta con miras a lograr la realización del interés general, el incumplimiento de ese mandato implica que el órgano que lo impuso tenga atribuciones sancionatorias. Esta justificación de la potestad sancionadora de la Administración, parece haber sido acogida por la jurisprudencia constitucional, como puede apreciarse en el siguiente aparte de la Sentencia C- 214 de 1994:

“Así, se ha expresado, en forma reiterada, que i) la potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines³⁶, pues ii) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos³⁷ y iii) constituye un

³² Sent. C-417 de 1993

³³ Sent. C-417 de 1993

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-155 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³⁵ Cf. Sentencia C-506 de 2002

³⁶ Sentencia C-597 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁷ *Ibidem*.

complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas³⁸.

Resulta claro entonces que la finalidad de la potestad sancionadora de la administración consiste en permitirle el adecuado logro de sus fines, mediante la asignación de competencias para sancionar el incumplimiento de sus decisiones.³⁹

La potestad disciplinaria tiene su fuente primaria en la Constitución Política, se encuentra regulada por múltiples disposiciones constitucionales, y en su ejercicio debe ser respetuosa de la plenitud de los mandatos del Constituyente de 1991. Ha sido clara la Corte Constitucional en explicar a este respecto:

“En el ámbito específico del derecho disciplinario, la potestad sancionadora de la administración se concreta en la facultad que se le atribuye a los entes públicos de imponer sanciones a sus propios funcionarios, y su fundamento constitucional se encuentra en múltiples normas de orden superior, tales como los artículos 1º, 2º, 6º, 92, 122, 123, 124, 125, 150-2, 209 y 277 de la Carta Política.

Así, los artículos 6º y 123 de la Carta Política, consagran que todos los servidores públicos, sin excepción, son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución, la ley y los reglamentos, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. El artículo 92 Superior prevé que cualquier persona podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas. Por su parte, el artículo 122 Superior establece que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y que el servidor público no puede entrar a ejercer el cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. Los artículos 124 y 150-2 de la Carta le atribuyen al Legislador la competencia para determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva. Esta facultad otorgada al Legislador es ejercida mediante la expedición de estatutos disciplinarios de carácter general y de estatutos especiales autorizados por la propia Constitución Política. El artículo 125 Superior prevé que el retiro de los servidores públicos se hará, entre otras causas, por violación del régimen disciplinario. El artículo 209 Superior dispone que la función administrativa se encuentra al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de moralidad, igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y que las autoridades deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado y que la administración tendrá un control interno conforme a la ley. Y finalmente, el artículo 277 numerales 5 y 6, disponen que el Procurador General de la Nación ejercerá, entre otras funciones, el velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas y ejercer vigilancia superior sobre la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, como también ejercer preferentemente el poder disciplinario, adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las sanciones respectivas conforme a la ley.⁴⁰

Con fundamento en estas disposiciones, la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que la finalidad de la potestad disciplinaria es “asegurar el cumplimiento de los principios que regulan el ejercicio de la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C.P. art. 209)⁴¹, que por tanto la responsabilidad disciplinaria tiene un claro fundamento constitucional, el derecho disciplinario reviste un carácter *autónomo e independiente*⁴², y que constituye una modalidad del derecho administrativo sancionador en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.⁴³⁴⁴

³⁸ Sentencia C-214 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

³⁹ Sentencia C-125 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴⁰ Ver Sentencia C-504 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴¹ Sentencia C-818 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴² Al respecto consultar la sentencia C-028 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, y sentencia C-504 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴³ Véanse las sentencias C-818 de 2005 y C-504 de 2007, entre otras.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Existen dos grandes ámbitos de ejercicio de la potestad disciplinaria: el ámbito interno de la propia Administración Pública, y el ámbito externo del control preferente por la Procuraduría General de la Nación. El ámbito natural y originario de la potestad disciplinaria es, evidentemente, el interno, puesto que se trata de una potestad implícita en la definición misma del aparato administrativo estatal diseñado por el Constituyente⁴⁵. Ahora bien, el ámbito externo –y excepcional- es el del organismo autónomo establecido por la Carta Política para cumplir con esta trascendente función. En palabras de la Corte Constitucional:

“El control disciplinario interno y externo

Dada la naturaleza de la función administrativa, instituida -entre otros objetivos- para proteger los derechos de la comunidad, se han establecido controles para que la actividad de los funcionarios estatales se adecue a los imperativos de la eficacia, eficiencia y la moralidad.⁴⁶ Por ello, cuando un servidor público incumple sus deberes, incurre en comportamientos prohibidos por la Constitución o la ley, o viola el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, comete una falta disciplinaria que debe ser sancionada por las autoridades competentes, previamente definidas por el legislador. El control disciplinario se convierte entonces, en un presupuesto necesario para que en un Estado de derecho se garantice el buen nombre y la eficiencia de la administración, y se asegure que quienes ejercen la función pública, lo hagan en beneficio de la comunidad y sin detrimento de los derechos y libertades de los asociados.⁴⁷

Como ya lo ha expresado la Corte,⁴⁸ este control tiene dos grandes ámbitos de aplicación. Por un lado existe la potestad disciplinaria interna, que es ejercida por el nominador o el superior jerárquico del servidor estatal. Por el otro, existe un control disciplinario externo, que de acuerdo con la Constitución (arts. 118 y 277-6) les corresponde al Procurador General de la Nación, sus delegados y agentes, y en virtud del cual deben "ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive los de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes; e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley".

La potestad de la Procuraduría para ejercer el poder disciplinario sobre cualquier empleado estatal, cualquiera que sea su vinculación, tiene el carácter de prevalente o preferente. En consecuencia, dicho organismo está autorizado para desplazar al funcionario público que esté adelantando la investigación, quien deberá suspenderla en el estado en que se encuentre y entregar el expediente a la Procuraduría. Como es obvio, si la Procuraduría decide no intervenir en el proceso disciplinario interno que adelanta la entidad a la que presta sus servicios el investigado, será ésta última la que tramite y decida el proceso correspondiente.⁴⁹

⁴⁵ Ha aclarado la Corte Constitucional a este respecto que "en el terreno del derecho disciplinario estricto, esta finalidad se concreta en la posibilidad que tiene la Administración Pública de imponer sanciones a sus propios funcionarios quienes, en tal calidad, le están sometidos a una especial sujeción. Con esta potestad disciplinaria se busca de manera general el logro de los fines del Estado mismo y particularmente asegurar el cumplimiento de los principios que gobiernan el ejercicio de la función pública, cuales son el de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad" [sentencia C-125 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra]; y que "la administración pública goza de un poder disciplinario para someter a sus servidores y obtener de ellos la obediencia, disciplina, moralidad y eficiencia necesarias para el cumplimiento de sus deberes y demás requerimientos que impone la respectiva investidura pública, a fin de que se cumpla con el propósito para el cual han sido instituidos, como es el servicio al Estado y a la comunidad, en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento (C.P., art. 123)" [sentencia C-095 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara].

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-280 de 1996.

⁴⁷ Ver, entre otras. Corte Constitucional. Sentencias C-280 de 1996 y C-341 de 1996.

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-229. De 1995.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-057 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Precisó la Corte en esta misma providencia, con relación a la situación excepcional de los funcionarios de la rama judicial sujetos a la competencia disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura: "No obstante lo anterior, cabe recordar que cuando la investigación disciplinaria ya ha sido avocada por el Consejo Superior de la Judicatura, en relación con algunos funcionarios de la rama judicial (jueces y magistrados que carecen de fuero), la Procuraduría General de la Nación no puede desplazarlo, pues en estos casos el Consejo ejerce una competencia preventiva. Al respecto ha dicho la Corte que "El poder preferente de la Procuraduría General de la Nación para investigar a funcionarios de la rama judicial que carecen de fuero y a los empleados de la misma,

3.2. La naturaleza administrativa de las funciones y actos disciplinarios, tanto de la Administración Pública como de la Procuraduría General de la Nación

Para el Consejo de Estado resulta indudable que los actos de control disciplinario adoptados por la Administración Pública y por la Procuraduría General de la Nación, es decir, aquellos actos expedidos en ejercicio de la potestad disciplinaria en sus ámbitos interno y externo, constituyen ejercicio de función administrativa, y por lo tanto son actos administrativos sujetos al pleno control de legalidad y constitucionalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa. No se trata de actos que manifiesten la función jurisdiccional, ni mucho menos de una función *sui generis* o nueva del Estado, sino –se reitera con énfasis- de **actos administrativos que tienen, por definición, control judicial.**

Son numerosos y consistentes los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que expresamente se ha resaltado la naturaleza administrativa de la potestad disciplinaria, tanto interna de la Administración Pública como externa y preferente de la Procuraduría General de la Nación. Así, por ejemplo, en la sentencia C-280 de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte explicó que “los fallos disciplinarios son decisiones administrativas que pueden ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.” De hecho, se parte de la base en la jurisprudencia constitucional de que el poder disciplinario es una manifestación del derecho administrativo sancionador, y no de una potestad judicial o jurisdiccional. Por eso mismo la Corte ha defendido la existencia de distintas especificidades en la aplicación de las garantías propias del derecho penal al ámbito del derecho administrativo sancionador.⁵⁰ Con total claridad se explicó a este respecto en la sentencia C-095 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara):

“Para efectos de la determinación de la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, el ejercicio de la mencionada potestad se encuadra dentro de lo que se ha denominado el derecho administrativo disciplinario, el cual está conformado por “... *por un conjunto de normas y principios jurídicos que permiten imponer sanciones a los servidores públicos cuando éstos violan sus deberes, obligaciones o incurren en vulneración de las prohibiciones e incompatibilidades que para ellos ha establecido la ley*”⁵¹ y se realiza a través del respectivo proceso disciplinario, que presenta dos características esenciales a saber: de un lado, consiste en una modalidad del derecho penal en virtud de su finalidad eminentemente sancionatoria, que demanda la vigencia de los principios y garantías

tampoco vulnera el Estatuto Superior, siempre y cuando en el caso de los funcionarios dicha competencia “no haya sido asumida a prevención por parte del Consejo Superior de la Judicatura (art. 257 C.P.)”. No ocurre lo mismo con los empleados, pues según el artículo 115 de la ley estatutaria de la administración de justicia, la Procuraduría puede desplazar al superior jerárquico que esté adelantando el proceso. [Sent. C.244/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz]”

⁵⁰ Ver la sentencia C-030 de 2012 de la Corte Constitucional, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵¹ Ver la Sentencia T-438/92, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

sustanciales y procesales del mismo, para la protección de los derechos fundamentales del funcionario investigado, tales como la honra, buen nombre, trabajo, desempeño de funciones y cargos públicos, entre otros y, a su vez, facilita un debido control a esa potestad punitiva estatal⁵²; y 2.) igualmente, goza de una naturaleza de índole administrativa derivada de la materia sobre la cual trata -referente al incumplimiento de deberes administrativos en el ámbito de la administración pública-, de las autoridades de carácter administrativo encargadas de adelantarla, y de la clase de sanciones a imponer, así como de la forma de aplicarlas."

Esta jurisprudencia constitucional pacífica ha sido expuesta, entre muchas otras, (a) en la sentencia C-095 de 2003⁵³, en la cual la Corte claramente inscribió el poder punitivo disciplinario dentro de la función administrativa; (b) en la sentencia C-095 de 1998⁵⁴, en la que la Corte expresamente afirmó que el proceso disciplinario tiene naturaleza administrativa por varias características (jurisprudencia reiterada, entre otras, en las sentencias T-1104 de 2003⁵⁵, T-594 de 1996⁵⁶, T-451 de 2010⁵⁷, T-191 de 2010⁵⁸, T-161 de 2009⁵⁹ y SU-901 de 2005⁶⁰); (c) en la sentencia T-961 de 2004⁶¹, en la cual la Corte precisó que los fallos disciplinarios son actos administrativos; (d) en la sentencia C-315 de 2012⁶², en la cual se delimitó el alcance del debido proceso en actuaciones administrativas tales como los procesos disciplinarios; (e) en la sentencia C-244 de 1996, en la cual se explicó que la atribución de funciones judiciales a la Procuraduría General de la Nación es una absoluta excepción a la regla general de función administrativa que ejerce, para un tema específicamente delimitado por la ley, a saber, el ejercicio de policía judicial en el curso de sus investigaciones⁶³; (f) en la sentencia T-438 de 1994⁶⁴, en la que expresamente diferenció entre los actos judiciales emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura en ejercicio de sus competencias disciplinarias, y los actos administrativos expedidos por la Procuraduría en cumplimiento de sus funciones propias; y (g) en la sentencia C-306 de 2012⁶⁵, en la cual la Corte se pronunció sobre la revocatoria de los fallos disciplinarios absolutorios desde la perspectiva de que por su naturaleza son actos administrativos.

El Consejo de Estado también ha dado aplicación a las reglas sobre revocatoria de actos administrativos a los casos de revocatoria de fallos disciplinarios, y

⁵² Ver las Sentencias T-438/92, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-195/93, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero y C-280/96, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

⁵³ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁴ M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁵⁵ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁶ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁷ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁸ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵⁹ M.P. Mauricio González Cuervo.

⁶⁰ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁶¹ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁶² M.P. María Victoria Calle Correa.

⁶³ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁴ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁵ M.P. Mauricio González Cuervo.

consistentemente ha ejercido su competencia sobre los procesos disciplinarios y las decisiones allí adoptadas, con lo cual se confirma la naturaleza administrativa de estas decisiones⁶⁶.

Como se indicó, la única excepción a la naturaleza administrativa de los actos de la Procuraduría es la que indica la propia Constitución en su artículo 277, inciso final, según el cual “para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial”. Según lo ha explicado sin ambigüedades la Corte Constitucional, es una excepción de interpretación restrictiva, aplicada a un tema muy específico y particular:

“Obsérvese que es la misma Constitución la que le otorga a la Procuraduría General de la Nación, esto es, al Procurador General y a sus agentes y delegados, la facultad de ejercer funciones de Policía Judicial. Las que, según la norma impugnada, se dirigen exclusivamente a dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, tanto en la etapa de indagación preliminar como durante la investigación disciplinaria.

Con fundamento en estas disposiciones cabe preguntar ¿qué funciones que ordinariamente cumplen los cuerpos u organismos de policía judicial, puede ejecutar la Procuraduría General de la Nación, para efectos del aseguramiento y práctica de pruebas en los procesos disciplinarios?. Para responder esta pregunta es necesario recordar que dicho cuerpo especializado en materia penal, cumple entre otras funciones, la de practicar capturas, allanamientos, interceptación de comunicaciones, registro de correspondencia, vigilancia electrónica, etc, previa orden escrita de la autoridad judicial competente.

Entonces, como para el aseguramiento de pruebas en procesos disciplinarios, se podrían cumplir actos como el registro de correspondencia, la interceptación de teléfonos, la vigilancia electrónica, etc, los cuales están íntimamente relacionados con la restricción de ciertos derechos fundamentales, es indispensable que sean ordenados por autoridad judicial; de ahí que se le haya atribuido a la Procuraduría, en la norma que es objeto de acusación, funciones jurisdiccionales, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 116 del Estatuto Superior que prescribe: “Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos”. Requisitos que se cumplen en el caso que se examina, pues la

⁶⁶ Así, por ejemplo, en sentencia del 23 de febrero de 2011, el Consejo de Estado abordó el siguiente problema jurídico: “si procede, de oficio, la revocatoria directa de fallos sancionatorios contra los cuales el disciplinado interpuso recursos en la vía gubernativa. En caso de ser procedente, debería establecerse si para el presente evento se configuró la causal que faculta a la administración para revocar oficiosamente y sin el consentimiento del afectado, un fallo sancionatorio y si en consecuencia el acto demandado mantiene su legalidad”⁶⁶. Para resolverlo, la Sala hizo un recuento de las distintas reglas que gobiernan la revocatoria directa de los actos administrativos, aplicándolas luego a las decisiones disciplinarias impugnadas de la Procuraduría. Entre otras, el Consejo de Estado recordó las siguientes reglas: “Marco normativo y jurisprudencial. De la revocatoria directa. En nuestro ordenamiento contencioso la revocatoria directa está concebida como una prerrogativa de control de la misma administración sobre sus actos que le permite volver a decidir sobre asuntos ya decididos en procura de corregir en forma directa o a petición de parte, las actuaciones lesivas de la constitucionalidad, de la legalidad, o de derechos fundamentales. (...) Revocatoria directa en materia disciplinaria. En materia disciplinaria, la revocatoria directa constituye una excepción a la estabilidad de la decisión ejecutoriada que pone fin al proceso disciplinario, y su existencia se justifica por la importancia de los valores que busca proteger relacionados con la legalidad, la libertad de los administrados y la justicia. // Normativamente se encuentra descrita en los artículos 122 a 127 de la Ley 734 de 2002⁶⁶ y como características fundamentales se desprenden las siguientes: Procede contra fallos sancionatorios. // Opera de oficio o a petición del sancionado. // La competencia para revocar un fallo es del funcionario que lo profirió, o de su superior jerárquico, o del Procurador General de la Nación. // Como causales de revocación se consagran la infracción manifiesta de las normas constitucionales, legales o reglamentarias y la vulneración o amenaza manifiesta de los derechos fundamentales. // Es requisito esencial, si la revocatoria es solicitada por el sancionado, que contra el fallo cuya revocatoria se solicita, no se hubieren interpuesto recursos ordinarios. // La petición de revocatoria y su decisión no reviven términos para el ejercicio de acciones contencioso administrativas. // Como causal para revocar un fallo sancionatorio, la ley ha señalado el que la decisión sea manifiestamente contraria a las normas constitucionales, legales o reglamentarias en las que debería fundarse. Así lo establece el artículo 124 de la Ley 734 de 2002: (...) Esta consagración normativa busca garantizar el debido proceso del disciplinado y previene el abuso de la potestad sancionatoria del Estado, sobre la base de que los derechos al *non bis in idem* y la cosa juzgada no son absolutos y pueden ser limitados cuando las circunstancias especiales del caso lo requieran.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia del 23 de febrero de 2011. Radicación No. 11001-03-25-000-2005-00114-00(4983-05). Actor: Henry Ramírez Daza. Demandado: Procuraduría General de la Nación. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

Procuraduría General de la Nación, a pesar de ser un organismo de control, independiente y autónomo, es de carácter administrativo, y se le atribuyen funciones jurisdiccionales para un asunto concreto, como es la expedición de las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, en la indagación preliminar al igual que en la investigación disciplinaria.”⁶⁷

3.3. El control disciplinario no constituye ejercicio de función jurisdiccional, como lo sugiere la Procuraduría General de la Nación

En forma correlativa, precisa el Consejo de Estado que el control disciplinario que ejerce la Procuraduría General de la Nación no constituye ejercicio de función jurisdiccional. La Procuraduría no juzga ni sentencia, puesto que no es un juez; es la máxima autoridad disciplinaria en el ámbito externo de ejercicio de la potestad disciplinaria, pero como se aclaró, esa es una manifestación de la función administrativa, no de la función jurisdiccional. El juez competente es la jurisdicción contencioso-administrativa, encargada de ejercer el control sobre los actos administrativos disciplinarios y el procedimiento seguido para adoptarlos.

Se aclara a este respecto que la Procuraduría no es un poder omnímodo no sujeto a controles, ni es una nueva rama del poder, ni es un nuevo juez creado sobre la marcha en contravía del diseño constitucional; no se puede atribuir, en contra de la Constitución Política que dice defender, estas funciones, ni puede siquiera sugerir que sus decisiones constituyen sentencias, con todas las garantías que revisten los fallos judiciales. La autonomía e independencia que la Constitución Política le otorgan a la Procuraduría no implican que este organismo no esté a su turno sujeto a controles, dentro del sistema de frenos y contrapesos ideado por el Constituyente. Más aún, el uso corriente de la expresión “juez disciplinario” por la Corte Constitucional para hacer referencia a la Procuraduría no puede interpretarse bajo ninguna perspectiva en el sentido de que la Procuraduría sea una autoridad jurisdiccional, ni de que sus dictámenes disciplinarios tengan la naturaleza jurídica de sentencias que hagan tránsito a cosa juzgada; tampoco el uso de la palabra “fallos” o “instancias”, en el que se suele incurrir.

Ahora bien, el Consejo de Estado es consciente de la deferencia que la Corte Constitucional en tanto juez de tutela ha demostrado hacia los actos administrativos disciplinarios de la Procuraduría distintos casos; sin embargo, dicha deferencia, lejos de obedecer al hecho de que se considere a tales actos administrativos como providencias judiciales, se deriva de la naturaleza propia de la acción de tutela, el

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-244 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

procedimiento legal aplicable, y las funciones del juez de tutela mismo, teniendo en cuenta el carácter subsidiario, urgente e informal de esta acción constitucional.

También el Consejo de Estado es consciente de la tesis reiterada de la Corte Constitucional, en el sentido de que los actos administrativos disciplinarios son materialmente un ejercicio de administración de justicia. En criterio del Consejo de Estado, esta caracterización verbal no obsta para que estos actos disciplinarios mantengan su naturaleza jurídica fundamentalmente administrativa, ni enerva el control jurisdiccional integral sobre los mismos por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. Esta caracterización de los actos disciplinarios como ejercicio material de administración de justicia ha sido adoptada por la Corte para justificar la incorporación de distintas garantías procesales, y derechos constitucionales posiblemente afectados, dentro del análisis en casos concretos; no ha sido realizada para restar competencias a la jurisdicción contencioso-administrativa, ni para transformar esa función administrativa en función jurisdiccional. Más aún, nota el Consejo de Estado que en todos los casos en los cuales la Corte Constitucional ha esgrimido este argumento, ha procedido, en la misma providencia, a caracterizar los actos disciplinarios de la Procuraduría como actos administrativos:

(a) en la sentencia T-161 de 2009⁶⁸, simultáneamente se habló del “juez disciplinario”, y de la naturaleza de acto administrativo de las decisiones de la Procuraduría:

“4.8. No es del resorte del juez de tutela cuestionar los fundamentos interpretativos que de la ley y la jurisprudencia haya realizado el máximo organismo de control disciplinario para adoptar su decisión en un caso particular, pues al hacerlo estaría atentando de manera abierta y flagrante contra la autonomía e independencia funcional de que está investido en su calidad de juez disciplinario. Además, como se expuso anteriormente, la acción de tutela resulta en principio improcedente cuando se promueve contra actos administrativos, dada la naturaleza subsidiaria y residual de la misma, que impide al juez constitucional para pronunciarse sobre la legalidad de actos como el emitido por el Procurador General de la Nación, pues ello implicaría el desconocimiento de los otros medios de defensa judiciales, y contribuiría a resquebrajar la estructura funcional del ordenamiento jurídico.”

(b) Igualmente en la sentencia SU-901 de 2005, la Corte señaló que el hecho de que el ejercicio de la potestad disciplinaria materialmente sea administrar justicia no le confiere naturaleza judicial a las decisiones allí adoptadas, y expresamente reconoció la naturaleza administrativa de los actos disciplinarios, sujeta a control por la jurisdicción contenciosa, solo que rodeado de las garantías propias del derecho

⁶⁸ M.P. Mauricio González Cuervo.

sancionador.

(c) En la sentencia C-014 de 2004⁶⁹ se argumentó así:

“11. La Corte se inclina por esta última interpretación pues el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado plantea un espacio en el que también se imparte justicia. Esto es así por cuanto se trata de un escenario en el que se imputa la comisión de conductas que han sido tipificadas como faltas y para las que se han previsto sanciones y de allí por qué, en la actuación que se promueve para que se demuestren aquellas y se impongan estas últimas, deban respetarse los contenidos del debido proceso. Claro, existen espacios de ejercicio del poder disciplinario que en estricto sentido no hacen parte de la rama jurisdiccional del poder público, como ocurre con aquellos que pertenecen a la administración o incluso a los particulares que ejercen esa potestad por delegación. No obstante, aún en tales supuestos, las autoridades disciplinarias despliegan una actividad con contenidos materiales propios de la función de administrar justicia. Si esto es así, en el ámbito del poder disciplinario existe también una legítima pretensión estatal orientada a la aplicación de la ley sustancial y, en caso que la falta imputada haya afectado a terceros, éstos pueden invocar sus derechos.”

(...) Con base en estos elementos de juicio, la Corte emprende ahora el estudio necesario para determinar si unas normas jurídicas que permiten la revocatoria directa, de oficio o a petición de parte, de los fallos disciplinarios sancionatorios y no de los fallos disciplinarios absolutorios, vulneran los derechos de las víctimas o perjudicados con las faltas disciplinarias. En esa dirección, la Corte 1) referirá el marco general de la revocatoria de los actos administrativos, 2) recordará el régimen de revocatoria de los fallos disciplinarios y 3) establecerá si la improcedencia de la revocatoria directa contra fallos disciplinarios sancionatorios vulnera los derechos a la verdad y a la justicia de las víctimas de las faltas disciplinarias constituidas por violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

1) Marco general de la revocatoria de los actos administrativos

20. Ya que la revocatoria de los fallos disciplinarios se enmarca en el régimen general de revocatoria de los actos administrativos, la Corte realiza algunas consideraciones relacionadas con este régimen. (...)

Por otra parte, tampoco se puede confundir la función administrativa disciplinaria de la Procuraduría con una función jurisdiccional o judicial por el hecho de que el otro órgano disciplinario constitucionalmente establecido –el Consejo Superior de la Judicatura- sí adopte fallos judiciales en el ámbito preciso en el cual cuenta con poderes constitucionales. Una cosa no lleva a la otra, y el ámbito de actuación del Consejo Superior de la Judicatura en tanto juez disciplinario está claramente definido por la Constitución y la jurisprudencia. Incluso en los casos de los empleados de la Rama Judicial que según la Corte Constitucional no están sujetos a la competencia del Consejo Superior de la Judicatura, la Procuraduría, al ejercer el poder disciplinario sobre tales empleados judiciales, sigue actuando en función administrativa disciplinaria, no en función judicial.

En esta misma línea, no se debe confundir la presunción de legalidad que ampara las decisiones disciplinarias, en tanto actos administrativos, con el efecto de cosa juzgada o la intangibilidad de las decisiones jurisdiccionales. El Consejo de Estado

⁶⁹ M.P. Jaime Córdoba Triviño

ha establecido claramente la distinción al resaltar que los fallos disciplinarios efectivamente están amparados, en tanto actos administrativos que son, por la presunción de legalidad⁷⁰. Esta presunción de legalidad, que está sumada a lo que la jurisprudencia constitucional ha llamado el efecto de “cosa decidida” (por oposición al de “cosa juzgada”), se encuentra sujeta en su integridad al control ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa. En igual medida, la aplicación mutatis mutandi de los principios aplicables al poder sancionatorio penal, o del principio del non bis in ídem, no transforma la potestad disciplinaria en una función jurisdiccional. El Consejo de Estado ha explicado que la aplicabilidad del non bis in ídem se deriva no de una aludida naturaleza jurisdiccional del control disciplinario, sino del hecho de que forma parte del derecho administrativo sancionador⁷¹.

3.4. El control ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa es pleno y no admite interpretaciones restrictivas.

El control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos administrativos disciplinarios proferidos por la Administración Pública o por la Procuraduría General de la Nación **es un control pleno e integral**, que se efectúa a la luz de las disposiciones de la Constitución Política como un todo y de la ley en la medida en que sea aplicable, y que no se encuentra restringido ni por aquello que se plantee expresamente en la demanda, ni por interpretaciones restrictivas de la competencia de los jueces que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa.

La entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, con su catálogo de derechos fundamentales y sus mandatos de prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones de la administración de justicia (art. 228, C.P.) y de prevalencia normativa absoluta de la Constitución en tanto norma de normas (art. 4, C.P.), implicó un cambio cualitativo en cuanto al alcance, la dinámica y el enfoque del

⁷⁰ Ver, por ejemplo, los múltiples casos en los cuales esta Corporación, al pronunciarse sobre acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos disciplinarios de la Procuraduría, ha adoptado el enfoque consistente en determinar si se logró desvirtuar o no, en cada caso, la presunción de legalidad que ampara dichas decisiones disciplinarias. Entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”. Sentencia del 19 de agosto de 2010. Radicación No. 70001-23-31-000-2000-00132-01(4394-03). Actor: Vicente de Paul Perinan Petro. Demandado: Procuraduría General de la Nación. Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón. Igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia del 5 de noviembre de 2009. Radicación No. 05001-23-31-000-2001-01509-01(0792-08). Actor: John Jairo Gamboa Torres. Demandado: Secretaría de Educación de Antioquia y otro. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”. Sentencia del 17 de agosto de 2011. Radicación No. 25000-23-25-000-1999-06324-01(1155-08). Actor: Emilio Otero Dajud. Demandado: Procuraduría General de la Nación. Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Dijo en esta oportunidad el Consejo de Estado: “La aplicación del principio *“non bis in ídem”* no está restringida al derecho penal, sino que se hace extensiva a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (impeachment) y el régimen jurídico especial ético - disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas).”

ejercicio de la función jurisdiccional, incluyendo la que ejercen los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa (incluyendo al Consejo de Estado). En efecto, según lo han precisado tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, la plena vigencia de los derechos y garantías fundamentales establecidos por el constituyente exige, en tanto obligación, que los jueces sustituyan un enfoque limitado y restrictivo sobre el alcance de sus propias atribuciones de control sobre los actos de la administración pública, por un enfoque garantista de control integral, que permita a los jueces verificar en casos concretos si se ha dado pleno respeto a los derechos consagrados en la Carta Política.

Esta postura judicial de control integral del respeto por las garantías constitucionales contrasta abiertamente con la posición doctrinal y jurisprudencial prevaleciente con anterioridad, de conformidad con la cual las atribuciones del juez contencioso-administrativo son formalmente limitadas y se restringen a la protección de aquellos derechos y normas expresamente invocados por quienes recurren a la justicia, posición -hoy superada- que otorgaba un alcance excesivamente estricto al principio de jurisdicción rogada en lo contencioso-administrativo. Este cambio, constitucionalmente impuesto y de gran calado, se refleja nítidamente en un pronunciamiento reciente del Consejo de Estado, en el cual la Sección Segunda – Subsección “B” de esta Corporación, recurriendo a los pronunciamientos de la Corte Constitucional y dando aplicación directa a los mandatos de la Carta, rechazó expresamente una postura restrictiva que limitaba las facultades garantistas del juez contencioso-administrativo en materia de control de las decisiones disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación con base en el principios de jurisdicción rogada, y adoptó en su reemplazo una postura jurisprudencial que exige a las autoridades jurisdiccionales realizar, en tanto obligación constitucional, **un control sustantivo pleno que propenda por materializar, en cada caso concreto, el alcance pleno de los derechos establecidos en la Constitución.** Por su importancia, y su valor ilustrativo, se cita in extenso este pronunciamiento del Consejo de Estado:

“Se trata de establecer si los fallos disciplinarios cuya nulidad se demanda en el sub-lite son violatorios de las normas constitucionales y legales citadas en la demanda, porque contrarían el principio de favorabilidad de las normas disciplinarias y si el A-quo desconoció el principio de congruencia, al cambiar la sanción disciplinaria de multa impuesta actor, por la de amonestación escrita, previa anulación parcial de los actos acusados.

(...) El contenido de las normas transcritas es claro al disponer que el Juez está obligado a resolver todos los asuntos que las partes ponen a su consideración, lo cual, a su vez, implica que no puede pronunciarse sobre aquellos que no fuesen sometidos a su decisión.

En este orden de ideas, resulta que las pretensiones de la demanda demarcan el límite dentro del cual el Juez debe emitir su sentencia y en esa medida ese límite se desborda cuando el fallo contiene decisiones que van más allá de lo pedido, como cuando se condena a más de lo pretendido, en ese caso se infringe el principio de congruencia de la sentencia, consagrado en los artículos 170 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el 305 del Código de Procedimiento Civil, pero también se infringe dicho principio cuando el Juez omite resolver sobre peticiones que fueron presentadas oportunamente.

Sin embargo existen casos en los que el fallador debe decidir acerca de aspectos que aun cuando no fueron planteados expresamente por las partes, están implícitos en las pretensiones o en las excepciones propuestas, caso en el cual no se configura la inconsonancia de la sentencia.

(...) La parte recurrente sostiene que el A-quo olvidó que la Justicia Contencioso Administrativa es rogada, porque fundamentó la decisión apelada, en análisis de aspectos que no fueron objeto de demanda, entre otros, que, para determinar la gravedad o levedad de la falta, los actos demandados debieron tener en cuenta los siete (7) criterios establecidos en el artículo 27 de la ley 200 de 1995 y que tan solo se mencionó, sin contextualización alguna, el numeral sexto (6°), que se refiere a la jerarquía y mando que el servidor público tuviera en la Institución.

Sobre el punto es necesario señalar que en acciones como la que se adelanta en el sub-lite, se aplica el principio de la jurisdicción rogada, consistente en que la legalidad y validez de los actos demandados solo puede juzgarse frente a las normas citadas como violadas y su respectivo concepto de violación, lo cual tiene fundamento en lo dispuesto en el artículo 137, numeral 4°, que exige, entre otros presupuestos formales de la demanda cuando se impugna un acto administrativo, la indicación precisa de las normas superiores que se estiman infringidas y el correspondiente concepto de la violación.

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad del precepto citado⁷², condicionado a que cuando el Juez Administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación; pero además señaló que cuando advierta incompatibilidad entre la Constitución Política y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el artículo 4° de la norma Superior.

Al respecto, la Corte Constitucional expresó:

'...2.6. No obstante lo anterior, debe advertir la Corte que en virtud del principio de la prevalencia del derecho sustancial, no se debe extremar la aplicación de la norma acusada, al punto tal que se aplique un rigorismo procesal que atente contra dicho principio. En tal virtud, defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido es fácilmente identificable por el juez, **o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad.**

'2.7. **Considera la Corte, que tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente.**

...Considera igualmente la Corte que la exigencia prevista en el segmento normativo acusado, no puede significar que el juez administrativo pueda sustraerse de la obligación contenida en el art. 4 de la Constitución, conforme al cual "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma

⁷² Corte Constitucional sentencia C-197 de 7 de abril de 1999.

jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", norma esta última que tiende a garantizar la supremacía y defensa del ordenamiento jurídico superior.

...En conclusión, por las razones anteriormente expuestas, considera la Corte que el aparte normativo acusado no viola las normas invocadas por el demandante ni ningún otro precepto de la Constitución. No obstante, la norma será declarada exequible condicionada a que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito tantas veces mencionado, y que cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica deberá aplicar el art. 4 de la Constitución".

Para la Sala, el fallador de primera instancia actuó en consonancia con el condicionamiento que la Corte Constitucional señaló al declarar la exequibilidad del numeral 4º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

(...) Los argumentos del A-quo deben ser analizados frente al condicionamiento que la Corte Constitucional incluyó en la sentencia precitada y a lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, que consagra el derecho fundamental al debido proceso tanto en las actuaciones administrativas como judiciales y en esa medida encuentra respaldo el análisis del A-quo, que procedió a revisar el proceso disciplinario adelantado al actor, "... en aspectos tales como el debido proceso y el derecho de defensa, así como la aplicación de los principios de rango constitucional como el de favorabilidad, presunción de inocencia, Nulla Poena – Sine Lege, razonabilidad y proporcionalidad de la sanción, entre otros", en orden a establecer si la actuación disciplinaria se conformaba con la norma superior citada y la que entonces regía (L. 200/95), partiendo de los elementos necesarios para que una conducta se considere disciplinable, la cual encontró configurada en el caso del actor, al encargar al señor Jorge Enrique Aguilar por un término superior al autorizado por la ley, sin convocar a concurso para proveer el empleo; además determinó que la favorabilidad no podía aplicarse respecto de un tipo disciplinario y que en el sub-lite la conducta típica también era antijurídica.

En relación con la calificación de la falta, observó que en los actos sancionatorios tan solo se mencionó sin contextualización alguna, uno (1) de los siete (7) criterios señalados en el artículo 27 de la Ley 200 de 1995, para determinar la gravedad o levedad de la conducta y este fue el criterio contenido en el numeral 6º, atañadero a la jerarquía y mando que el servidor público tuviera en la respectiva institución.

Sobre el mismo aspecto el Tribunal señaló: "... para la Sala se aplicó parcial y por tanto indebidamente el artículo 27 de la Ley 200 de 1995, con lo cual se está frente a la ocurrencia aunque parcialmente de una de las causales de nulidad del acto contempladas en el artículo 84 del C.C.A., como es la de infracción a la norma en que debió fundarse el acto administrativo sancionatorio y de soslayo la vulneración al derecho al debido proceso y a un juicio justo, contemplados **en el artículo 29 Constitucional, invocado por el actor en el libelo demandatorio como norma violada**" (Subrayas y negrillas fuera del texto).

El A-quo encontró que la calificación de grave que se dio a la falta, no se hizo conforme a los parámetros que establece la ley, en razón de que se dejaron por fuera criterios relevantes v. gr. grados de culpabilidad y de perturbación del servicio y la naturaleza esencial de éste; reiteración de la conducta; naturaleza y efectos de la falta y la diligencia y eficiencia del disciplinado en el desempeño de la función pública, para inferir que no se realizó un esfuerzo investigativo, para determinar los aspectos favorables y desfavorables del sujeto sancionado, como prescribía el artículo 77, numeral 6º, de la Ley 200 de 1995 y que no hubo un discernimiento suficiente y juicioso por parte de la Procuraduría, que llevara a calificar como grave la falta.

En conclusión, el A-quo determinó que si bien es cierto en el proceso se demostró la responsabilidad del actor por incurrir en una conducta disciplinable, la sanción impuesta fue excesiva, en la medida en que no estuvo en consonancia con las disposiciones que regulaban la actuación del proceso disciplinario en la Ley 200 de 1995, entonces vigente, lo cual apareja violación del derecho fundamental al debido proceso.

Habiendo quedado demostrado que el proveído objeto de alzada no contiene una decisión extra petita, ni infringió el principio de congruencia de las sentencias, dicha decisión merece ser confirmada y así habrá de decidirse.”⁷³

En términos aún más contundentes, el Consejo de Estado afirmó en sentencia del 19 de mayo de 2011 que el juez contencioso administrativo está en la obligación constitucional de confrontar los actos disciplinarios presentados a su conocimiento con la totalidad de las disposiciones de la Constitución Política, y no únicamente con aquellas disposiciones legales expresamente invocadas en la demanda correspondiente: “en criterio de esta Sala no le asiste la razón al Tribunal que profirió el fallo apelado al afirmar que el control que efectúa esta Jurisdicción respecto de los actos administrativos, es únicamente de legalidad y no de constitucionalidad. Si bien es cierto que el análisis que se realiza en sede Contenciosa Administrativa incluye la confrontación entre el acto administrativo y la Ley, ello no obsta para que se examinen los actos demandados a la luz de la Constitución que, como ya se dijo, es norma de normas.”⁷⁴

Lo que resulta aún más importante es que el control pleno por la jurisdicción contenciosa forma parte de las garantías mínimas del debido proceso a las que tiene un derecho fundamental el sujeto disciplinado, según la Corte Constitucional, por lo cual este control judicial contencioso-administrativo no puede ser objeto de interpretaciones que restrinjan su alcance. Así, en la sentencia C-095 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara), la Corte explicó a este respecto:

“4. Del derecho a la defensa, los recursos ordinarios y la revocación directa de los actos administrativos de la administración pública.

Toda actuación que se adelante dentro del proceso disciplinario debe dar plena vigencia a los principios que integran el derecho fundamental al debido proceso, en cuanto aplicable tanto a las actuaciones administrativas como a las judiciales (C.P. art. 29); de manera que, las normas administrativas de naturaleza disciplinaria no pueden desconocer los principios de legalidad, autoridad administrativa competente, imparcialidad, publicidad, presunción de inocencia, defensa y contradicción.

En efecto, la plena vigencia de los presupuestos que conforman el debido proceso, constituye exigencia básica de la validez constitucional del proceso disciplinario, en forma tal que las actuaciones que allí se efectúen deberán estar sujetas al ejercicio del derecho de defensa amplia y oportuna, al igual que a la posibilidad de impugnación de las decisiones adoptadas, haciendo viables las garantías sustanciales y procesales pertinentes para la protección de los derechos fundamentales y las libertades de los servidores públicos.

En este orden de ideas, se destaca que constituye elemento medular que garantiza el referido derecho fundamental, durante el trámite de la actuación disciplinaria, la facultad en cabeza del investigado de controvertir las decisiones disciplinarias de fondo

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia del 19 de agosto de 2010. Radicación No. 76001-23-31-000-2000-02501-01(1146-05). Actor: Milton José Mora Lema. Demandado: Procuraduría General de la Nación. Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia del 19 de mayo de 2011. Radicación No. 25000-23-25-000-2000-00281-01(2157-05). Actor: Remberto Enrique Corena Silva. Demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

que allí se adopten por la autoridad competente, especialmente, los fallos con finalidad condenatoria.

Forma parte, entonces, del campo de la regulación de la estructura de la administración pública, de su funcionamiento y de la legalidad misma de las decisiones que adopte, la posibilidad de cuestionar sus resoluciones a través de los medios de impugnación y revisión en los términos legalmente establecidos, toda vez que la administración en ejercicio de sus funciones no está exenta de producir actos irregulares, injustos e inconvenientes que, además de generar una vulneración del ordenamiento jurídico vigente, pueden llegar a afectar los derechos subjetivos e intereses de sus gobernados. Con ese propósito, la normatividad contenciosa administrativa vigente prevé recursos ante la misma administración, dentro de la vía gubernativa, (C.C.A., arts. 49-55), así como la revocatoria directa de los actos administrativos de oficio o a petición de parte (C.C.A., art. 69-74), y el ejercicio del derecho de acción para que se lleve a cabo el control jurisdiccional de la actividad administrativa ante la jurisdicción contenciosa administrativa (C.C.A., Parte Segunda, Libro Segundo, Títulos X y XI)."

En igual sentido se pronunció la Corte en la sentencia C-1189 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) sobre la importancia de control judicial contencioso-administrativo para la integridad del debido proceso administrativo. E igualmente, en la sentencia T-060 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo), la Corte Constitucional convalidó una competencia amplia de la jurisdicción contencioso-administrativa, no como una invasión de la órbita propia del fallador disciplinario, sino como un control y complemento necesario para que el ejercicio del derecho administrativo sancionador sea acorde con la Constitución; en palabras de la Corte en esta última providencia,

"Tampoco considera válido la Sala concluir que la autoridad de lo contencioso administrativo, al velar por la legalidad y constitucionalidad de la actuación disciplinaria, se halle impedido para realizar en el marco de su actuación judicial una interpretación de la norma legal disciplinaria, basado en la consideración de que tal función interpretativa es propia del juez disciplinario, titular de la función disciplinaria, no del juez administrativo. A juicio de esta Corporación, el juez administrativo, al tiempo de determinar la legalidad de un acto administrativo que encuentra contrario a preceptos superiores, debe proceder a rectificar tal decisión señalando el error e impartiendo las órdenes judiciales pertinentes, con base en las consideraciones jurídicas que la soporten. Y esta actuación no significa invasión de la órbita sancionadora de la entidad que viene enjuiciando disciplinariamente a uno de sus funcionarios. Por el contrario, se trata de garantizar que esa función sancionadora se haya cumplido sin desconocimiento de derechos fundamentales o principios esenciales del debido proceso."

El hecho de que el control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos disciplinarios es un control pleno e integral, resulta confirmado por la amplísima jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de procedencia de la acción de tutela, en la cual se ha explícitamente afirmado que las acciones ante la jurisdicción contenciosa –en nulidad o nulidad y restablecimiento- son, en principio, los medios judiciales idóneos para proteger los derechos fundamentales de quienes estén sujetos a un proceso disciplinario. En efecto, la Corte Constitucional en jurisprudencia repetitiva ha explicado que los actos de la procuraduría son actos administrativos sujetos a control judicial por la jurisdicción contenciosa, regla que ha

sido aplicada en incontables oportunidades para examinar la procedencia de la acción de tutela en casos concretos, en los que se ha concluido que ante la existencia de otros medios de defensa judicial, la tutela se hace improcedente salvo casos de perjuicio irremediable –que por regla general no se configuran con las decisiones sancionatorias de la procuraduría-. Se puede consultar a este respecto la sentencia T-1190 de 2004, en la cual la Corte afirmó que el juez de tutela no puede vaciar de competencias la jurisdicción contencioso-administrativa, encargada de verificar la legalidad de los actos administrativos proferidos por la Procuraduría en ejercicio de sus potestades disciplinarias. La lógica jurídica aplicada por la Corte Constitucional al declarar improcedentes acciones de tutela por ser idóneos los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho para ventilar las pretensiones de anulación de decisiones disciplinarias por violación de la Constitución, es la misma lógica jurídica que sustenta el ejercicio de un control más que meramente formal por la jurisdicción contencioso-administrativa sobre estos actos administrativos.

La postura seguida consistentemente en la jurisprudencia del Consejo de Estado revela que en la inmensa mayoría de los casos esta Corporación ha entrado a valorar de fondo, en el contencioso de nulidad y restablecimiento, tanto las actuaciones procesales como las pruebas mismas obrantes en el proceso disciplinario y el razonamiento jurídico y probatorio de la Procuraduría o de las autoridades disciplinarias. A continuación se traen algunos ejemplos ilustrativos:

(a) En sentencia del 12 de marzo de 2009, el Consejo de Estado conoció de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta contra los actos administrativos disciplinarios proferidos por la Procuraduría General de la Nación mediante los cuales se impuso al accionante la sanción de multa de sesenta días de salario. En este caso, el Consejo de Estado consideró que el problema jurídico consistía en “determinar si al actor le fue vulnerado el derecho al debido proceso por parte de la Procuraduría General de la Nación, con ocasión de la expedición de los fallos de primera y segunda instancia en los que en su parecer, se supuso su culpabilidad, imponiéndole como sanción una multa de sesenta días de salario para la época de los hechos; en atención a que en su calidad de Gobernador de Casanare, efectuó la contratación directa y el fraccionamiento de los contratos relacionados con la construcción de las cimentaciones de las torres metálicas de la línea eléctrica Chivor - Aguaclara, y con el transporte, tendido y tensionado de los cables de la misma línea”. Luego de examinar el contenido sustantivo de las

pruebas que obraban en el proceso disciplinario sujeto a control, la Sala razonó así sobre el mérito de las decisiones disciplinarias revisadas:

“(…) Observa la Sala que la inconformidad del actor se fundamenta en el hecho de que la entidad demandada vulneró su derecho al debido proceso, porque presumió su culpabilidad, sin tener en cuenta que su actuación se desplegó en acatamiento a los conceptos que sobre la materia emitieron sus asesores jurídicos.

Entendido 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 derechos⁷⁵; es por lo que para la Sala se hace evidente que el actuar de la Procuraduría no vulneró tal principio, habida cuenta que la condena en este caso fue impuesta al inculpado como consecuencia de que su conducta desconoció de manera evidente la Ley de Contratación Estatal a la que debió sujetarse y además omitió el deber constitucional que le asistía como máximo representante de la entidad territorial, habiendo sido demostrada su responsabilidad dentro de un esquema procesal ajustado a las normas que le aseguraron sus posibilidades de defensa y contradicción.

(…) No es admisible para la Sala que el actor escude su ilegal actuación en los conceptos emitidos por sus asesores, pues es indiscutible que los mismos no tienen carácter vinculante, pudiendo en su calidad de máxima dignidad del Departamento y de Profesional en el Derecho, hacer caso omiso a los mismos. Además, si bien es cierto, no le era exigible tener conocimientos relacionados con el tema de la energía eléctrica, no lo es menos, que en materia de contratación estatal, debía acudir a los conocimientos generales sobre la contratación de la entidad estatal a la cual representaba.

En este caso como bien lo señaló la Procuraduría, el impugnante en el ejercicio del cargo que ostentaba, bien debía conocer sus funciones y entender el alcance de sus actos y de sus omisiones. Además, por su formación profesional en el Derecho, le asistía el deber de conocer la Ley de Contratación, que señala la necesidad de iniciar el proceso licitatorio respectivo en atención a la naturaleza de la entidad contratante que representaba, a la cuantía del contrato que iba a celebrar y a la naturaleza e importancia del objeto contractual.

Es por lo anterior, que no existe un poder excusante que provenga de una cosa ignorada, pues en este caso, le asistía el deber de conocer la norma, de donde se concluye que su ignorancia de ninguna manera se puede argumentar como excusa para no acatar la ley que regía la materia contractual.

En este orden, concluye la Sala que no tienen vocación de prosperidad las súplicas de la demanda, razón por la cual habrá de confirmarse el fallo apelado⁷⁶.

(b) En sentencia del 30 de julio de 2009, el Consejo de Estado se pronunció sobre el proceso disciplinario adelantado contra la demandante por la Policía Nacional, y luego de examinar desde una perspectiva sustantiva tanto el análisis de las pruebas realizado por las autoridades disciplinarias, como el análisis de la situación psicológica de la investigada, entrando incluso a constatar el mérito de las pruebas que obraban en el expediente disciplinario y la forma como las autoridades de la policía se atuvieron a dicho acervo probatorio al concluir que la actora era disciplinariamente responsable.⁷⁷

⁷⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá: Departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 356 – 358.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”. Sentencia del 12 de marzo de 2009, Radicación No. 85001-23-31-000-2005-00252-01(1762-07). Actor: Jorge Prieto Riveros. Demandado: Procuraduría General de la Nación. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁷⁷ En palabras de esta Corporación: “Tampoco es cierta la afirmación que el impugnante hace de que la situación psicológica de la investigada no mereció valoración alguna por los falladores del proceso disciplinario, porque contrario a ello, de la lectura de estas providencias, claramente se infiere que se analizó este argumento y se despachó de manera desfavorable, pues no sólo la historia médica de la disciplinada se tuvo en cuenta, sino también la diligencia de descargos en la cual con lucidez y con detalles se narra la manera como se dirigió la conducta que finalmente es constitutiva de delito y que se erige en una de las causales para la destitución del cargo. (...) Concluye entonces esta instancia, que el proceso disciplinario fue decidido previo análisis de las pruebas en él practicadas, fundado en la sana crítica y en que no se logró demostrar el estado de inimputabilidad alegado por el vocero de la investigada quien cumplió con el ejercicio de la defensa, solicitando pruebas y presentando alegatos de conclusión, evidenciándose de esta manera el cumplimiento de su cometido, contrario a lo alegado por el impugnante. La defensa técnica es la que se ejerce a través de abogado y para el caso del proceso disciplinario que se le adelantó a la investigada, la presencia de abogado inscrito no está establecida como requisito para el inicio y conclusión de la investigación. **Tampoco prospera este cargo.” Consejo de Estado, Sala de lo**

(c) En sentencia del 7 de abril de 2011, el Consejo de Estado reiteró que el control jurisdiccional de los actos administrativos disciplinarios obedece a reglas y causales de anulación específicas⁷⁸, y a continuación procedió a examinar los aspectos tanto procedimentales como sustantivos de las actuaciones de la autoridad disciplinaria, incluyendo su valoración probatoria y el sustento jurídico de su decisión, para efectos de eventualmente anular lo actuado en sede disciplinaria⁷⁹.

(d) En sentencia del 15 de febrero de 2007, el Consejo de Estado realizó un examen minucioso de aspectos sustantivos del fallo disciplinario controvertido, incluyendo análisis del mérito probatorio de la evidencia recaudada en el proceso disciplinario, y del proceso de valoración y adecuación típica efectuado por la autoridad disciplinaria⁸⁰.

Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". Sentencia del 30 de julio de 2009. Radicación No. 76001-23-31-000-1997-24720- 01(1390-04). Actor: Luz Marina Ortiz Caicedo. Demandado: Policía Nacional. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

⁷⁸ Expresó la Sala: "De igual manera, no toda irregularidad dentro del proceso disciplinario genera por sí sola la nulidad de los actos a través de los cuales se aplica a un funcionario una sanción, pues lo que interesa en el fondo es que no se haya incurrido en fallas de tal envergadura que impliquen violación a las garantías mínimas del derecho de defensa y del debido proceso. // En otras palabras, sólo las irregularidades sustanciales o esenciales, que impliquen violación de garantías o derechos fundamentales, acarrearán la anulación de los actos sancionatorios. // Se hace entonces necesario examinar si para la expedición del acto acusado se cumplió con el requisito previo del proceso disciplinario y si existieron irregularidades de tal magnitud que hubieran configurado la violación de los derechos fundamentales para que lo viciaran de nulidad." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia del 7 de abril de 2011. Radicación No. 08001-23-31-000-1995-09745-01(2553-08). Actor: Enna Edith Castillo de Melo. Demandado: Dirección Seccional de Administración Judicial de Barranquilla.

⁷⁹ En palabras de esta Corporación: "Revisado el acervo probatorio, se observa que no obra prueba que demuestre que se haya realizado una actuación administrativa disciplinaria tendiente a demostrar la falta en que presuntamente incurrió la actora, para hacerse acreedora a la medida de destitución, ni se tuvieron en cuenta las normas preexistentes y aplicables a la situación particular, atendiendo la vigencia y obligatoriedad de las mismas. (...) Conforme a lo anterior y analizadas las pruebas allegadas al proceso junto con la lectura del acto acusado, se observa que para su expedición no se cumplió con el requisito previo de la investigación disciplinaria que la norma contempla, ni se pudo establecer que se haya comprobado con claridad la falta grave en que incurrió la actora, que acarreó la sanción de destitución del cargo de Secretaria del Juzgado Trece Penal Municipal de Barranquilla. // Si bien la entidad alega que la investigación se adelantó por la vía de la oralidad o procedimiento verbal, en aras de la preservación de los principios de economía procesal y celeridad, este argumento no se puede considerar como válido cuando claramente se observa que no se llevó a cabo la respectiva instrucción o investigación y el consecuencial juzgamiento, vulnerándosele el derecho de defensa y el debido proceso de la señora Castillo de Melo por no otorgarle las garantías mínimas, como presunta responsable de los hechos que se le endilgaban. // Así mismo, la juez como superior jerárquico de la demandante tenía la competencia para iniciar la vigilancia judicial por tener esta la condición de empleada subalterna, sin embargo no le era permitido, que además de no otorgarle la oportunidad de rendir descargos, allegar y solicitar pruebas como efectivamente sucedió, le cercenara el derecho de recurrir la decisión al no concederle el recurso de apelación que la ley dispone en los eventos en que se decreta la destitución. // La decisión se adoptó sin tener una valoración adecuada del conjunto de pruebas arrimadas a la actuación, irrespetando el debido proceso y el derecho de defensa y contradicción que posee la encartada. La Resolución 036 del 17 de febrero de 1995 contiene solamente una síntesis de unos hechos simplemente narrados sin que se haya realizado por parte del nominador un análisis jurídico claro y detallado de la presunta irregularidad o falta grave en que se incurrió, por lo que la sanción impuesta no se ajusta a las previsiones del Decreto 1888 de 1989. (...) Así las cosas, la Sala advierte que en el asunto en estudio, el acto de destitución acusado no fue simplemente el resultado del ejercicio de la investigación disciplinaria que la ley prevé para estos casos, por el contrario, con su actuar la Juez persiguió razones diferentes, esto es, ejerció la facultad discrecional para imponer la sanción de destitución, sin cumplir con los presupuestos necesarios que la ley contempla para estos casos, circunstancia que hace que el acto acusado sea nulo. // En este orden de ideas, es evidente que la Juez Trece Penal Municipal de Barranquilla, como autora de la decisión de destituir a la actora mediante la expedición del acto enjuiciado, le vulneró los derechos de defensa, contradicción y debido proceso al no haber iniciado proceso disciplinario previo a la decisión tomada para prescindir de sus servicios, lo que impone confirmar el fallo de primera instancia." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia del 7 de abril de 2011. Radicación No. 08001-23-31-000-1995-09745-01(2553-08). Actor: Enna Edith Castillo de Melo. Demandado: Dirección Seccional de Administración Judicial de Barranquilla.

⁸⁰ El Consejo de Estado realizó el siguiente examen probatorio sustantivo: "Pues bien, considera la Sala que la argumentación que hace el demandante acerca de las presuntas pruebas omitidas que podían demostrar que su actuación fue proporcionada y adecuada a los sucesos investigados, resulta bastante insuficiente frente a las graves acusaciones y evidencias que demuestran ante todo la falta de cuidado, pese a su obligación, para salvaguardar la escena en donde se desarrollaron los hechos. El presunto prontuario delictivo de una de las víctimas ni la entrega de las armas el mismo día al Juez que realizó el levantamiento de los cadáveres, son hechos ni mucho menos pruebas suficientes para controvertir,

Incluso en las mismas pocas sentencias en las que el Consejo de Estado ha dicho enfáticamente que no es una tercera instancia disciplinaria, asumiendo una posición que en principio podría leerse como más restrictiva sobre el alcance de sus propias competencias, en últimas ha entrado de todas formas a analizar de fondo la prueba y su valoración porque se alega que se desconocieron garantías procesales de importancia fundamental. En todos estos casos, el Consejo de Estado se pronuncia de fondo en detalle y proveyendo pautas jurídicas detalladas para justificar su razonamiento. Así que una lectura restrictiva del alcance del control jurisdiccional tampoco encuentra sustento en la jurisprudencia previa del Consejo de Estado, que se ha centrado, al afirmar que no es una tercera instancia, en delinear la especificidad propia del control jurisdiccional, diferenciándola del ejercicio de la función administrativa disciplinaria pero sin restringir su alcance, y por el contrario efectuando en esos casos concretos un control integral de las decisiones de las autoridades disciplinantes a la luz de la Constitución.

En efecto, en reiterados pronunciamientos el Consejo de Estado ha aclarado que el proceso contencioso-administrativo no puede constituir una tercera instancia para reabrir el debate probatorio que se surtió en el proceso disciplinario. No obstante, se resalta, esta jurisprudencia no puede ser interpretada en el sentido de limitar las facultades de control del juez contencioso-administrativo, ni de impedirle realizar un examen integral de las pruebas con base en las cuales se adoptaron las decisiones administrativas disciplinarias sujetas a su control. Por el contrario, el sentido de estos pronunciamientos del Consejo de Estado es que el debate probatorio en sede jurisdiccional contencioso-administrativa debe ser

entre otras pruebas contundentes, la prueba de la absorción atómica de uno de los cadáveres que demuestran que una de las víctimas no disparó ninguna arma de fuego y que los disparos se hicieron a muy corta distancia. // Llama la atención de la Sala como un grupo considerable de hombres del Ejército que participó en el operativo no hubiera actuado diligentemente para acordonar la zona donde ocurrieron los hechos con el fin de proteger las evidencias y salvaguardar las pruebas para el esclarecimiento de los hechos. El Sancionado afirma con respecto al levantamiento de las armas que hizo con posterioridad a los hechos que *"reconozco que levante dichas armas, ya que el combate tuvo lugar a eso de las 01:30 Horas aproximadamente y la Fiscalía o el Cuerpo Técnico que hizo (sic) el levantamiento llegó aproximadamente a las 17:00 Horas, espacio suficiente para que en cualquier momento se hubiese perdido el material bélico, que era una prueba fundamental en este proceso. Cabe aclarar que también las recogí por que a mi me tocó hacer un registro perimétrico al séctor (sic) que fue mayor a dos kilómetros a la redonda, y debido a la gran cantidad de curiosos de la región y a la escasa seguridad que quedaba..."* (fl. 613 cdno No. 3) Para la Sala éstas apreciaciones no resultan convincentes para justificar tan grave acontecimiento reprochable y sancionable desde todo punto de vista. // Por otro lado, informa el apoderado de la parte actora que en la contestación de los pliegos de cargos solicitó unas pruebas que no fueron decretadas ni negadas explícitamente por parte del investigador. Dicha omisión, según él, constituye una violación al derecho de defensa, al no notificársele ninguna decisión al respecto e impidiéndole ejercer algún recurso. // Cotejada la contestación al pliego de cargos que presentó el entonces investigado frente a la resolución del 2 de diciembre de 1994, que ordenó la práctica de las pruebas solicitadas por él, se aprecia que la Procuraduría Delegada por las Fuerzas Militares omitió referirse al examen médico psicológico y psiquiátrico que solicitó para demostrar que no tenía ningún comportamiento tendiente a matar o asesinar. // Dicha omisión no alcanza a configurar de manera alguna una trasgresión flagrante del debido proceso, dado que prima facie se deduce la inconducencia e impertinencia de la prueba pues en nada sirve para el esclarecimiento de lo hechos o para demostrar que las actuaciones desplegadas por él fueron debidas y proporcionadas." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia del 15 de febrero de 2007. Radicación No. 25000-23-25-000-1996-06319-01(6319-05). Actor: Nelson Rolando Micolta Robayo. Demandado: Procuraduría General de la Nación y Ministerio de Defensa Nacional. Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

sustancialmente distinto y contar con elementos valorativos específicos, de raigambre constitucional, que son diferentes a los que aplica la autoridad disciplinaria. No es que al juez contencioso-administrativo le esté vedado incursionar en debates o valoraciones probatorias, sino que los criterios de apreciación con base en los cuales puede –y debe- acometer la valoración de las pruebas son sustancialmente diferentes, y se basan en los postulados de la Constitución Política. El Consejo de Estado ha elaborado con mayor detalle el fundamento de esta distinción entre la actividad probatoria que compete a la autoridad disciplinaria, y la actividad probatoria que compete al juez contencioso administrativo que conoce de las demandas contra los actos disciplinarios; así, en sentencia del 23 de julio de 2009, esta Corporación explicó lo siguiente:

“(…)3. Sobre la actividad probatoria han de reiterarse ahora los principios básicos que ilustran la actividad demostrativa. Así, el C.D.U reitera el principio general de necesidad de la prueba, como desarrollo concreto del debido proceso, reza con este propósito el artículo 128 del compendio disciplinario:

“...Necesidad y carga de la prueba. Toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. La carga de la prueba corresponde al Estado...”

La legalidad de la prueba no se resiente por sí, cuando el funcionario hace uso del derecho a juzgar la conducencia y pertinencia de la prueba, pues dentro de sus atribuciones está la de excluir aquellas pruebas, superfluas, inconducentes o impertinentes y evitar que el debate se prolongue indefinidamente. Tal es el sentido del artículo 132 del C.D.U que otorga a las partes la posibilidad de postular la prueba y al funcionario de calificar su procedencia. Dice así el citado precepto:

“Los sujetos procesales pueden aportar y solicitar la práctica de las pruebas que estimen conducentes y pertinentes. Serán rechazadas las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.”

El quebranto del debido proceso que denuncia el demandante viene, entre otras cosas, según dice, es que le privaron del derecho a probar. A este respecto la Sala observa que el proceso que se siguió contra el disciplinable, agotó las etapas de proposición, decreto, práctica y contradicción de la prueba. En esa actividad, quienes ejercían la competencia disciplinaria hicieron uso de la potestad de excluir algunas pruebas en desarrollo de los principios de pertinencia y conducencia, mediante determinaciones cuya legalidad se ventiló en doble instancia. Ahora que, si algunas de las pruebas ya decretadas no se practicaron, de esa circunstancia no se sigue la violación al debido proceso, pues antes ha de averiguarse la razón por la cual se frustraron. Y en la indagación sobre los motivos del fracaso de las pruebas, se descubre que la imprecisión de los datos suministrados por el mismo demandante, dio al traste con la prueba, pues las comunicaciones se libraron a dependencias distintas de las que tenía en mente el proponente de la prueba, pero que mal informó a los funcionarios que conocían del proceso disciplinario. A ello se suma que en el proceso disciplinario el hoy demandante no usó todos los instrumentos a su alcance para enmendar los yerros que su propia incuria generó.

Entonces, si la autoridad disciplinaria dio razones para desdeñar alguna de las pruebas, y esas razones son atendibles, tanto que fueron examinadas en dos instancias, no hay violación al debido proceso por esa simple circunstancia. No se puede admitir la nulidad de un proceso disciplinario, con fundamento en la ausencia de pruebas o disputando la valoración de las mismas, pues la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no puede operar como una tercera instancia para debatir si la prueba debió ser decretada, o para discrepar de la valoración hecha, pues constitucionalmente

los procesos solo conocen dos instancias y no puede trasladarse a la acción contenciosa lo que es propio de cada uno de los procesos, en este caso de la doble instancia del proceso disciplinario. Desde luego que eso no significa que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se coloque al margen de las vicisitudes probatorias que preceden a los actos administrativos, sino de poner límites razonables al debate sobre la prueba, para que la actividad de la Jurisdicción Contenciosa en tanto ejerce el control del debido proceso en la prueba, no sea la misma de la que se ocupó la administración en doble instancia.

Debe existir entonces una cualificación del debate en la acción Contencioso Administrativa, de modo que en el proceso de nulidad se demuestre no sólo que las pruebas faltaron objetivamente, sino que el contenido de ellas, de haber sido llevado oportunamente al proceso hubiera cambiado radicalmente la decisión. Dicho con otras palabras, no es la simple ausencia de la prueba causa para anular la actuación administrativa, sino que es menester superar la simple conjetura, para demostrar que la prueba omitida era trascendente en grado sumo, tanto, que dada su fuerza de convicción la decisión hubiera tomado otro rumbo.

No es entonces causal de nulidad de la actuación la ausencia objetiva de la prueba, si no se acredita que por esa ausencia se distorsionó sustancialmente el juicio del sentenciador disciplinario en este caso, al punto de llevarlo a un resultado contraevidente, si se admitiera que la simple ausencia de la prueba anula la actuación, quedarían las partes del proceso administrativo relevados de procurar la prueba e insistir en su práctica, para dejar vacíos que dieran al traste con la actuación administrativa al amparo de la simple conjetura de lo que pudieron decir las pruebas. Se insiste en que no basta la ausencia material de la prueba, sino que es menester acreditar la trascendencia que ella tendría en la decisión, es decir que lo que ella demostraría hubiera cambiado radicalmente el sentido del fallo.

En el presente caso, además del desdén del demandante en la práctica de algunas pruebas, las demás, de haberse producido nada asegura que hubieran tenido la fuerza exculpatoria que tácitamente les confiere el demandante, quien además nunca se comprometió con argumentar sobre la incidencia que tiene la ausencia de las pruebas en la decisión tomada, ni hizo intento alguno para demostrar que la presencia de esas pruebas hubiera cambiado radicalmente el sentido de la decisión. Así, aun cuando se hubiera determinado el color de los muebles de la oficina del sujeto disciplinado, y las veces que ingresó a trabajar en horarios diferentes a la jornada normal, o los volúmenes de tareas, ellos no explicarían por sí solos el error protuberante de la autoridad que adoptó la decisión disciplinaria. No está demás señalar que el demandante admitió que un funcionario experimentado era el encargado de sustanciar los derechos de petición que aquel debería suscribir, entonces la asiduidad con que el sancionado comparecía a laborar en horas ajenas a la jornada, por sí no muestra la ausencia de responsabilidad, pues la tarea la tenía que hacer otro funcionario y al sancionado le faltó exigir se diera la respuesta oportuna. Nada hay en este proceso contencioso administrativo que lleve a la convicción de que la decisión sancionatoria hubiera sido otra, solo hay hipótesis de lo que hubiera podido arrojar la actividad probatoria y nada más. Las demás pruebas, como recoger información de alguna empresa de correos, tendentes a demostrar algunas inconsistencias del denunciante en su declaración, ninguna incidencia tendrían en la resolución final, que estuvo fundada en la existencia de la tardanza en responder un derecho de petición.

En resumen, la sola posibilidad de que exista alguna información adicional fruto de la actividad probatoria omitida, sin saber su contenido ni la incidencia en la decisión tomada, no puede erigirse en trasgresión del debido proceso, menos si de las mismas circunstancias se ocuparon las instancias del juicio disciplinario.⁸¹

En este sentido, el Consejo de Estado ha subrayado, y desea enfatizar en la presente providencia, que la diferencia fundamental que existe entre la actividad y valoración probatoria del fallador disciplinario, y la actividad y valoración probatoria

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". Sentencia del 23 de julio de 2009. Radicación No. 11001-03-25-000-2004-00212-01(4493-04). Actor: Gerardo Tortello Ditta. Demandado: Superintendencia de Sociedades. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

del juez contencioso administrativo –en virtud de la cual el proceso judicial contencioso no puede constituir una tercera instancia disciplinaria-, ***no implica bajo ninguna perspectiva que el control jurisdiccional de las decisiones disciplinarias sea restringido, limitado o formal, ni que el juez contencioso carezca de facultades de valoración de las pruebas obrantes en un expediente administrativo sujeto a su conocimiento***; y también ha explicado que ***el control que se surte en sede judicial es específico, y debe aplicar en tanto parámetros normativos no sólo las garantías puramente procesales sino también las disposiciones sustantivas de la Constitución Política que resulten relevantes***.

Se concluye, pues, que no hay límites formales para el control judicial contencioso-administrativo de los actos administrativos proferidos por las autoridades administrativas disciplinarias y la Procuraduría General de la Nación, salvo aquellos límites implícitos en el texto mismo de la Constitución y en las normas legales aplicables. Las argumentaciones de la Procuraduría a través de sus representantes y apoderados que puedan sugerir lo contrario –v.g. que el control judicial es meramente formal y limitado, o que las decisiones disciplinarias de la Procuraduría tienen naturaleza jurisdiccional- no son de recibo por ser jurídicamente inaceptables y conceptualmente confusas.

4. EL CARÁCTER INSUSTANCIAL DEL ERROR MECANOGRÁFICO EN EL PLIEGO DE CARGOS

El demandante alega que se violó su derecho al debido proceso y las reglas legales sobre la identificación de los cargos en el pliego disciplinario, cuando en uno de los apartes del pliego de cargos se identificó como norma violada el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, y no el numeral 3 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

La Sala recuerda que, de conformidad con el artículo 228 de la Constitución Política, en las actuaciones de la administración de justicia “prevalecerá el derecho sustancial”. En aplicación de esta pauta, el Consejo de Estado ha establecido en una línea jurisprudencial pacífica que, en el contencioso de anulación de los actos administrativos disciplinarios, no cualquier irregularidad que se presente tiene por efecto generar una nulidad de las actuaciones sujetas a revisión – únicamente aquellas que, por su entidad, afectan los derechos sustantivos de defensa y

contradicción del investigado. Así lo ha expresado inequívocamente esta Corporación, al afirmar que “no toda irregularidad dentro del proceso disciplinario, genera de por sí la nulidad de los actos a través de los cuales se aplica a un funcionario una sanción disciplinaria, pues lo que interesa en el fondo es que no se haya incurrido en fallas de tal entidad que impliquen violación del derecho de defensa y del debido proceso”⁸². En idéntica línea, en pronunciamiento de 2007, dijo esta Sección:

“Como lo ha expresado la Sala en otras oportunidades, el debido proceso es una garantía constitucional instituida en favor de las partes y de aquellos terceros interesados en una determinada actuación administrativa o judicial (artículo 29). Consiste en que toda persona, natural o jurídica, debe ser juzgada conforme a leyes preexistentes al caso que se examina, garantizándosele principios como los de publicidad y contradicción y el derecho de defensa. No obstante, debe precisarse que no toda irregularidad dentro del proceso disciplinario genera de por sí la nulidad de los actos a través de los cuales se aplica a un funcionario una sanción disciplinaria pues lo que interesa en el fondo es que no se haya incurrido en fallas de tal entidad que impliquen violación del derecho de defensa y del debido proceso, es decir sólo las irregularidades sustanciales o esenciales, que implican violación de garantías o derechos fundamentales, acarrear la anulación de los actos sancionatorios.”⁸³

Una lectura integral y completa del pliego de cargos que formuló la Procuraduría contra el señor Montilla, realizada en forma desprevénida y de buena fe, revela que se trata de un mero error mecanográfico que desde ninguna perspectiva impide identificar con claridad las faltas disciplinarias que se le endilgaron al señor Montilla. En efecto, en los dos capítulos previos a aquel en el que se encuentra este error mecanográfico, la Procuraduría identificó con claridad la norma que se estimaba violada, y además describió y caracterizó de manera sustantiva y en detalle el comportamiento en el que había incurrido el señor Montilla, y por el cual se le estaba formulando el pliego de cargos. Por otra parte, una simple lectura del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734/02 indica con claridad que la falta que allí se consagra⁸⁴ es del todo inaplicable a los hechos por los que se estaba investigando al señor Montilla, lo cual refuerza su carácter de error mecanográfico. Además, nota la Sala que esta supuesta causal de nulidad ya fue alegada por el abogado del señor Montilla en el curso del proceso disciplinario, y fue resuelta en forma desfavorable antes de que se profiriera la decisión sancionatoria de fondo. También se observa que después de que se formulara el pliego, el señor Montilla ejerció su defensa en forma expresa, contrarrestando específicamente los cargos atinentes a la violación del artículo 48, numeral 3, del Código Disciplinario Unico;

⁸² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 5 de diciembre de 2002, Rad. No. 54001-23-31-000-1993-7797-01(16144); Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla.

⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 23 de agosto de 2007, Rad. No. 25000-23-25-000-1999-11470-01(4144-04); Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

⁸⁴ “31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.”

alegar, por ende, que se trató de una imprecisión que afectó su derecho de defensa, es insostenible a la luz de la conducta procesal posterior del propio disciplinado. Más aún, en la decisión sancionatoria de fondo se precisa con toda claridad cuál fue la falta cometida y la norma que la consagra.

Dado que se trata de un mero error mecanográfico que no tuvo efectos sustantivos sobre el ejercicio del derecho de defensa y del derecho al debido proceso del señor Montilla, el cargo no prospera.

5. LA ERRONEA LECTURA POR EL DEMANDANTE DE UN APARTE DEL FALLO SANCIONATORIO

El demandante alega que se violaron las reglas del Código Disciplinario Unico sobre el recaudo y la valoración de las pruebas al habersele dado, supuestamente, aplicación a un estándar probatorio fijado por la Viceprocuraduría General de la Nación que exime a la autoridad disciplinaria de probar la culpabilidad individual, en casos de incremento patrimonial indebido.

Una lectura detenida del fallo disciplinario proferido en primera instancia por la Procuraduría Provincial de Popayán revela que, en efecto, se invocó un pronunciamiento del Viceprocurador General de la Nación sobre el estándar probatorio a aplicar en casos de incremento patrimonial injustificado en tanto falta disciplinaria; pero tal invocación no se hizo, como lo deduce el demandante, con el fin de exonerar a la Procuraduría de probar los elementos de tipicidad y culpabilidad de la conducta individual del disciplinado Lauro Eduardo Montilla, sino simplemente para rebatir uno de los argumentos de la defensa, a saber, el argumento según el cual el señor Montilla no habría cometido falta disciplinaria alguna al no haberse causado daño al erario público. En efecto, se puede leer en el fallo de primera instancia de la Procuraduría, transcrito anteriormente, la siguiente argumentación:

“Uno de los aspectos importantes que en los descargos se presenta como argumento de defensa es el hecho de que la suma contenida en el numeral 3 del Artículo 48 de la Ley 734/2002 (500 salarios mínimos legales mensuales) sobrepasa el valor recurso contenido en el cheque de gerencia, (sic) lo que en principio no estructuraría la gravedad de la falta calificada por el Despacho, y por ello, la forma como se ha tasado la gravedad de la falta, no correspondería a lo previsto en la norma, ya que para ello la cuantía debía haber sido \$190'750.000 según el salario mínimo de la época, agrega, que además no se han perdido, extraviado ni dañado bien alguno del Estado, pues el recurso que no se consignó debidamente, se encuentra al igual que el rendimiento producido, en el Banco Agrario de la localidad del Bordo; para ello basta decir que no es propiamente el inciso primero del numeral 3º del artículo 48 Ibídem en donde se tipifica la falta, sino en su inciso 2º por el

incremento injustificado indirectamente a favor de un tercero y en este aspecto sí pierde relevancia el valor del incremento tal como se explica en fallo de primera instancia de 31 de marzo de 2004, expediente No. 154-55912-01 de la Viceprocuraduría General de la Nación, el cual se analizó suficientemente en el pliego de cargos, pero que por importancia para el asunto aquí tratado y por su claridad especialmente en este tema, se retoma nuevamente para descartar cualquier confusión que en este aspecto pueda presentarse.

Dijo el Ministerio Público sobre el incremento patrimonial injustificado en este importante fallo:

‘La falta disciplinaria es de mera conducta esto es, que basta con la infracción al deber de la conducta típicamente antijurídica acompañada obviamente de la ilicitud sustancial como antijuridicidad, es decir que la infracción al deber afecte claramente la función pública en su calidad (intuito personae); en consecuencia el incremento a que alude la Ley disciplinaria difiere del delito de enriquecimiento ilícito, dado que en el primero el resultado se tiene como condición de la falta, contrario sensu en el delito subyace de su misma naturaleza, el resultado y la vulneración al bien jurídico tutelado.

Entonces lo indebido e injustificado patrimonialmente difiere ostensiblemente de lo que se denomina enriquecimiento ilícito porque en este caso dado el efecto de resultado requiere de prueba técnica, mientras que en el incremento indebido a la luz del Derecho disciplinario, por ser de mera conducta sólo requiere como prueba, la obtención de dineros o bienes infraccionando el deber como servidor público, sin importar el que sea desproporcionado basta con que se verifique y se pruebe el simple incremento de manera indebida, bien sea para sí o a favor del tercero afectando la función pública con ese comportamiento, diferente a la prueba de la violación o puesta en peligro de un bien del código penal y su resultado en el caso de estudio pues aquí estamos de cara a una conducta típica antijurídica y culpable’ (negrilla y subrayado fuera de texto).

Así como el hecho de que el monto sea desproporcionado no es tan importante en la configuración del incremento indebido como causal típica de la falta gravísima que este acto produce, tampoco lo es, el hecho de que los dineros finalmente se devuelvan, lo cual puede constituir un atenuante en la graduación de la sanción, pero sin que ello libere la responsabilidad.”

Luego de haber rebatido en esta forma la postura de la defensa, procedió el Procurador Provincial a evaluar, con detenimiento, tanto la adecuación típica de la conducta del señor Montilla, como la culpabilidad individual con la que éste obró, aspectos que fueron objeto de sendos capítulos individuales del fallo sancionatorio de primera instancia. No asiste razón al demandante cuando alega que estos aspectos no fueron establecidos por aplicarse un estándar probatorio que supuestamente exoneraba a la Procuraduría de hacerlo.

De esta manera, el cargo formulado por el señor Montilla obedece a una lectura incorrecta de la decisión sancionatoria demandada, y en consecuencia no prospera.

6. LA INVOCACION DE UNA NORMA DEL ESTATUTO PRESUPUESTAL Y LA ADECUACION TIPICA DE LA CONDUCTA DEL SEÑOR MONTILLA.

Alega el demandante, por último, que se violó su derecho al debido proceso por haberse invocado como violada en la decisión sancionatoria de la Procuraduría una norma que, en su criterio, resultaba inaplicable al señor Montilla, contenida en el Decreto 111 de 1996.

En criterio de la Sala, la invocación que se hizo tanto en el pliego de cargos como en el fallo sancionatorio de primera instancia de las normas establecidas en el Decreto 111 de 1996, no constituyó un elemento central de la adecuación típica de la conducta del señor Montilla a la falta disciplinaria tipificada en el numeral 3 del artículo 48 de la Ley 734/02, sino una mera cualificación adicional de la ilegalidad de su comportamiento al haber girado un cheque de gerencia a nombre de un funcionario del municipio para que éste se apropiara de recursos públicos.

En efecto, no considera el Consejo de Estado que asista razón a la Procuraduría cuando alega que en este caso se está frente a uno de los ejemplos de la tipicidad abierta que caracteriza al derecho disciplinario, y de la adecuación típica de la conducta investigada mediante la remisión a otras normas que complementan el tipo abierto consagrado en el Código Disciplinario Único.

Se trata, por el contrario, de un caso en el que la Procuraduría Provincial de Popayán subsumió adecuadamente la conducta del funcionario público Lauro Eduardo Montilla dentro del tipo claramente consagrado en el artículo 48, numeral 3, inciso 2 de la Ley 734/02, el cual establece como falta disciplinaria el “incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga”. Como se puede apreciar en la decisión arriba transcrita, la Procuraduría efectivamente demostró que el señor Montilla incurrió en el comportamiento descrito en la ley disciplinaria; pero adicionalmente, estableció que su conducta constituía una violación de los deberes que le competían como ordenador del gasto del municipio de Sucre bajo el Decreto 111 de 1996; para este propósito, el Procurador citó el artículo 113 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, de conformidad con el cual los ordenadores del gasto deben cumplir con los requisitos legales de cualquier pago que efectúen, y en caso de no cumplirlos, serán responsables jurídicamente por ello⁸⁵. La invocación de esta norma resulta pertinente, y como se explicó, es en realidad un complemento al ejercicio de adecuación típica de la conducta del señor Montilla,

⁸⁵ Decreto 111 de 1996, Artículo 113: “Los ordenadores y pagadores serán solidariamente responsables de los pagos que efectúen sin el lleno de los requisitos legales. (...)”

ejercicio que la Procuraduría Provincial realizó en forma inobjetable. En cualquier caso, tampoco se intentó hacer efectiva la responsabilidad solidaria que consagra el Decreto 111 de 1996, de tipo fiscal, sino la responsabilidad disciplinaria que competía examinar y declarar a la Procuraduría General de la Nación.

Por las anteriores razones, el cargo no prospera.

III. DECISION

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

RESUELVE

DENEGAR las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO