

AUTORIDAD DISCIPLINARIA – Puede variar el pliego de cargos para ajustarse a la realidad procesal demostrada / INVESTIGACION DISCIPLINARIA – Pruebas / PRUEBAS – Potestad conferida al disciplinado y a la autoridad para complementar el recaudo probatorio / CALIFICACION PROVISIONAL DE LA FALTA – Garantía del debido proceso / SOLIDEZ PROBATORIA EN EL PLIEGO DE CARGOS – Formulación del pliego de cargos

La Sala considera pertinente precisar que la ley disciplinaria no exige que el fallo disciplinario sea textualmente distinto al pliego de cargos. De hecho, una lectura atenta de las disposiciones relevantes del Código Disciplinario Unico indica que, en atención a las pruebas que se llegaren a recaudar con posterioridad a la formulación del pliego de cargos, o por error en la calificación jurídica, dichos cargos pueden ser variados por la autoridad disciplinaria para mejor ajustarse a la realidad procesalmente demostrada; pero no es imperativo que así suceda, y los cargos pueden perfectamente permanecer inalterados hasta el momento de la decisión de fondo, en la misma medida en que no es imperativo que se aporten nuevas pruebas a la investigación disciplinaria, lo cual constituye no una obligación sino una potestad legalmente conferida al disciplinado y a la autoridad para complementar el recaudo probatorio correspondiente, en caso de que ello sea necesario. Así como puede haber variación en los cargos para responder a los resultados de la investigación, de igual forma pueden mantenerse idénticos dichos cargos hasta el momento de la adopción de una decisión disciplinaria de fondo cuandoquiera que las pruebas recaudadas así lo permitan, y ello no viola el derecho al debido proceso ni compromete la imparcialidad de la autoridad disciplinaria. De hecho, la identidad entre los cargos formulados en el pliego y aquellos de los que se deduce la responsabilidad disciplinaria en la decisión de fondo constituye, a la luz de la jurisprudencia constitucional, una garantía del derecho de defensa del funcionario público disciplinado.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 170

PRUEBAS TESTIMONIALES – Invocación de norma derogada / PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL – Aplicación / NULIDAD DEL PROCESO DISCIPLINARIO – Los defectos que afectan los derechos sustantivos de defensa y contradicción del investigado

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”. (...) A la luz de lo anterior, conceptúa el Consejo de Estado que la irregularidad invocada por el señor Ricardo Roa es del todo intrascendente, y no tiene la virtualidad de viciar la investigación disciplinaria ni las decisiones adoptadas luego de la misma. En efecto, el hecho de que se haya invocado formalmente al inicio de la recepción de los testimonios y de la declaración del quejoso el artículo 266 de la Ley 600 de 2000 y no el artículo 383 de la Ley 906 de 2004, los cuales regulan el deber de rendir testimonio bajo juramento, no tiene en

la práctica ningún efecto sustantivo, entre otras razones porque se trata de normas muy similares cuya regla central es la misma, y porque incluso en ausencia de dicha invocación, no se ve cómo se pudo haber afectado siquiera tangencialmente el derecho de defensa y contradicción del señor Ricardo Roa con su lectura.

PRUEBAS TESTIMONIALES – No practicadas / PRUEBAS NO PRACTICADAS – Innecearias / PRUEBAS INNECESARIAS – Con el recaudo probatorio existe grado de certeza y convicción sobre la comisión de la falta / PROCESOS DISCIPLINARIOS – No existe una tarifa legal probatoria

cuandoquiera que exista suficiencia probatoria para generar en la autoridad disciplinante un grado adecuado de certeza sobre la ocurrencia de determinados hechos, el operador disciplinario puede prescindir de la práctica de pruebas adicionales que juzgue innecearias, incluso si estas pruebas han sido decretadas con anterioridad. No viola el ordenamiento jurídico el investigador disciplinario que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 160A del Código Disciplinario Unico, resuelva dar cierre a la investigación y prescindir de la práctica de pruebas que considere innecearias por existir ya un grado suficiente de certeza y convicción sobre la comisión de la falta, que se encuentre objetiva y materialmente sustentado en las pruebas obrantes en el proceso. En el caso concreto del señor Roa, para la Sala es indudable que el amplísimo cúmulo de evidencias que ya obraban en el proceso, y que fueron recaudadas apuntando a demostrar tanto lo favorable como lo desfavorable al funcionario investigado, justificaba por sí mismo que el Secretario General del INCODER hubiese dado cierre a la investigación disciplinaria en el momento en que lo hizo y sin practicar testimonios adicionales, puesto que no era necesario indagar más allá de las pruebas documentales, declaraciones y testimonios que ya existían, y que demostraban sin lugar a dudas y en forma plena la responsabilidad del señor Roa en los hechos ocurridos

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 130 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 160 A

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.

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 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.

PROCESO DISCIPLINARIO – Pliego de cargos / PLIEGO DE CARGOS – La formulación de cargos imputados no significa prejuzgamiento / PREJUZGAMIENTO – No existe con la formulación el pliego de cargos

Cosa bien distinta es que desde el momento de la formulación del pliego de cargos existiese una multitud de pruebas de distinta índole en el expediente disciplinario, todas las cuales apuntaban, en forma coherente y casi obvia, hacia la responsabilidad disciplinaria y posiblemente penal del señor Roa por haber participado activamente dentro de la maniobra engañosa destinada a expoliar al ciudadano Germán Rodríguez y hacerle creer que mediante el pago de altas sumas de dinero se haría a la adjudicación –por cierto fraudulenta- de un predio en Puerto López. En efecto, son tantas y tan creíbles las pruebas que fueron recaudadas desde el principio mismo de la investigación disciplinaria en contra del señor Roa, incluyendo las consignaciones de dineros por el señor Rodríguez en su cuenta y un torpe intento de retractación forzada posteriormente desmentido por el quejoso, que era elemental que el pliego de cargos estuviese formulado con la solidez probatoria, la coherencia lógica y la consistencia fáctica y jurídica con la cual fue adoptado por el Secretario General del INCODER. El hecho de que todas las pruebas proveyeran desde el inicio un nivel alto de certeza sobre la comisión de las conductas reprochadas por el señor Roa, y que esta solidez probatoria se hubiera visto reflejada en la formulación de los cargos imputados al disciplinado, no significa que hubiese existido un prejuzgamiento. Sería absurdo exigirle a la autoridad disciplinaria que haga caso omiso de aquello que el acervo probatorio le está señalando con prístina claridad y formule un pliego de cargos precario que no refleje las evidencias debidamente recaudadas en el proceso correspondiente, en aras de una mal entendida presunción de inocencia del investigado. Al contrario, la propia ley disciplinaria exige que (a) sólo se formule el pliego de cargos cuando exista suficiente prueba como para comprometer la posible responsabilidad del disciplinado en una falta objetivamente demostrada, y (b) el pliego de cargos incluya dentro de su contenido, como un componente mínimo, la indicación de las pruebas obrantes en la investigación que apunten hacia la responsabilidad del servidor público respectivo.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUBSECCION A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00068-00(0690-10)

Actor: RICARDO ROA GRACIA

**Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL 'INCODER' -
UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES 'UNAT' EN LIQUIDACIÓN**

UNICA INSTANCIA – AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de única instancia formulada por Ricardo Roa Gracia contra el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural 'INCODER' y la Unidad Nacional de Tierras Rurales 'UNAT' – En Liquidación.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Obrando por intermedio de apoderado, el señor Ricardo Roa Gracia ejerció la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establecida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo en contra de las decisiones disciplinarias de primera y segunda instancia dictadas, respectivamente, el 4 de noviembre de 2008 y el 8 de enero de 2009 por el Secretario General y el Gerente General del INCODER, así como contra la Resolución No. 59 del 23 de febrero de 2009 del Director Ejecutivo de la UNAT, mediante la cual se ejecutaron las sanciones de destitución del cargo e inhabilidad general por diez años que le fueran impuestas por las autoridades disciplinarias del INCODER.

1.1. Hechos invocados en la demanda

1.1.1. El señor Ricardo Roa Gracia, abogado, se desempeñó como funcionario público del INCODER – Oficina Asesora Jurídica, y posteriormente de la Unidad Nacional de Tierras Rurales ‘UNAT’, en el cargo de Técnico Administrativo Código 3124 Grado 16.

1.1.2. Las autoridades disciplinarias internas del INCODER – el Secretario General y el Gerente General-, mediante las decisiones administrativas impugnadas, le impusieron la sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad general por diez años, por haberle encontrado responsable en el contexto de los siguientes hechos, formulados así en el auto mediante el cual se le formularon los cargos disciplinarios y transcritos en la demanda:

“3. LOS HECHOS INVESTIGADOS.

Es materia de investigación la presunta falta disciplinaria relacionada con la queja interpuesta por el señor Germán Rodríguez Fajardo, en donde aparece como señalado el doctor Ricardo Roa Gracia, en su condición de funcionario del INCODER, adscrito para la época de los hechos a la Oficina de Asesora Jurídica, Grupo de Contratos.

Afirma el quejoso que el 2 de noviembre del 2006, le consignó al hoy investigado en su cuenta personal, la suma de tres millones de pesos (\$3.000.000,00) para que le realizan unos trámites (sic) al interior del INCODER, orientados a obtener la adjudicación de una parcela en el municipio de Puerto López, departamento del Meta. Agrega el quejoso que posteriormente y con el mismo propósito, le entregó además en efectivo al señor Ricardo Roa Gracia, la suma de diez millones de pesos (\$10.000.000,00), en las afueras de las instalaciones del INCODER en Bogotá, cuando él se encontraba en compañía de otra persona. (fl. 1 a 4)

En atención a la queja interpuesta por el señor Germán Rodríguez Fajardo, la entonces Subgerencia Administrativa y Financiera del INCODER, despacho competente, ordenó la apertura de investigación disciplinaria, facultad disciplinaria que de acuerdo con la reestructuración que se surtió al interior del INCODER, hoy la ejerce la Secretaría General. (...)¹

1.1.3. La investigación disciplinaria fue iniciada mediante auto del 16 de octubre de 2007 proferido por el Subgerente Administrativo y Financiero del INCODER en contra del señor Roa en su condición de técnico administrativo de la Oficina de Asesoría Jurídica. Allí se dispuso la práctica de distintas pruebas, y se comisionó a cuatro funcionarios del Grupo Control Interno Disciplinario “para que en el término de seis (6) meses hagan uso de los medios de prueba autorizados y practiquen las anteriores pruebas e impulsen la actuación disciplinaria ordenada”².

¹ Folios 14-15, Cuaderno Principal.

² Folio 15, Cuaderno Principal.

1.1.4. Mediante auto del 8 de noviembre de 2007, se dispuso la suspensión provisional del señor Roa del cargo que ocupaba por el término de tres (3) meses, sin derecho a remuneración.

1.1.5. El señor Germán Rodríguez Fajardo, quien interpuso inicialmente la queja contra el señor Roa, presentó el 15 de noviembre de 2007 a las autoridades disciplinarias un escrito “aclarando” su queja, en los términos siguientes:

“Por medio de la presente me dirijo a Usted con el fin de aclarar la queja interpuesta por mí, en la cual hice referencia de determinadas personas, entre las cuales se encuentra el señor Ricardo Roa Gracia, persona esta a la cual le hice un préstamo por \$3.000.000.00 millones de pesos, deuda esta que fue cancelada en el tiempo convenido.

Por otra parte es necesario aclarar que las otras personas mencionadas en mi queja harán parte de los denuncios ante las instancias judiciales competentes.

Por lo anterior respetuosamente solicito hacerme entrega tanto del escrito de mi queja como de los documentos aportados, ya que la misma no procede en contra de funcionario alguno del INCODER”³.

1.1.6. El 6 de diciembre de 2007, el defensor del señor Roa solicitó que se revocara la decisión de suspensión provisional del investigado en el cargo. Mediante auto del 13 de diciembre de 2007, el Gerente General del INCODER confirmó tal suspensión provisional, ordenada inicialmente por la Subgerencia Administrativa y Financiera – Grupo de Control Interno Disciplinario.

1.1.7. El 7 de marzo de 2008 se formuló pliego de cargos contra el señor Roa, y del mismo se transcribe en la demanda la parte resolutive, así:

“(…) Por lo expuesto, el Secretario General del INCODER, en ejercicio de las facultades previstas en los artículos 161 y 163 de la Ley 734 del 2002 y en el numeral 19 del artículo 22 del Decreto 4902 del 21 de diciembre del 2007,

RESUELVE

PRIMERO: Pliego de Cargos. Formular pliego de cargos contra el servidor público Ricardo roa Gracia, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.506.478 de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Los cargos que se formulan son los siguientes:

l) El señor Ricardo Roa Gracia en su condición de funcionario del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, como Técnico Administrativo Código 3114, Grado 16, encargado como Profesional Universitario Código 2044, grado 10, al parecer, infringió la disposición prevista en el artículo 48 numeral 1º de la Ley 734 del 2002, al asociarse con varias personas para

³ Folio 16, Cuaderno Principal.

realizar objetivamente el comportamiento tipo descrito en la ley penal como concierto para delinquir, en concurso con Estafa y concusión, en detrimento del señor Germán Rodríguez Fajardo.

II) El señor Ricardo Roa Gracia en su condición de funcionario del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, como Técnico Administrativo Código 3114, Grado 16, encargado como Profesional Universitario código 2044, grado 10, al parecer, infringió la disposición prevista en el artículo 48 numeral 3º de la Ley 734 de 2002, al presuntamente tolerar directa e indirectamente, que un tercero en forma injustificada incrementara el patrimonio, a costa del ciudadano Germán Rodríguez Fajardo.

III) El señor Ricardo Roa Gracia en su condición de funcionario del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, como Técnico Administrativo Código 3114, Grado 16, encargado como Profesional Universitario Código 2044, grado 10, al parecer, infringió la disposición prevista en el artículo 48 numerales 1º y 3º de la Ley 734 de 2002, al presuntamente solicitar y recibir del señor Germán Rodríguez Fajardo, una suma de dinero en cuantía de trece millones de pesos (\$13.000.000.00), como contraprestación para obtener por parte del INCODER, la adjudicación de una parcela en el Predio San Francisco, del municipio de Puerto López, departamento del Meta.

IV) El señor Ricardo Roa Gracia en su condición de funcionario del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, como Técnico Administrativo Código 3114, Grado 16, encargado como Profesional Universitario código 2044, grado 10, al parecer, infringió la disposición prevista en el artículo 34 numeral 5º de la Ley 734 de 2002, al presuntamente utilizar en forma indebida información a la cual tenía acceso en razón al empleo que ostentaba, relacionada con el recibo, entrega y adjudicación por parte del INCODER del predio San Francisco, del municipio de Puerto López, departamento del Meta.
(...)”⁴

1.1.8. En el curso del proceso disciplinario, el 23 de junio de 2008 se recibieron los testimonios de Lida Magdalena Roa Gracia y Nubia Cristina Roa Gracia, y el 21 de agosto de 2008 se realizó una diligencia de ampliación de la queja del señor Germán Rodríguez Fajardo; las tres diligencias fueron llevadas a cabo bajo juramento: “Estas declaraciones se realizaron conforme lo establece el artículo 266 del C.P.P., es decir, la Ley 600 de 2000; la cual se encuentra DEROGADA a partir del primero (1º) de enero de 2008 en todo el país”⁵.

1.1.9. Mediante auto del 12 de septiembre de 2008, se corrió traslado para rendir alegatos de conclusión por el término de 5 días. La parte investigada interpuso recurso de reposición contra esta decisión, “toda vez que no se habían practicado las pruebas ordenadas por la primera instancia”⁶. Mediante Auto del 22 de septiembre de 2008, se resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión del 12 de septiembre de 2008.

⁴ Folio 19, Cuaderno Principal.

⁵ Folio 20, Cuaderno Principal.

⁶ Folio 20, Cuaderno Principal.

1.1.10. El 4 de noviembre de 2008, el Secretario General del INCODER profirió decisión disciplinaria de primera instancia; en la demanda se transcriben los siguientes extractos de la misma:

“(…) En mérito de lo expuesto, el Secretario General del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER-, en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 169 de la Ley 734 del 2002 y en el numeral 19 del artículo 22 del Decreto 4902

RESUELVE:

PRIMERO: Declaración de Responsable. DECLARAR AUTOR RESPONSABLE de la comisión de las faltas disciplinarias contempladas en los numerales 1º y 3º del artículo 48 de la Ley 734 del 2002 y el numeral 5º del artículo 34 de la misma norma legal, al señor Ricardo Roa Gracia exservidor público del INCODER, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.506.478 expedida en Bogotá, en su condición de Técnico Administrativo, Código 3114, Grado 16, y quien para la época de los hechos se encontraba encargado como Profesional Universitario código 2044, grado 10, adscrito a la entonces Oficina Asesora Jurídica Grupo de Asuntos Administrativos y Contratos-, en la sede central del INCODER en Bogotá.

SEGUNDO: Sanción. Como consecuencia de la declaración de responsable, se sanciona al señor Ricardo Roa Gracia, exservidor público del INCODER, identificado con la cédula de ciudadanía No. 78.506.478, con DESTITUCION del cargo de Técnico Administrativo, Código 3114, Grado 16, del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, e INHABILIDAD GENERAL PARA EJERCER FUNCIONES PUBLICAS POR UN PERIODO DE DIEZ (10) AÑOS, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de este fallo. (…)⁷

1.1.11. El 20 de noviembre de 2008 se interpuso recurso de apelación contra esta decisión. Este recurso fue resuelto mediante decisión del 8 de enero de 2009 del Gerente General del INCODER, cuya parte resolutive es transcrita en la demanda:

“(…) Por lo dicho, el Gerente General del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER, investido de facultades de Operador Disciplinario en Segunda Instancia,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la decisión tomada por el Despacho de la Secretaria General en su providencia del 4 de noviembre de 2008, que declaró responsable a Ricardo Roa Gracia y lo sancionó con destitución del cargo que ocupaba de Técnico Administrativo Código 3114, Grado 16 e inhabilidad para ejercer función pública por un período de diez (10) años. (…)

Esta decisión de segunda instancia fue notificada personalmente a Ricardo Roa Gracia el 9 de febrero de 2009. Posteriormente fue notificada mediante edicto al abogado defensor, y quedó ejecutoriada el 11 de febrero de 2009.

⁷ Folio 21, Cuaderno Principal.

1.1.12. Mediante Resolución No. 59 del 23 de febrero de 2009, el Director Ejecutivo de la Unidad Nacional de Tierras Rurales 'UNAT' resolvió ejecutar la sanción disciplinaria impuesta al señor Roa. Esta resolución de ejecución fue comunicada al señor Roa el 27 de febrero de 2009.

1.2. Normas violadas y concepto de violación

El apoderado del demandante afirma que “con fundamento en los anteriores acontecimientos y actos administrativos, el INCODER y la UNAT, vulneraron a mi representado sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la estabilidad laboral y al fuero sindical”⁸. Luego se precisa esta aseveración general en los distintos cargos concretos de nulidad presentados en la demanda, que se describen a continuación.

1.2.1. Nulidad de la decisión disciplinaria de primera instancia por violación del debido proceso al haberse desconocido el principio de presunción de inocencia.

En primer lugar se afirma que la autoridad disciplinaria de primera instancia incurrió “en un claro prejuzgamiento que atenta contra el derecho fundamental al debido proceso y al principio de presunción de inocencia de mi representado, cuando desde el mismo auto de cargos del 7 de marzo de 2008, se emitieron juicios de valor definitivos que permitían desde entonces saber las resultas del proceso, pues allí se plasmaron afirmaciones sentenciadoras, que permiten vislumbrar su parcialidad en la investigación”⁹.

Para sustentar este supuesto prejuzgamiento, se presenta en la demanda el siguiente cuadro comparativo de las “afirmaciones sentenciadoras (...) contenidas en el pliego de cargos y reiteradas en el fallo de primera instancia”:

Auto de Cargos	Fallo de primera instancia
CARGO PRIMERO: ‘Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como	CARGO PRIMERO: ‘Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como

⁸ Folio 22, Cuaderno Principal.

⁹ Folio 22, Cuaderno Principal.

<p>consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo'. (...) Así las cosas, no nos queda más que admitir la posibilidad de que estamos frente a toda una organización malhechora, la cual para la consumación de la conducta posiblemente delictuosa, contó con unos actos preparatorios como lo son entre otros, la celebración del acuerdo contractual para la prestación del servicio de asesoría, suscrito entre el señor Germán Rodríguez Fajardo (quejoso) y la Fundación para Hogares Desplazados 'FUNDAHODES' y unos actos de consumación del presunto hecho ilícito como lo demuestran las fotocopias de los documentos radicados en el INCODER y las fotocopias de los soportes de las consignaciones aportados a la queja y que se citaron antes. De otra parte ha de tenerse en cuenta que al parecer la organización, actuaba con tal precisión que seguramente se reunían previamente para acordar los caminos a seguir para asegurar la consecución del objetivo; así se aprecia en este somero análisis al considerar que resulta convincente el decantar de la narración, pues ella va ubicando con el aporte de las pruebas respectivas, paso a paso los actos denunciados. No hay duda respecto de la existencia de la organización, si tenemos en cuenta que gran parte de los sujetos nombrados en la queja, se ha comprobado su existencia, es decir que no son una ficción o creación del quejoso, y que de no haber sido ciertos los hechos denunciados por el quejoso, de que otra forma habría podido llegar a relacionarse con ellos con la precisión que los describe, veamos: (...)</p>	<p>consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo'. (...) Así las cosas, no nos queda más que admitir que estamos frente a toda una organización malhechora, la cual para la consumación de la conducta delictuosa, contó con unos actos preparatorios como lo son entre otros, la celebración del acuerdo contractual para la prestación del servicio de asesoría, suscrito entre el señor Germán Rodríguez Fajardo (quejoso) y la Fundación para Hogares Desplazados 'FUNDAHODES' y unos actos de consumación del presunto hecho ilícito como lo demuestran las fotocopias de los documentos radicados en el INCODER y las fotocopias de los soportes de las consignaciones aportados a la queja y que se citaron antes. De otra parte ha de tenerse en cuenta que la organización, actuaba con tal precisión que seguramente se reunían previamente para acordar los caminos a seguir para asegurar la consecución del objetivo; así se aprecia en este somero análisis al considerar que resulta convincente el decantar de la narración, pues ella va ubicando con el aporte de las pruebas respectivas, paso a paso los actos denunciados. No hay duda respecto de la existencia de la organización, si tenemos en cuenta que gran parte de los sujetos nombrados en la queja, se ha comprobado su existencia, es decir que no son una ficción o creación del quejoso, y que de no haber sido ciertos los hechos denunciados por el quejoso, y que de no haber sido ciertos los hechos denunciados por el quejoso, de que otra forma habría podido llegar a relacionarse con ellos con la precisión que los describe,</p>
---	---

	veamos: (...)
<p>CARGO SEGUNDO: 'incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente a favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga'. (...) Lo que demuestran estos hechos, es que el señor Ricardo Roa Gracia, presuntamente, 'toleró que un tercero injustificadamente incrementara el patrimonio', de otra forma cómo explicar que él, no tenía conocimiento de lo que venía sucediendo, si fue precisamente hasta el momento en que el señor Germán Rodríguez Fajardo (quejoso), exigió que si no le suministraban el número de la cuenta de un funcionario del INCODER, no realizaría más transacciones, y es aquí donde precisamente aparece plenamente en la escena de los hechos el hoy investigado. (...) Cabría preguntarse, ¿por qué razón, si el señor Ricardo Roa Gracia, era ajeno a la circunstancia posiblemente delictuosa, y que como funcionario del INCODER y abogado de profesión, conocía cuáles eran los procedimientos que se seguían al interior del INCODER, para adjudicar los terrenos y/o ejecutar proyectos productivos; pues como dijo en la versión libre, realizó funciones similares en la OET de Villavicencio, no denunció los hechos? Si a simple vista se observa que ellos eran irregulares, en razón a que el INCODER, no utiliza intermediarios para hacer efectiva su misión, permitiendo con esa conducta que posiblemente terceros incrementaran injustificadamente el patrimonio. (...)</p>	<p>8.2. CARGO SEGUNDO: 'incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente a favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga' (...) Lo que demuestran estos hechos, es que el señor Ricardo Roa Gracia, 'toleró que un tercero injustificadamente incrementara el patrimonio', de otra forma cómo explicar que él, no tenía conocimiento de lo que venía sucediendo, si fue precisamente hasta el momento en que el señor Germán Rodríguez Fajardo (quejoso), exigió que si no le suministraban el número de la cuenta de un funcionario del INCODER, no realizaría más transacciones, y es aquí donde precisamente aparece plenamente en la escena de los hechos el hoy investigado. (...) Cabría preguntarse, ¿Por qué razón, si el señor Ricardo roa Gracia, era ajeno a la circunstancia delictuosa, y que como funcionario del INCODER y abogado de profesión, conocía cuáles eran los procedimientos que se seguían al interior del INCODER, para adjudicar los terrenos y/o ejecutar proyectos productivos; pues como dijo en la versión libre, realizó funciones similares en la OET de Villavicencio, no denunció los hechos? Si a simple vista se observa que ellos eran irregulares, en razón a que el INCODER, no utiliza intermediarios para hacer efectiva su misión, permitiendo con esa conducta que terceros incrementaran injustificadamente el patrimonio. (...)</p>

<p>CARGO TERCERO: 'Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente a favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga'. (...) Para el despacho, las afirmaciones del quejoso le merecen toda la credibilidad, pues como se puede apreciar, está probado que efectivamente en la cuenta personal del señor Ricardo Roa Gracia, se consignó la suma de (\$3.000.000,00) millones de pesos, desde la ciudad de Villavicencio el día dos (2) de noviembre de 2006, según certificación expedida por el Banco Davivienda (Fl. 117). (...)</p>	<p>CARGO TERCERO: 'incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente a favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga'. (...) Para el Despacho, las afirmaciones del quejoso le merecen toda la credibilidad, pues como se puede apreciar, está probado que efectivamente en la cuenta personal del señor Ricardo Roa Gracia, se consignó la suma de tres (\$3.000.000,00) millones de pesos, desde la ciudad de Villavicencio el día dos (2) de noviembre de 2006, por parte del señor Rodríguez Fajardo, según certificación expedida por el Banco Davivienda (fl. 117). (...)</p>
<p>CARGO CUARTO: Faltar al cumplimiento de los deberes consagrados en la Constitución, las leyes, los Reglamentos, los manuales de funciones previstos para los servidores públicos. (...) En el presente asunto se han encontrado hechos indicadores que conllevan a pensar que presuntamente, el señor Ricardo Roa Gracia, quebrantó los deberes que como servidor público le asisten, al permitir que la información a la cual podía tener acceso en razón del cargo que desempeñaba en el INCODER, fuera utilizada indebidamente para conseguir probablemente provecho propio y provecho a favor de terceros. (...) En segundo lugar, según el acta de recibo del predio 'San Francisco' este ingresó legalmente a los inventarios del INCODER, hasta el día cinco de julio de 2007, entonces el despacho se pregunta ¿a qué obedece que un bien que legalmente se recibe en el Instituto, en el mes de julio de 2007, ya desde el mes de</p>	<p>8.4. CARGO CUARTO: Faltar al cumplimiento de los deberes consagrados en la Constitución, las leyes, los Reglamentos, los manuales de funciones previstos para los servidores públicos. (...) En el presente asunto se han encontrado hechos indicadores que conllevan a pensar, el señor Ricardo Roa Gracia, quebrantó los deberes que como servidor público le asisten, al permitir que la información a la cual podía tener acceso en razón del cargo que desempeñaba en el INCODER, fuera utilizada indebidamente para conseguir en provecho propio y provecho a favor de terceros. (...) En segundo lugar, según el acta de recibo del predio 'San Francisco', este ingresó legalmente a los inventarios del INCODER, hasta el día cinco de julio de 2007, entonces el Despacho se pregunta ¿a qué obedece que un bien que legalmente se recibe en el Instituto, en el mes de julio de 2007, ya desde el mes de septiembre de 2006, había</p>

<p>septiembre de 2006, había personas ajenas a la Institución que conocían de este trámite interno, presentando solicitudes de adjudicación respecto de ese bien? De hecho es innegable que conocían la información ¿y quién pudo habérselas suministrado sino alguien que en razón de su empleo, se le facilitaba el acceso a la misma?</p> <p>Así se desprende de la queja cuando el denunciante afirma: ‘...Ricardo Roa, me dijo que van a sacar la finca por intermedio de unas familias que se inscriben en la UAF...’. Para el Despacho es claro que quien conoce que este es el procedimiento que se utiliza para acceder a la adjudicación del predio es alguien con acceso a la información. (fl. 4, 11 y 12) (fl. 47. Cud. Anexo) (...).”</p>	<p>personas ajenas a la Institución que conocían de este trámite interno, presentando solicitudes de adjudicación respecto de ese bien? De hecho es innegable que conocían la información, ¿y quién pudo habérselas suministrado sino alguien que en razón de su empleo, se le facilitaba el acceso a la misma?</p> <p>Así se desprende de la queja cuando el denunciante afirma: ‘...Ricardo Roa, me dijo que van a sacar la finca por intermedio de unas familias que se inscriben en la UAF...0. Para el Despacho es claro que quien conoce que este es el procedimiento que se utiliza para acceder a la adjudicación del predio es alguien con acceso a la información. (fl. 4, 11 y 12) (fl. 47 cud. Anexo). (...)”¹⁰</p>
---	--

En criterio del demandante, esta comparación demuestra que existió prejuzgamiento por parte de las autoridades disciplinarias:

“Con lo anterior es más que evidente que desde la formulación del pliego de cargos, ya existía un fallo preconcebido en la mente de la primera instancia y que nada de lo que sucediera con posterioridad a dicha actuación cambiaría la posición condenatoria que se vislumbraba con las afirmaciones que se han transcrito, lo que de suyo constituye un claro prejuzgamiento y desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso y al principio de presunción de inocencia.

De la lectura de los apartes resaltados, se observa con toda claridad que para la primera instancia no había ninguna duda sobre la responsabilidad de mi representado desde el mismo auto de cargos, plasmado afirmaciones contundentes, sentenciadoras, concluyentes, que no son de recibo para esta clase de decisiones, las cuales se ven materializadas o corroboradas con la providencia que se impugna, toda vez que queda evidente que aquello que plasmó en el auto de cargos, volvió y se repitió en el fallo de primera instancia”¹¹.

En sustento de su postura, el demandante cita un extracto de una decisión disciplinaria de segunda instancia proferida por la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública, en un caso completamente diferente, en la cual dicho despacho resolvió anular un pliego de cargos disciplinario que había sido formulado en términos condenatorios.

¹⁰ Folios 23-26, Cuaderno Principal.

¹¹ Folio 26, Cuaderno Principal.

En consecuencia, el demandante solicita que se anule el fallo de primera instancia, “pues estuvo concebido en un pliego de cargos, en donde se plasmó un evidente prejuzgamiento, desconociéndose los artículos 29 de la Carta Política y 9 y 143 numerales 2 y 3 de la Ley 734 de 2002.

1.2.2. Nulidad de la decisión disciplinaria de primera instancia por afectación del debido proceso, al haberse fundamentado el pliego de cargos y la decisión sancionatoria en pruebas inexistentes por realizar su práctica con base en una ley derogada.

En segundo lugar, el demandante alega que “si revisamos cuidadosamente las normas invocadas por la primera instancia para la recepción de las declaraciones juramentadas a los testigos y quejoso dentro de la presente investigación disciplinaria, encontramos que los testimonios fueron recepcionados (sic) bajo el imperio de una norma derogada, es decir, el contenido del artículo 266 de la Ley 600 del 24 de julio de 2000”¹². A este respecto el demandante indica que la Ley 600 de 2000 fue derogada por la Ley 906 de 2004, artículo 533¹³, y que el caso del señor Roa no se encuentra dentro de las excepciones previstas en la misma ley para la derogatoria y la entrada en vigencia del nuevo Código. Argumenta el demandante que “la ley crea una excepción exclusiva para los Congresistas, que como excepción es taxativa y por ende de carácter restrictivo, por tanto inaplicable para otros casos, al extenderla a mi representado se violó ostensiblemente su debido proceso”¹⁴. También aduce el demandante que se debió dar aplicación al principio de entrada en vigencia de las leyes a partir de su promulgación:

“Adicionalmente la regla general sobre la aplicación de la ley en el tiempo prescribe que las leyes rigen a partir de su promulgación, y entran a regir desde el momento que determine la ley su entrada en vigencia y a partir de ese momento hacia el futuro y hasta su derogatoria.

Este principio, básico del derecho, ha sido recogido desde sus orígenes por la normatividad nacional pues constituye la principal garantía de conocimiento, por parte de los asociados, de la voluntad de su legislador; así como la base fundamental para la seguridad y la estabilidad del orden jurídico.

(...) En ese orden de ideas, no podía la primera instancia en la práctica de pruebas revivir una ley derogada, cuando esta sólo se podría aplicar:

- En los casos excepcionales en que taxativamente la ley le da un término

¹² Folios 30-31, Cuaderno Principal.

¹³ Ley 906 de 2004, Artículo 533: “Derogatoria y Vigencia. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000. Los artículos 531 y 532 del presente código, entrarán en vigencia a partir de su publicación.”

¹⁴ Folio 31, Cuaderno Principal.

mayor de vigencia para concretos asuntos, lo cual no significa que para los demás casos no se haya derogado.

- En virtud del principio de favorabilidad, que no es aplicable para el efecto en el presente caso.

- Y en los casos previstos y sólo para los efectos expresamente señalados en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 por tratarse de norma procedimental.

(...) El legislador para cubrir todos los aspectos y vacíos posibles expidió la Ley 153 de 1887, que ha sido considerada por la jurisprudencia como regla de interpretación y aplicación de la ley que deben guiar al operador jurídico en la resolución de los conflictos sometidos a su decisión.

Si la respuesta no la encontró allí la primera instancia, ni en la normatividad establecida para el efecto por los principios rectores, ni en el Código Contencioso, legislaciones a las que debía acudir por ser esta una actuación eminentemente administrativa, no podía por ello so pretexto de interpretar la ley, dar una aplicación legal que resulta absolutamente desfavorable al disciplinado para aplicar una norma derogada.

Si existe algún vacío y la solución no está contemplada en la ley, le corresponde con exclusividad al legislador llenarlo expidiendo la ley correspondiente.”¹⁵

En la misma línea argumenta el demandante que “para la primera instancia el único caso aceptable para aplicar una ley derogada, es en aplicación del principio de favorabilidad, tesis diametralmente opuesta a la que hoy utiliza para revivir una norma derogada”¹⁶; y concluye:

“El artículo 130 de la ley disciplinaria ordena realizar la práctica de pruebas conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal siempre y cuando sean compatibles con la naturaleza y las reglas del derecho disciplinario. Si la ley 906 de 2004 no es incompatible, es a esa disposición a donde debe acudir el operador disciplinario para la práctica de pruebas y no a una norma derogada.

En este orden de ideas, todas las pruebas practicadas dentro del proceso disciplinario son inexistentes a la luz de la ley disciplinaria, es decir, no pueden ser valoradas bajo ningún aspecto, por ende, no existe nada que las convalide y además son nulas de pleno derecho, o sea adolecen de una nulidad constitucional insubsanable.

Toda la estructura del proceso y todo su desarrollo desde el inicio tienen su sentido y razón de ser en la prueba, ese debería ser el deber ser, porque es triste reconocer que en el presente caso lo tiene en la conjetura y la sospecha.

Lo cierto es, que existiendo una conexión clara, intrínseca, directa y esencial entre el proceso y la prueba, es obvio que si estas son nulas de pleno derecho e inexistentes a la luz de la ley disciplinaria es forzoso concluir que si la totalidad de las pruebas son inexistentes y nulas de pleno derecho, también está viciado la totalidad del proceso cuyo fundamento jurídico recae sobre estas, por ende el auto de cargos y el fallo de primera instancia no escapan al vicio y por tanto deberán declararse nulos en la medida en que fueron fundamentados en su totalidad en pruebas ilegalmente recaudadas.”¹⁷

Pide en consecuencia que se anule la decisión disciplinaria de primera instancia, por haberse desconocido los artículos 29 de la Constitución y 6, 130, 143-2 y 143-3 de la Ley 734 de 2002.

¹⁵ Folios 32-34, Cuaderno Principal.

¹⁶ Folio 36, Cuaderno Principal.

¹⁷ Folio 36, Cuaderno Principal.

1.2.3. Nulidad de la decisión disciplinaria de primera instancia por haberse violado el debido proceso, al haberse desconocido los derechos de contradicción y defensa por dejar de practicar pruebas.

El demandante sustenta así la ocurrencia de esta causal de nulidad:

“Cuando se profirió el auto del 12 de septiembre de 2008, la primera instancia, consideró declarar cerrada la investigación y corrió traslado para alegar de conclusión por el término de cinco (5) días, dejando de lado la materialización de pruebas fundamentales para la defensa de mi representado y lograr demostrar su inocencia, pues sin existir ni una sola prueba legal y oportunamente allegada al proceso, la primera instancia sin esfuerzo alguno y sin esperar la respuesta a una declaración por certificación jurada de vital importancia para las resultas del proceso, decidió cerrar la investigación y pasar a la siguiente etapa procesal, cercenando de esta manera los medios de defensa de mi representado, argumentando posteriormente que había hecho todos los esfuerzos al enviar citaciones que no fueron cumplidas por los testigos, lo que no puede ser de recibo para un Operador Disciplinario, que tiene los mecanismos idóneos legales para hacer comparecer a los testigos renuentes; sin embargo, como no era de su interés adelantar un juicio imparcial, transparente y ecuánime, con dicha decisión cortó el debate probatorio para adoptar la decisión que hoy se cuestiona.

Dentro de la ampliación de la queja rendida por el señor Germán Rodríguez Fajardo, éste fue enfático en manifestar que varias personas que conocieron de los hechos por él denunciados se pueden localizar en las direcciones que suministró en dicha diligencia, adicionalmente solicitó ser llamados a declarar para demostrar sus acusaciones, así mismo el suscrito en diligencia de versión libre presentada ante la primera instancia, reiteró dicha solicitud, toda vez que dentro del plenario era la primera vez que se podía ejercer el derecho de contradicción y defensa, lo que genera lógicamente que se deban practicar todas las pruebas ordenadas y solicitadas, sin que se pueda pasar a la siguiente etapa procesal desconociendo la necesidad del debate probatorio, máxime que la única declaración que existe en contra de mi representado son las falaces afirmaciones del quejoso, sin que la primera instancia haya hecho los esfuerzos necesarios para practicar las pruebas ordenadas mediante auto de pruebas de descargos y mucho menos aquellas que surgieron de la controversia con el señor Rodríguez Fajardo.

Además de las pruebas decretadas por la primera instancia que no fueron practicadas, de la petición del quejoso de que se llamara a declarar a las personas que él menciona como testigo de los hechos y de la reiteración de las señaladas en la diligencia de versión libre de mi defendido, en donde indicó expresamente:

‘(...) Con base en lo anterior, igualmente se hace necesario conocer los testimonios de las personas a las cuales ha hecho alusión el quejoso, tales como los señores Víctor Hugo Castañeda Beltrán (quien rindió testimonio fue Víctor Hugo Cárdenas Beltrán), Freddy de Jesús Berrío Correa, Luis Alfonso Espinosa Arias, Carlos Letrada Mantilla, Edgar Corredor, Freddy N. (conductor de Edgar Corredor), Héctor Sierra y Ramiro Barón, pues no puede concebirse que ese Despacho, tenga como único fundamento para endilgar responsabilidad disciplinaria al suscrito, los dichos del quejoso, cuando es evidente que ninguna de las personas a las que ha hecho relación el señor en su queja, o no existen (en algunos de esos nombres) o simplemente nada tienen que ver en este asunto y no pueden corroborar sus mentiras. (...)’ (sic)

De lo anterior, es evidente que la decisión de cierre de la investigación, cercenó la defensa de mi prohijado, impidiendo que se encontrara la verdad de lo

ocurrido.”¹⁸

A este respecto el demandante cita la sentencia SU-087 de 1999, por considerar que ésta sustenta la existencia de una violación al debido proceso por “la omisión en la práctica de la integridad de las pruebas solicitadas y decretadas por el Juez”¹⁹.

Solicita en consecuencia el actor que se ordene “la revocación y nulidad de lo actuado, por violación a los artículos 29 de la Carta Política, 4, 6, 9, 17, 92 y 143 numeral 2 de la Ley 734 de 2002”²⁰.

1.2.4. Nulidad de la decisión disciplinaria de primera instancia por haberse violado el debido proceso al “impedir que se interrumpieran los términos para presentar alegatos de conclusión”²¹.

Sobre este cargo explica el demandante:

“El auto del 12 de septiembre de 2008, es un auto de trámite susceptible de ser revocado o nulitado (sic) por el Operador Disciplinario, a petición de parte o de oficio, cuando el mismo contraría el derecho fundamental al debido proceso y, en este asunto, es claro que existen razones fundadas de parte de mi representado, para haber invocado la revocación de dicha decisión y, de lógica, si ella fuere adversa a tales intereses, contra dicha decisión procedía no solamente los recursos de la vía gubernativa, sino que suspende los términos que en relación con el asunto en discusión correrían, pues es evidente que mientras no quede en firme el auto que deniega su revocación, no es obligatorio de los sujetos procesales cumplir con una actuación que considera evidentemente contraria a derecho.

Como consecuencia de lo anterior, al haberse resuelto en el numeral segundo del auto del 22 de septiembre de 2008, que ‘Ante la improcedencia del Recurso de Reposición contra el auto de fecha 12 de septiembre de 2008, entiéndase que no ha habido solución de continuidad en el término para alegar de conclusión’, se le violó a mi representado no solamente el debate probatorio sino la posibilidad de presentar escrito de alegaciones, toda vez que cuando se notificó el auto del 22 de septiembre de 2008, ya habían transcurrido el término para alegar de conclusión, dejando desprovisto de este derecho a mi defendido.

Por otra parte, es evidente que el auto del 22 de septiembre de 2008, parte de unas consideraciones equivocadas, pues considera que el auto de cierre del cual mi representado interpuso recurso de reposición, lo hizo con fundamento en el artículo 113 de la Ley 734 de 2002, cuando por ninguna parte del escrito petitorio de revocación del aludido auto, el doctor Ricardo Roa Gracia indicó tal disposición, olvidando la primera instancia que el trámite para alegar de conclusión no fue previsto como actuación procesal dentro del procedimiento disciplinario contenido en el Código Disciplinario Unico, sino que éste surgió del

¹⁸ Folios 37-38, Cuaderno Principal.

¹⁹ Folio 38, Cuaderno Principal.

²⁰ Folio 39, Cuaderno Principal.

²¹ Folio 39, Cuaderno Principal.

fallo de constitucionalidad del numeral 8 del artículo 92 ídem, como un derecho del disciplinado, para lo cual la Honorable Corte Constitucional, mediante sentencia C-107 de 2004, señaló un término y la forma como debía notificarse, por lo tanto, cualquier recurso que contra dicha decisión se invoque no es de acuerdo con las normas disciplinarias, sino las contenidas para cualquier acto administrativo, es decir, las consagradas en el Código Contencioso Administrativo, al tenor del artículo 21 de la Ley 734 de 2002.”²²

Por tales razones, asevera el demandante que “con la decisión del 22 de septiembre de 2008, la primera instancia no solamente le desconoció la posibilidad de que contra dicha decisión se agotara la vía gubernativa, sino que le cercenó la posibilidad de contar con el término de Ley para presentar sus alegatos de conclusión, lo que de suyo constituye una grave irregularidad que afecta el derecho fundamental al debido proceso y a los principios de contradicción y defensa, consagrados en los artículos 29 de la Carta Política, 6, 92 y 143 numerales 2 y 3 de la Ley 734 de 2002.”²³

1.2.5. Nulidad de la decisión disciplinaria de segunda instancia

El demandante explica que frente a la decisión de primera instancia interpuso recurso de apelación, invocando algunas causales de nulidad. El Gerente General del INCODER, en la decisión de segunda instancia, insertó en la parte considerativa capítulos específicos argumentando porqué se negarían dichas solicitudes de nulidad, pero no indicó nada al respecto en la parte resolutive de la decisión. En palabras del actor,

“Con fundamento en lo anterior, queda claro que la segunda instancia, le desconoció a mi representado su derecho fundamental al debido proceso y de contera los principios de contradicción y defensa. Pues además de no indicarse absolutamente nada en la parte resolutive de dicha providencia en relación con la negativa de las nulidades impetradas, contra la decisión de nulidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 113 de la Ley 734 de 2002, procede el recurso de reposición; sin embargo, se negaron las nulidades impetradas en la parte considerativa y se dejó sin el recurso de reposición tal decisión, es decir, no permitió que se controversiera los argumentos de la negativa, quedando solamente la posición del Operador Disciplinario como la última palabra”.²⁴

El demandante indica que de conformidad con el artículo 146 de la Ley 734/02, “la solicitud de nulidad podrá formularse antes de proferirse el fallo definitivo”; y también cita el artículo 147 de dicha Ley, según el cual “el funcionario competente

²² Folios 79-80, Cuaderno Principal.

²³ Folio 80, Cuaderno Principal.

²⁴ Folios 42-43, Cuaderno Principal.

resolverá la solicitud de nulidad, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su recibo”. Sobre esta base, argumenta que las solicitudes de nulidad deben ser resueltas por la autoridad disciplinaria de segunda instancia antes de desatar el recurso de apelación:

“En consideración al término fijado para resolver las nulidades impetradas, es claro que las mismas deben ser resueltas primero que el recurso de apelación, pues el término que tiene la segunda instancia para decidir la alzada es de 45 días, de conformidad con los preceptos del artículo 171 ibídem; situación que permite colegir que la decisión de las nulidades no puede esperar para resolverse hasta el día en que se profiera el fallo de fondo, pues teniendo la Ley un término especial para ello, así se debe proceder, máxime que contra su negativa a ser decretada procede el recurso de reposición de acuerdo con el artículo 113 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002”²⁵.

A este respecto cita el demandante el artículo 113 de la Ley 734/02, según el cual “el recurso de reposición procederá únicamente contra la decisión que se pronuncia sobre la nulidad (...)”. El demandante remata así su argumento:

“De acuerdo con esta disposición, es claro que la segunda instancia debió resolver primero dichas nulidades y conceder el recurso de reposición, el cual de acuerdo con la norma anterior procedía y que al interponerse y sustentarse, no permite que quede en firme la decisión, hasta tanto el recurso sea resuelto, incluyendo la apelación del fallo de primera instancia; empero, en esta oportunidad se le ha pretermitido la posibilidad que mi representado interpusiera y sustentara el recurso de que trata el artículo 113 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002.

Con fundamento en tal omisión, ha quedado sin posibilidad de ser controvertidos los argumentos que la segunda instancia tuvo para denegar las nulidades impetradas, situación que viola flagrantemente el derecho fundamental del sancionado.”²⁶

El actor cita algunos pronunciamientos doctrinales en relación con “la necesidad de existir un pronunciamiento previo de las nulidades antes de emitir el fallo de fondo, a efectos de que la parte proponente de ellas pueda igualmente ejercer el derecho de contradicción y defensa”²⁷; e igualmente cita una sentencia de tutela de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil (proferida el 11 de octubre de 1994, expediente 1639), en la cual dicha Corporación afirmó que “se vulneró el debido proceso, por desconocerse el principio general que obliga a tramitar como incidente la petición de nulidad y a resolverlo previamente a la sentencia, (...) la decisión respectiva debe proferirse independientemente del fallo de fondo (...)”²⁸.

²⁵ Folio 43, Cuaderno Principal.

²⁶ Folio 44, Cuaderno Principal.

²⁷ Folio 44, Cuaderno Principal.

²⁸ Folio 45, Cuaderno Principal.

Concluye el demandante señalando las normas supuestamente violadas por esta causal de nulidad, a saber, “el derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, así como los principios rectores de la Ley Disciplinaria contenidos en los artículos 4 (legalidad), 6 (debido proceso), 8 (reconocimiento de la dignidad humana), 9 (presunción de inocencia), 14 (favorabilidad), 15 (igualdad ante la ley disciplinaria), en concordancia con las disposiciones procesales establecidas en los artículos 90 numerales 2 y 3, 92 numeral 6, 113, 143 numerales 2 y 3, 146 y 147 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002”²⁹.

1.2.6. Nulidad de la Resolución mediante la cual se ejecutaron las sanciones disciplinarias impuestas al demandante.

El actor también ataca la validez de la Resolución No. 59 del 23 de febrero de 2009 del Director Ejecutivo de la Unidad Nacional de Tierras Rurales, en la cual se ordenó ejecutar la sanción que le había sido impuesta al señor Roa por las autoridades disciplinarias del INCODER. Frente a este acto administrativo se postulan dos cargos de nulidad:

1.2.6.1. Nulidad por consecuencia al tratarse de un acto de mera ejecución de otros actos nulos: “se solicita la declaratoria de nulidad como consecuencia de la nulidad por violación al debido proceso de los actos administrativos demandados, es decir los fallos de primera y de segunda instancia emanados de la Secretaría General y Gerencia General del INCODER, respectivamente, en razón de ser éste la culminación y ejecución de los actos administrativos generadores de la sanción dispuesta, que se encuentran afectados con las nulidades invocadas”³⁰.

1.2.6.2. Nulidad por violación del fuero sindical que amparaba al demandante:

“En relación con la Resolución No. 59 del 23 de febrero de 2009, proferida por el Director Ejecutivo de la Unidad Nacional de Tierras Rurales UNAT, por medio de la cual se ejecutó la sanción disciplinaria, se solicita la declaratoria de nulidad como consecuencia de la violación al derecho fundamental al debido proceso, por desconocer el fuero sindical que ostentaba mi representado dentro de la Entidad, mediante Resolución No. 001652 del 20 de mayo de 2008, expedida por el Inspector del Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Dirección Territorial de Trabajo y S.S. de Cundinamarca, por medio de la cual se ordenó la inscripción en el Registro Sindical del acta de constitución de la organización sindical denominada Sindicato Nacional de

²⁹ Folio 46, Cuaderno Principal.

³⁰ Folio 46, Cuaderno Principal.

Trabajadores del Sector Rural 'SINTRARURAL', de primer grado y de industria, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., (...) constituida en asamblea de fundación realizada el día 28 de abril de 2008; de sus Estatutos y de su Junta Directiva, la cual quedó integrada de la siguiente manera:

(...) Secretario Suplente – Ricardo Roa Gracia.

(...)

Es de anotar que dicha resolución quedó debidamente ejecutoriada el 20 de junio de 2008.

En este orden de ideas, para poder ejecutar la sanción disciplinaria impuesta por el INCODER, primero debió levantarse por parte de la UNAT, el fuero sindical que ostentaba dentro de la Entidad mi representado, para luego sí proceder a emitir el acto administrativo de ejecución de la sanción; sin embargo, la UNAT no lo hizo y ejecutó la sanción mediante la resolución No. 59 del 23 de febrero de 2009, violando los derechos sindicales de mi representado.”³¹

El actor cita la sentencia SU-039 de 1999 de la Corte Constitucional, en la que se afirmó que “la aplicación del régimen disciplinario no anula ni puede desconocer le fuero sindical, pues será necesaria la intervención del juez o la declaración de ilegalidad del cese, para que proceda el despido o la suspensión del servidor público amparado con esta garantía sindical”; y concluye así su argumentación:

“En el presente asunto, mi representado ostentaba un aforamiento, de acuerdo con la Resolución No. 001652 del 20 de mayo de 2008, expedida por el Inspector del Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Dirección Territorial de Trabajo y S.S. de Cundinamarca.

Con base en lo anterior, es evidente que mi representado ostentaba al momento de ejecutarse la sanción de destitución, un Fuero Sindical (Secretario Suplente) que a la fecha se encuentra incólume, pues no fue retirado o levantado por la autoridad competente para efectos de hacer ejecutar la sanción disciplinaria, como claramente lo exige los artículos 113 a 117 del Código Procesal del Trabajo y la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia Unificadora SU-036 del 27 de enero de 1999 (...).

Así las cosas, que da demostrada la existencia de una Vía de Hecho por parte de la UNAT, al haber ejecutado la sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad de diez (10) años para ejercer funciones públicas, sin que previo a dicho acto administrativo se hubiera tramitado el levantamiento del fuero sindical que ostentaba mi representado al momento de hacerse efectiva dicha sanción, por lo que se deberá revocar y nulificar (sic) dicho acto administrativo.”³²

El actor invoca como normas violadas por esta resolución de ejecución los artículos 29 y 39 de la Constitución, los artículos 113 a 117 del Código Procesal del Trabajo, y la jurisprudencia constitucional citada.

1.3. Pretensiones

La demanda formula las siguientes pretensiones:

³¹ Folios 46-47, Cuaderno Principal.

³² Folio 53, Cuaderno Principal.

“PRIMERA: Mediante la acción que interpongo, persigo que ese Honorable Despacho declare que son nulos por inconstitucionalidad o ilegalidad, los siguientes actos administrativos:

1. Fallo de primera instancia de fecha 4 de noviembre de 2008, proferido por el Secretario General de INCODER, por medio del cual declaró responsable y sancionó con destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años al señor Ricardo Roa Gracia, dentro del proceso disciplinario No. 078/2007.
2. Fallo de segunda instancia de fecha 8 de enero de 2009, proferido por el Gerente General de INCODER, por medio del cual se confirmó el fallo de primera instancia dentro del proceso disciplinario No. 078/2007.
3. La Resolución No. 059 del 23 de febrero de 2009, proferida por el Director Ejecutivo de la Unidad Nacional de Tierras Rurales ‘UNAT’, por medio del cual se ejecutó la sanción disciplinaria en contra de mi representado.

Segundo: Como consecuencia de la decisión anterior y para restablecer el derecho del demandante se disponga que el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural ‘INCODER’ y Unidad Nacional de Tierras Rurales ‘UNAT’, REINTEGREN al demandante al mismo cargo o grado a otro igual o superior, del cual fue removido como consecuencia de los actos administrativos acusados. (sic)

Tercero: Se ordene al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural ‘INCODER’ y Unidad Nacional de Tierras rurales ‘UNAT’ pagar al demandante, la totalidad de las asignaciones (sueldos, primas, bonificaciones y demás prestaciones, etc.) que hubiere dejado de percibir por causa de los actos acusados, desde la fecha de su retiro y hasta la fecha de su reintegro, debiéndose considerar que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en los servicios del actor.

Cuarto: Se ordene el ajuste del pago de los salarios y prestaciones que resulten a favor del actor, de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, hasta la fecha de ejecutoria de la providencia que decreta la nulidad y el restablecimiento del derecho del demandante, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el señor Ricardo Roa Gracia, desde la fecha en que se hizo efectivo su retiro (28 de febrero de 2009), por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia que decreta la nulidad y el restablecimiento del derecho solicitados), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula citada se deberá aplicar separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Quinto: Al declararse la nulidad y el restablecimiento del derecho incoado por el señor Ricardo Roa Gracia, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural ‘INCODER’ y Unidad Nacional de Tierras Rurales ‘UNAT’, estarán obligadas a pagarle a mi poderdante o a quien represente sus derechos, el equivalente a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por los perjuicios morales y materiales ocasionados a causa de los actos administrativos aquí demandados.

Sexto: Al declararse la nulidad y el restablecimiento del derecho incoado por el señor Ricardo Roa Gracia, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural

'INCODER' y Unidad Nacional de Tierras Rurales 'UNAT', estarán obligadas a pagarle a mi poderdante o a quien represente sus derechos, las costas y los gastos ocasionados en virtud de la acción que se promueve en la cuantía que previamente se determine."³³

El actor también solicitó que se decretara la suspensión provisional de los actos administrativos demandados por considerarlos manifiestamente incompatibles con el ordenamiento constitucional y legal vigente. Esta medida cautelar fue denegada por el Consejo de Estado.

1.4. Pruebas aportadas y solicitadas en la demanda

El actor aportó junto con su demanda diversos documentos para ser tenidos como pruebas, entre ellos una copia auténtica del expediente del proceso disciplinario seguido contra el señor Ricardo Roa, que desembocó en las decisiones sancionatorias demandadas. El contenido pertinente de estas pruebas es reseñado en la sección 4.3., subsiguiente.

También aportó el actor con su demanda los documentos atinentes a la creación y registro del sindicato SINTRARURAL, al cual pertenecía el señor Roa como secretario suplente al momento de la ejecución de su sanción disciplinaria.

2. Envío del proceso por competencia al Consejo de Estado

El presente proceso fue promovido inicialmente ante el Juzgado 12 Administrativo del Circuito de Bogotá, el cual antes de admitir la demanda, y acogiéndose a la tesis sostenida desde 2006 por el Consejo de Estado 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 servicio, resolvió remitir el proceso, por competencia, al Consejo de Estado, mediante auto del 5 de febrero de 2010.

Recibido el proceso, el Consejero Ponente resolvió admitir la demanda mediante Auto del 29 de noviembre de 2010³⁴, que fue debidamente notificado en forma

³³ Folios 12-13, Cuaderno Principal.

³⁴ 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 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.

personal al Gerente General del INCODER 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, solicitar a la demandada el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado, y denegar la suspensión provisional de los actos acusados³⁵.

3. La contestación de la demanda

3.1. Contestación del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural - INCODER

Obrando por intermedio de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, el INCODER contestó la demanda de la referencia oportunamente, y solicitó que fueran negadas las pretensiones del actor.

3.1.1. La funcionaria controvierte los hechos expuestos en la demanda; afirma que se respetó el derecho de defensa del actor, se motivaron las decisiones y se siguieron los procedimientos de rigor.

3.1.2. A continuación, la abogada invoca siete “razones de la defensa”:

3.1.2.1. Falta de legitimación en la causa por pasiva. Se indica que la Resolución No. 59 del 23 de febrero de 2009, por la cual se hizo efectiva la sanción disciplinaria impuesta al señor Roa, fue expedida por la Unidad Nacional de Tierras Rurales, entidad que fue liquidada. “Como consecuencia de lo anterior, corresponde a la Unidad Nacional de Tierras Rurales –UNAT-, y no al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER, manifestarse respecto de la presunta nulidad de la Resolución 59 de 2009 pretendida en la demanda”. Indica que en virtud de la normatividad aplicable, compete ahora al Ministerio de Agricultura pronunciarse sobre el particular.

3.1.2.2. Indebida acumulación de pretensiones. Se afirma que “el hoy demandante, antes funcionario disciplinado, pretende obtener el reconocimiento y resarcimiento de todos sus derechos como funcionario público, olvidando los hechos indignos por los cuales fue sancionado”; y se precisa que sus pretensiones no son susceptibles de acumulación, por corresponder a tres vías procesales distintas.

³⁵ Folios 126-127, Cuaderno Principal.

3.1.2.3. Acción de reintegro por fuero sindical. Bajo este título, el INCODER alega que la protección del fuero sindical se debe buscar a través de un proceso ante la jurisdicción laboral ordinaria, y que en cualquier caso, dada la independencia de la acción disciplinaria frente a cualquier otra acción, no puede invocarse el fuero sindical para evitar la imposición de sanciones de esta naturaleza.

3.1.2.4. Inexistencia de razones de nulidad. Afirma el INCODER que no se incurrió en ninguna causal de nulidad, no “se cometieron excesos o se desconocieron derechos”, se agotó el procedimiento aplicable y se le brindaron todas las garantías procesales al señor Roa. Además informa que “dentro del proceso disciplinario se modificaron providencias de oficio y a petición del apoderado con lo que se demuestra el respeto por el debido proceso”³⁶.

3.1.2.5. Inexistencia de violaciones al debido proceso.

3.1.2.6. Inexistencia de vía de hecho. Recordando la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre las vías de hecho, el INCODER argumenta que la sanción disciplinaria impuesta al señor Roa “no fue el resultado de una conducta arbitraria opuesta a la ley y, por el contrario, la misma se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico existente (Ley 734 de 2002). La conclusión a que llegaron los Operadores Disciplinarios, tiene como base la razonabilidad de los fundamentos jurídicos tomados en cuenta por la Secretaría General en el fallo demandado haciendo uso de su competencia autónoma para decidir sobre todos los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios y/o exfuncionarios del INCODER, se fundamentó en las pruebas aportadas válidamente”³⁷.

3.1.2.7. Validez de la actuación disciplinaria. Por último el INCODER reitera que las actuaciones desplegadas contra el señor Roa se ajustaron íntegramente a la legalidad.

4. Pruebas obrantes en el expediente

4.1. Pruebas decretadas en el auto admisorio de la demanda

³⁶ Folio 148, Cuaderno Principal.

³⁷ Folio 150, Cuaderno Principal.

En respuesta al requerimiento realizado en el auto admisorio de la demanda, el Coordinador del Grupo de Control Interno Disciplinario del INCODER remitió al proceso una copia auténtica del expediente disciplinario No. 078 de 2007, seguido contra Ricardo Roa García, así como de la Resolución No. 059 del 23 de febrero de 2009 del Director Ejecutivo de la UNAT.

4.2. Síntesis del proceso disciplinario No. 078/2007 del INCODER

La siguiente es la descripción de las actuaciones procesales y decisiones relevantes que se adoptaron en el curso del Proceso Disciplinario No. 078/2007, tanto en primera como en segunda instancia ante el INCODER. En el expediente obran dos copias auténticas completas de este proceso, una de ellas aportada por el demandante, la otra por el INCODER. Se extractan los contenidos pertinentes para dar respuesta a los problemas jurídicos que plantea la demanda.

4.2.1. La investigación disciplinaria contra el señor Ricardo Roa tuvo su origen en una queja presentada verbalmente ante el Grupo de Control Interno Disciplinario del INCODER por el señor Germán Rodríguez Fajardo, el día 5 de octubre de 2007.

4.2.2. Se decidió dar apertura a la investigación disciplinaria contra Ricardo Roa García como técnico administrativo de la Oficina de Asesoría Jurídica del INCODER, por parte del Subgerente Administrativo y Financiero del INCODER el 16 de octubre de 2007, decretando la práctica de numerosas pruebas y comisionando para ello a los funcionarios Carlos Alberto Espinal Díaz, Margarita Teresa Nieves Zárate, Silvio Garcés Mosquera y Pastor Riaño Valencia.

4.2.3. El 18 de octubre de 2007 se recibió la versión libre de Ricardo Roa ante el INCODER en el marco de la investigación disciplinaria No. 078-07.

4.2.4. Practicadas diversas pruebas, el 7 de marzo de 2008 el Secretario General del INCODER calificó la investigación disciplinaria y formuló pliego de cargos en contra del señor Ricardo Roa Gracia.

4.2.5. El 31 de marzo de 2008, el defensor del señor Roa presentó un “Escrito de Descargos”, en el que además de contestar a los distintos cargos formulados contra su representado, invocó varias causales de nulidad de lo actuado, y solicitó la práctica de distintas pruebas.

4.2.6. El 28 de mayo de 2008, el Secretario General del INCODER resolvió el incidente de nulidad planteado por el abogado del señor Roa; luego de examinar en detalle cada uno de los argumentos del apoderado, resolvió no decretar las nulidades solicitadas por éste³⁸.

4.2.7. El 29 de mayo de 2008, el Secretario General del INCODER se pronunció sobre la petición de pruebas formulada por el abogado del señor Roa; accedió a la práctica de varias de ellas, y denegó la de otras varias solicitadas, motivando en forma suficiente su decisión.

4.2.8. Mediante escrito recibido el 5 de junio de 2008, el abogado del señor Roa interpuso recurso de reposición contra el auto que denegó las nulidades solicitadas por él en su escrito de descargos. En la misma fecha, el abogado presentó un recurso de apelación contra el auto que negó el decreto de ciertas pruebas por él solicitadas.

4.2.9. El 17 de junio de 2008, el Secretario General del INCODER resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el auto que denegó las nulidades, confirmando esta decisión en su integridad³⁹.

4.2.10. El 18 de julio de 2008, el Gerente General del INCODER resolvió el recurso de apelación contra el auto que denegó pruebas, confirmando en su integridad la negativa, con motivaciones específicas y suficientes para su decisión⁴⁰.

4.2.11. El 23 de junio de 2008, se recibió la declaración jurada de Cristina Roca Gracia⁴¹; en la misma fecha se recibió también la declaración jurada de Magdalena Roa Gracia⁴². En ambas diligencias, en forma preliminar se invocaron las siguientes normas por parte de quien recibía el testimonio: el artículo 266 del Código de Procedimiento Penal sobre el deber de rendir testimonio; el artículo 33 de la Constitución Política; y el Artículo 442 del Código Penal.

4.2.12. El 12 de septiembre de 2008, el Secretario General del INCODER resolvió

³⁸ Folios 318-355, Cuaderno No. 6.

³⁹ Folios 417-420, Cuaderno No. 6.

⁴⁰ Folios 431-444, Cuaderno No. 6.

⁴¹ Folios 467-472, Cuaderno No. 6.

⁴² Folios 473-479, Cuaderno No. 6.

cerrar la etapa de investigación, en los siguientes términos:

“Una vez revisado el expediente y verificado que se han practicado las pruebas decretadas y que no se advierte causal de nulidad que puede invalidar (sic) la actuación, se declara cerrada la investigación, y de conformidad con lo establecido en el artículo 92 No. 8 de la Ley 734 de 2002, se corre traslado por el término de cinco (5) días para presentar alegatos de conclusión”.⁴³

4.2.32. El 18 de septiembre de 2008, el señor Roa presentó un recurso de reposición contra el auto de cierre de la investigación. Argumentó que no se habían practicado ciertas pruebas que habían sido decretadas y eran vitales para la defensa:

“Dentro de la ampliación de la queja rendida por el señor Germán Rodríguez Fajardo, éste fue enfático en manifestar que varias personas que conocieron de los hechos por él denunciados se pueden localizar en las direcciones que suministró en dicha diligencia, adicionalmente solicitó ser llamados a declarar para demostrar sus acusaciones, así mismo el suscrito en diligencia de versión libre presentada ante ese Despacho, reiteró dicha solicitud, toda vez que dentro del plenario era la primera vez que se podía ejercer el derecho de contradicción y defensa, cuando mi abogado asistió a contrainterrogar al citado testigo en la ciudad de Villavicencio, lo que genera lógicamente que se deban practicar todas las pruebas ordenadas y solicitadas, sin que se pueda pasar a la siguiente etapa procesal desconociendo la necesidad del debate probatorio, máxime que la única declaración que existe en mi contra son las falaces afirmaciones del quejoso, sin que ese Despacho haya hecho los esfuerzos necesarios para practicar las pruebas ordenadas mediante auto de pruebas de descargos y mucho menos aquellas que surgieron de la controversia con el señor Rodríguez Fajardo.

Además de las pruebas decretadas por el Despacho que a la fecha no se han practicado, de la petición del quejoso de que se llamara a declarar a las personas que él menciona como testigos de los hechos y de la reiteración de las señaladas en mi diligencia de versión libre, en donde indiqué expresamente:

‘(...) Con base en lo anterior, igualmente se hace necesario conocer los testimonios de las personas a las cuales ha hecho alusión el quejoso, tales como los señores Víctor Hugo Castañeda Beltrán (quien rindió testimonio fue Víctor Hugo Cárdenas Beltrán), Freddy de Jesús Berrío Correa, Luis Alfonso Espinosa Arias, Carlos Letrada Mantilla, Edgar Corredor, Freddy N. (conductor de Edgar Corredor), Héctor Sierra y Ramiro Barón, pues no puede concebirse que ese Despacho, tenga como único fundamento para endilgar responsabilidad disciplinaria al suscrito, los dichos del quejoso, cuando es evidente que ninguna de las personas a las que ha hecho relación el señor en su queja, o no existen (en algunos de esos nombres) o simplemente nada tienen que ver en este asunto y no pueden corroborar sus mentiras. (...)’ (sic)

Se hace necesario, que ese Despacho revoque la decisión de cierre de la investigación, para que en su lugar se alleguen las pruebas decretadas y aquellas que se han solicitado, para que en verdad se perfeccione la investigación, so pena de incurrir en violación de mi derecho fundamental al debido proceso, pues no puede pasarse a otra etapa procesal, sin que previamente se alleguen las pruebas decretadas y solicitadas oportunamente por las partes.

(...) En este orden de ideas, solicito respetuosamente a ese Honorable Despacho, proceda a revocar la decisión recurrida, a efectos de que se garantice mi derecho fundamental conculcado.”⁴⁴

4.2.33. El 22 de septiembre de 2008, el Secretario General del INCODER resolvió el

⁴³ Folio 534, Cuaderno No. 7.

⁴⁴ Folios 542-544, Cuaderno No. 7.

anterior recurso de reposición y confirmó la decisión de cierre de la investigación, declarando que no había habido solución de continuidad en cuanto al término para presentar alegatos de conclusión; argumentó así:

“3.1. En primer término, es pertinente aclarar al señor disciplinado que de conformidad con lo establecido en el artículo 113 de la Ley 734 de 2002, el recurso de reposición procederá únicamente contra la decisión que se pronuncia sobre la nulidad y la negación de la solicitud de copias o pruebas al investigado o a su apoderado, y contra el fallo de única instancia, De conformidad con lo anterior el recurso presentado en esta oportunidad en contra del auto de fecha 12 de septiembre de 2008 mediante el cual se declara cerrada la investigación y se ordena correr traslado para alegar de conclusión, es improcedente a la luz de la normatividad disciplinaria.

3.2. No obstante lo anterior y ante las graves acusaciones que el disciplinado endilga al Despacho, en esta ocasión se procederá a hacer un breve análisis de los argumentos expuestos por el disciplinado en el recurso impetrado.

3.3. Afirma el recurrente que el Despacho no ha hecho los esfuerzos necesarios para practicar las pruebas ordenadas mediante auto de pruebas de descargos y mucho menos aquellas que surgieron de la controversia con el señor Rodríguez Fajardo, contrario a la afirmación anterior en el expediente disciplinario se puede observar que tanto en la práctica de las pruebas decretadas mediante auto de inicio de investigación disciplinaria de fecha octubre 16 de 2007 como en la práctica de las decretadas mediante auto de fecha 29 de mayo de 2008, el Despacho hizo uso de todos los medios procesales con el fin de que se practicasen dichas pruebas, así se puede constatar en la multiplicidad de oficios citatorios que reposan en el expediente a folios 103, 181, 184, 395, 396, 461, 464, 465 y 514, cosa distinta es que algunos de los testigos citados se negaran a comparecer, pero no quiere ello decir que el despacho no haya practicado o hecho las diligencias necesarias para practicar las pruebas legalmente decretadas dentro del expediente.

3.4. En este orden de ideas se tiene que las pruebas que no fueron practicadas, no lo fueron debido a capricho o arbitrariedad del Despacho, sino por que los declarantes citados no comparecieron en la oportunidad legal, por lo que no es de recibo las afirmaciones del disciplinado en el sentido de que la no práctica de pruebas se deba al arbitrio de la oficina de Control Interno Disciplinario. No sobra mencionar que el disciplinado al conocer los alcances de su defensa gozaba de todas las garantías procesales para solicitar pruebas ante el Despacho en las oportunidades procesales debidas.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

1. PRIMERO: No reponer el auto del 12 de septiembre de 2008, mediante el cual se declaró cerrada la investigación disciplinaria y se corrió traslado para alegar de conclusión, en consecuencia dicho auto es confirmado en todas sus partes.

2.- SEGUNDO: Ante la improcedencia del Recurso de Reposición contra el auto de fecha 12 de septiembre de 2008, entiéndase que no ha habido solución de continuidad en el término para alegar de conclusión.

3.- TERCERO: Librar las comunicaciones correspondientes al disciplinado o a su apoderado, haciéndoles saber que contra el presente auto no procede recurso alguno.”⁴⁵

Nota el Consejo de Estado que para fundamentar la decisión de confirmar el cierre de la investigación, el Secretario General del INCODER se refirió a distintos oficios en los que se citó a los testigos en mención a comparecer. También hay constancia en el expediente de que la decisión del 22 de septiembre de 2008 del Secretario

⁴⁵ Folios 545-546, Cuaderno No. 7.

General del INCODER fue notificada en forma personal al señor Ricardo Roa el día 25 de septiembre de 2008.⁴⁶

4.2.34. El 4 de noviembre de 2008, el Secretario General del INCODER profirió decisión disciplinaria de primera instancia, en la cual se impuso al señor Ricardo Roa la sanción de destitución del cargo e inhabilidad general por diez años, por haberlo encontrado responsable de faltas disciplinaria gravísimas a título de dolo. Consta en el expediente que esta providencia fue notificada en forma personal al apoderado del señor Roa el día 14 de noviembre de 2008⁴⁷.

4.2.35. El 20 de noviembre de 2008, el apoderado del señor Roa interpuso recurso de apelación contra la decisión disciplinaria de primera instancia.

En este recurso, el abogado en primer lugar solicitó que se declarara la nulidad de lo actuado, por las siguientes causales (resumidas por el propio recurrente):

“Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, me permito desarrollar las siguientes nulidades:

1. Violación al Derecho fundamental al Debido Proceso:

1.1. Por desconocer el principio de presunción de inocencia.

2. Existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso.

2.1. Fundamentación del pliego de cargos y fallo de primera instancia en pruebas inexistentes por realizar su práctica con base en una ley derogada.

2.2. Por desconocer los derechos de contradicción y defensa al dejar de practicar pruebas.

2.3. Por impedir que se interrumpieran los términos para presentar alegatos de conclusión.”⁴⁸

Posteriormente el abogado sustentó el recurso de apelación en diversas razones sustantivas y procesales.

4.2.36. El 8 de enero de 2009, el Gerente General del INCODER profirió decisión disciplinaria de segunda instancia. En ella se pronunció tanto sobre las solicitudes de nulidad presentadas por el abogado (lo cual se hizo en primer lugar), como sobre los argumentos de sustento del recurso de apelación (capítulo posterior al referente a las nulidades). El Gerente General confirmó en todas sus partes la decisión sancionatoria recurrida.

⁴⁶ Folio 548, Cuaderno No. 7.

⁴⁷ Folio 580, Cuaderno No. 7.

⁴⁸ Folio 616, Cuaderno No. 7.

5. Alegatos de conclusión

5.1. El apoderado del demandante reiteró, a manera de alegatos de conclusión, los argumentos y cargos que planteó en el escrito de demanda; además citó la sentencia T-424 de 2010 de la Corte Constitucional, para sustentar su aserto sobre violación del fuero sindical del señor Roa por la resolución de la UNAT que ejecutó la sanción disciplinaria a él impuesta.

5.2. De igual forma, la apoderada del INCODER reiteró en su integridad las “razones de defensa” que expuso en su contestación de la demanda.

6. Concepto del Ministerio Público

Mediante concepto recibido en esta Corporación el 7 de marzo de 2013, el Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó a la Sala que deniegue las súplicas de la demanda y mantenga la legalidad de los actos administrativos demandados. Argumenta que “es diáfano que el demandante no logró demostrar las supuestas irregularidades sustanciales que afectaban el debido proceso, toda vez que el proceso disciplinario se adelantó de conformidad con los términos y procedimientos previstos en el CDU y la entidad accionada probó debidamente a través de los fallos enjuiciados que el mismo, cuando se desempeñaba como funcionario del INCODER en Bogotá, realizó la exigencia de dinero a un ciudadano por la suma de 13 millones de pesos, a cambio de obtener la adjudicación de una parcela en los predios del INCODER en el municipio de Puerto López, Meta. Por lo tanto, se deberán denegar las súplicas de la demanda y los actos acusados deberán permanecer incólumes”⁴⁹.

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 Ricardo Roa Gracia por las autoridades disciplinarias del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -

⁴⁹ Folios 218-223, Cuaderno Principal.

INCODER, consistente en la destitución del cargo e inhabilidad general por diez años, pretensión que no implica cuantía⁵⁰.

2. PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Con base en los cargos de nulidad formulados en la demanda, y en la contestación de las autoridades demandadas, corresponde al Consejo de Estado resolver en la presente providencia los siguientes problemas jurídicos:

2.1. ¿Se incurrió en un prejuzgamiento violatorio de la presunción de inocencia y del derecho al debido proceso del señor Roa, cuando en la decisión sancionatoria de primera instancia se reprodujo literalmente una alta porción del texto del pliego de cargos que le precedió, complementándolo con nuevos párrafos, consideraciones y capítulos?

2.2. ¿Se afectó el debido proceso del señor Ricardo Roa por haberse invocado, al momento de realizar la práctica de pruebas testimoniales, el artículo del Código de Procedimiento Penal derogado que regulaba el juramento, y no el artículo correspondiente del Código de Procedimiento Penal vigente?

2.3. ¿Se violó el debido proceso –derechos de contradicción y defensa- del señor Ricardo Roa por el hecho de haberse decidido cerrar la etapa de investigación del proceso disciplinario sin que se hubiesen logrado recaudar algunos testimonios, que fueron solicitados por la defensa del disciplinado y decretados formalmente por el fallador disciplinario?

2.4. ¿Se violó el derecho de defensa y el debido proceso del señor Ricardo Roa por el hecho de que, al decretar la improcedencia del recurso de reposición contra el auto que declaró cerrada la investigación, la autoridad disciplinaria del INCODER se negó a suspender el término para presentar alegatos de conclusión?

2.5. ¿Se violó el Código Disciplinario Unico por la autoridad disciplinaria del INCODER de segunda instancia, al haber resuelto la petición de nulidad presentada por el apoderado del señor Roa en el mismo acto administrativo en el cual se desató

⁵⁰ 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.

el recurso de apelación, y no en una providencia separada que estaría, a su turno, sujeta al recurso de reposición?

2.6. ¿La resolución de ejecución de la sanción disciplinaria impuesta al señor Roa es violatoria del fuero sindical que amparaba al demandante para el momento de su adopción?

2.7. La resolución de ejecución de la sanción disciplinaria impuesta al señor Roa ¿es nula por consecuencia, en caso de ser nulos los actos administrativos sancionatorios de primera y segunda instancia?

A todo lo largo de la presente providencia, se ha de tener en cuenta que, independientemente del mérito que pueda asistir a las sanciones disciplinarias impuestas al señor Roa, y de los múltiples elementos probatorios que obran en el expediente de la investigación disciplinaria en su contra, el Consejo de Estado debe examinar la validez de la actuación procesal mediante la cual se dedujo la responsabilidad disciplinaria del actor, ya que se ha controvertido su adecuación a importantes garantías constitucionales y legales cuyo cumplimiento apunta al goce efectivo de sendos derechos fundamentales del disciplinado.

Antes de proceder a la resolución de estos problemas jurídicos, considera pertinente la Sala detenerse a precisar su postura sobre la naturaleza jurídica de los actos mediante los cuales se ejerce la potestad disciplinaria de la administración pública, y sobre el alcance del control jurisdiccional al que dichos actos están sujetos ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

3. LA NATURALEZA JURIDICA 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.⁵¹ 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..."⁵²

Sobre la naturaleza, finalidades y características de "la potestad disciplinaria que en razón de la función pública debe ser ejercida sobre los servidores públicos"⁵³ 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. 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 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'⁵⁴. 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'⁵⁵."⁵⁶

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

⁵¹ 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."

⁵² Corte Constitucional, Sentencia C-244 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

⁵³ 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.

⁵⁴ Sent. C-417 de 1993

⁵⁵ Sent. C-417 de 1993

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-155 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

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 Constituyente⁵⁷. Ahora bien, el ámbito externo –y excepcional- es el del organismo autónomo establecido por la Carta Política para cumplir con esta trascendente función.

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**.

3.3. 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

⁵⁷ 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].

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 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 y mandatos 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 eran formalmente limitadas y se restringían a la protección de aquellos derechos y normas expresamente invocados por quienes recurrían a la justicia, posición -hoy superada- que otorgaba un alcance excesivamente estricto al principio de jurisdicción rogada en lo contencioso-administrativo. Este cambio sustantivo, 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 integral que propenda por materializar, en cada caso concreto, el alcance pleno de los derechos establecidos en la Constitución.**⁵⁸ En términos aún más contundentes, el

⁵⁸ 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.

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 correspondiente⁵⁹.

Lo que resulta aún más importante es que el control pleno de las decisiones disciplinarias por la jurisdicción contencioso-administrativa 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 alcance⁶⁰.

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 sustancial de la Procuraduría o de las autoridades disciplinarias. 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 ha pronunciado 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

⁵⁹ 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.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencias C-095 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara), C-1189 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-060 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo).

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.

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 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, distinto a aquellos límites implícitos en el texto mismo de la Constitución y en las normas legales aplicables.

4. LA IDENTIDAD TEXTUAL PARCIAL ENTRE EL PLIEGO DE CARGOS Y EL FALLO DISCIPLINARIO DE PRIMERA INSTANCIA.

Procede la Sala a determinar si las autoridades disciplinarias del INCODER incurrieron en un prejuizgamiento violatorio de la presunción de inocencia y del debido proceso al haber supuestamente formulado el pliego de cargos contra el señor Roa en términos condenatorios; según el demandante, ello se demostraría por el hecho de que en la decisión sancionatoria de primera instancia se reprodujo literalmente una alta porción del texto del pliego de cargos que le precedió.

En criterio del Consejo de Estado, es claro que el pliego de cargos que fue formulado en contra del señor Roa se redactó con términos que indicaban el carácter plausible, aún no revestido de certeza, de las acusaciones que se le hicieron en el proceso disciplinario. En efecto, cada uno de los cuatro cargos que le fueron formulados, y que fueron transcritos en la sección 4.2.18.6. de la presente providencia, se acompañó de las expresiones “al parecer” y “presuntamente”; de igual manera, la descripción extensa de las conductas imputadas al señor Roa bajo cada uno de estos cargos, transcrita en la sección 4.2.18.1. precedente, fue realizada con términos similares: “presuntamente”, “posiblemente”, “admitir la posibilidad”, “al parecer”, etc. Ninguna de estas imputaciones se formuló en términos de certeza o de hechos comprobados.

Cosa bien distinta es que desde el momento de la formulación del pliego de cargos existiese una multitud de pruebas de distinta índole en el expediente disciplinario, todas las cuales apuntaban, en forma coherente y casi obvia, hacia la responsabilidad disciplinaria y posiblemente penal del señor Roa por haber participado activamente dentro de la maniobra engañosa destinada a expoliar al ciudadano Germán Rodríguez y hacerle creer que mediante el pago de altas sumas de dinero se haría a la adjudicación –por cierto fraudulenta- de un predio en Puerto López. En efecto, son tantas y tan creíbles las pruebas que fueron recaudadas desde el principio mismo de la investigación disciplinaria en contra del señor Roa, incluyendo las consignaciones de dineros por el señor Rodríguez en su cuenta y un torpe intento de retractación forzada posteriormente desmentido por el quejoso, que era elemental que el pliego de cargos estuviese formulado con la solidez probatoria, la coherencia lógica y la consistencia fáctica y jurídica con la cual fue adoptado por el Secretario General del INCODER. El hecho de que todas las pruebas proveyeran

desde el inicio un nivel alto de certeza sobre la comisión de las conductas reprochadas por el señor Roa, y que esta solidez probatoria se hubiera visto reflejada en la formulación de los cargos imputados al disciplinado, no significa que hubiese existido un prejuzgamiento. Sería absurdo exigirle a la autoridad disciplinaria que haga caso omiso de aquello que el acervo probatorio le está señalando con prístina claridad y formule un pliego de cargos precario que no refleje las evidencias debidamente recaudadas en el proceso correspondiente, en aras de una mal entendida presunción de inocencia del investigado. Al contrario, la propia ley disciplinaria exige que (a) sólo se formule el pliego de cargos cuando exista suficiente prueba como para comprometer la posible responsabilidad del disciplinado en una falta objetivamente demostrada, y (b) el pliego de cargos incluya dentro de su contenido, como un componente mínimo, la indicación de las pruebas obrantes en la investigación que apunten hacia la responsabilidad del servidor público respectivo.

En efecto, dispone el artículo 162 de la Ley 734 de 2002:

“El funcionario de conocimiento formulará pliego de cargos cuando esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado. Contra esta decisión no procede recurso alguno.”

E igualmente el artículo 163 de la Ley 734/02 establece, como los componentes mínimos del pliego de cargos, los siguientes:

“La decisión mediante la cual se formulen cargos al investigado deberá contener:

1. La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó.
2. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta.
3. La identificación del autor o autores de la falta.
4. La denominación del cargo o la función desempeñada en la época de comisión de la conducta.
5. El análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados.
6. La exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, de conformidad con lo señalado en el artículo 43 de este Código.
7. La forma de culpabilidad.
8. El análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales.”

De esta manera, el Secretario General del INCODER al formular el pliego de cargos con la solidez y el sustento probatorio con los que lo hizo, simplemente estaba cumpliendo con los mandatos de la ley disciplinaria, y no se puede deducir de ello que se hubiese incurrido en un prejuzgamiento. Es irreprochable, en criterio de esta

Corporación, que se haya logrado un nivel así de alto de certeza probatoria contra el disciplinado desde esa etapa temprana de la investigación disciplinaria, y que así se hubiera expuesto con nitidez en el pliego de cargos correspondiente.

Por otra parte, nota el Consejo de Estado que, tal y como lo señala el demandante, el fallo disciplinario de primera instancia proferido por el Secretario General del INCODER reprodujo textualmente, en una alta proporción, el texto del pliego de cargos. Pero este hecho no demuestra, como lo quiere el demandante, que hubiese existido un prejuzgamiento al momento de formular el pliego de cargos; para el Consejo de Estado, esta identidad textual –que no es total sino meramente parcial– constituye un simple efecto, en este caso, del amplísimo sustento probatorio con el cual la autoridad disciplinaria formuló el pliego de cargos en primer lugar, y lejos de violar la ley, contribuyó a garantizar el derecho de defensa del señor Roa a lo largo del proceso disciplinario y hasta su culminación.

En efecto, se observa en primer lugar que el pliego de cargos y el fallo sancionatorio de primera instancia, si bien guardan correspondencia textual en amplios segmentos, no son totalmente idénticos, puesto que el fallo sancionatorio incluyó varios párrafos analíticos y capítulos separados que no estaban contenidos dentro del pliego de cargos. En particular, se observa que el fallador disciplinario amplió significativamente la valoración probatoria correspondiente al cargo tercero, y además incluyó nuevos capítulos atinentes a la culpabilidad del señor Roa, la descripción de la falta por él cometida, la naturaleza de dicha falta y su imputación subjetiva. De manera tal que no se trata de la misma decisión; con base en las nuevas pruebas recaudadas con posterioridad al pliego de cargos, la autoridad disciplinaria complementó y perfeccionó el análisis probatorio del pliego de cargos – de por sí sólido y suficiente para apuntar sin ambages hacia la responsabilidad del señor Roa– para cumplir, de igual forma, con los mandatos del Código Disciplinario Unico sobre el contenido del fallo disciplinario (art. 170, Ley 734/02).

Adicionalmente, la Sala considera pertinente precisar que la ley disciplinaria no exige que el fallo disciplinario sea textualmente distinto al pliego de cargos. De hecho, una lectura atenta de las disposiciones relevantes del Código Disciplinario Unico indica que, en atención a las pruebas que se llegaren a recaudar con posterioridad a la formulación del pliego de cargos, o por error en la calificación jurídica, dichos cargos **pueden** ser variados por la autoridad disciplinaria para mejor ajustarse a la realidad

procesalmente demostrada⁶¹; pero no es imperativo que así suceda, y los cargos pueden perfectamente permanecer inalterados hasta el momento de la decisión de fondo, en la misma medida en que no es imperativo que se aporten nuevas pruebas a la investigación disciplinaria, lo cual constituye no una obligación sino una potestad legalmente conferida al disciplinado y a la autoridad para complementar el recaudo probatorio correspondiente, en caso de que ello sea necesario. Así como puede haber variación en los cargos para responder a los resultados de la investigación⁶², de igual forma pueden mantenerse idénticos dichos cargos hasta el momento de la adopción de una decisión disciplinaria de fondo cuandoquiera que las pruebas recaudadas así lo permitan, y ello no viola el derecho al debido proceso ni compromete la imparcialidad de la autoridad disciplinaria. De hecho, la identidad entre los cargos formulados en el pliego y aquellos de los que se deduce la responsabilidad disciplinaria en la decisión de fondo constituye, a la luz de la jurisprudencia constitucional, una garantía del derecho de defensa del funcionario público disciplinado.

En el mismo sentido, no riñe con la naturaleza del pliego de cargos en tanto calificación provisional de la falta, el hecho de que en un caso concreto los cargos sólidamente formulados se mantengan inalterados en la decisión disciplinaria de fondo, si a ello apuntan con certeza las pruebas obrantes en el proceso. Es claro para el Consejo de Estado que, como lo ha resaltado la jurisprudencia constitucional, la naturaleza provisional de la calificación de la falta que se realiza en el pliego de cargos corresponde a la esencia misma de esta imputación, puesto que “la finalidad del proceso disciplinario es la de esclarecer lo ocurrido, buscar la verdad real y formular un reproche en tal sentido”⁶³, y porque “el carácter provisional de la calificación de una falta disciplinaria se aviene con la garantía del debido proceso, toda vez que mantiene la presunción de inocencia del procesado en cuanto a la falta por la cual se lo acusa, presunción únicamente desvirtuable mediante el fallo disciplinario por medio del cual se impone una determinada sanción”⁶⁴. No obstante, ello no es óbice para que existan casos, como el presente, en los cuales exista suficiente certeza y solidez probatoria como para que los cargos formulados en el pliego sean idénticos a aquellos por los cuales se deduce la responsabilidad

⁶¹ Dispone al respecto el artículo 165 de la Ley 734/02: “Notificación del pliego de cargos y oportunidad de variación. (...) El pliego de cargos podrá ser variado luego de concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única instancia, por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente. La variación se notificará en la misma forma del pliego de cargos y (...) se otorgará un término prudencial para solicitar y practicar otras pruebas, el cual no podrá exceder la mitad del fijado para la actuación original.”

⁶² Ver la sentencia T-1094 de 2003 de la Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶³ Corte Constitucional, sentencia C-1076 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1076 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

disciplinaria de un determinado funcionario público en la decisión de fondo. Concluir que ello constituye una evidencia de prejuzgamiento contra el señor Roa es, a la luz de la amplitud de pruebas obrantes en la investigación disciplinaria, un despropósito carente de soporte jurídico, y equivaldría a demeritar los resultados de una investigación que en este caso fue inobjetablemente diligente, y reveló la existencia fáctica de un esquema defraudatorio a todas luces reprochable por estar orientado a engañar al Estado, a suplantar a la población desplazada real, a manipular al ciudadano Germán Rodríguez y a valerse ilícitamente de la actividad regular de las autoridades del INCODER encargadas de la adjudicación de predios.

Así mismo, nota el Consejo de Estado que los requisitos que establece el Código Disciplinario Unico en su artículo 170 para el fallo disciplinario de primera instancia no incluyen el que deba ser textualmente distinto al pliego de cargos; exigen, eso sí, que se encuentre debidamente motivado y aborde los distintos temas neurálgicos indispensables para deducir la responsabilidad disciplinaria individual; según el artículo 170 en cuestión, tales requisitos son los siguientes:

“El fallo debe ser motivado y contener:

1. La identidad del investigado.
2. Un resumen de los hechos.
3. El análisis de las pruebas en que se basa.
4. El análisis y la valoración jurídica de los cargos, de los descargos y de las alegaciones que hubieren sido presentadas.
5. La fundamentación de la calificación de la falta.
6. El análisis de culpabilidad.
7. Las razones de la sanción o de la absolución, y
8. La exposición fundamentada de los criterios tenidos en cuenta para la graduación de la sanción y la decisión en la parte resolutive.”

Para el Consejo de Estado, el Secretario General del INCODER cumplió cabalmente con cada uno de estos requisitos. Por las características del caso individual del señor Roa, resultó ser que la investigación ulterior simplemente confirmó lo que ya estaba ampliamente demostrado desde el momento mismo de la formulación del pliego de cargos, y que no fue desvirtuado por el señor Roa pese a las extensas argumentaciones de su abogado; ello no constituye, en criterio de esta Sala, evidencia de prejuzgamiento en su contra, sino por el contrario, una evidencia clara de que se realizó una actividad de recaudo y valoración probatoria supremamente diligente, que proveyó desde el principio mismo del proceso disciplinario un soporte sólido para arribar a las conclusiones a las que se llegó con respecto a la reprochable conducta del señor Roa.

Por las anteriores razones, el cargo no prospera.

5. LA INVOCACION DE NORMAS DEROGADAS AL MOMENTO DE RECIBIR PRUEBAS TESTIMONIALES.

A continuación debe determinar la Sala si se afectó el derecho al debido proceso del señor Ricardo Roa por haberse invocado, al momento de realizar la práctica de pruebas testimoniales, el artículo del Código de Procedimiento Penal derogado que regulaba el deber de rendir testimonio bajo juramento, y no el artículo correspondiente del Código de Procedimiento Penal vigente.

Observa la Sala que, en efecto, al momento de recibir la ampliación de la declaración del quejoso Germán Rodríguez, y al momento de recibir las declaraciones de testigos, la autoridad disciplinaria invocó el artículo 266 de la Ley 600 de 2000 – Código de Procedimiento Penal, el cual para la época de los hechos investigados ya no se encontraba vigente. Para el demandante, el que se hubiese invocado este artículo y no el artículo vigente de la Ley 906 de 2004, constituye una irregularidad de tal entidad que vicia de nulidad el procedimiento disciplinario.

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”⁶⁵. 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

⁶⁵ 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.

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.”⁶⁶

Desde esta misma óptica se debe leer el artículo 140 del Código Disciplinario Único, atinente a la validez y existencia de las pruebas recaudadas en un proceso disciplinario, cuando dispone que “[l]a prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, se tendrá como inexistente.” El propio legislador se tomó el trabajo de precisar que las irregularidades que generan esta consecuencia jurídica no son todas, sino solamente aquellas que puedan ser calificadas de *sustanciales*.

A la luz de lo anterior, conceptúa el Consejo de Estado que la irregularidad invocada por el señor Ricardo Roa es del todo intrascendente, y no tiene la virtualidad de viciar la investigación disciplinaria ni las decisiones adoptadas luego de la misma. En efecto, el hecho de que se haya invocado formalmente al inicio de la recepción de los testimonios y de la declaración del quejoso el artículo 266 de la Ley 600 de 2000⁶⁷ y no el artículo 383 de la Ley 906 de 2004⁶⁸, los cuales regulan el deber de rendir testimonio bajo juramento, no tiene en la práctica ningún efecto sustantivo, entre otras razones porque se trata de normas muy similares cuya regla central es la misma, y porque incluso en ausencia de dicha invocación, no se ve cómo se pudo haber afectado siquiera tangencialmente el derecho de defensa y contradicción del señor Ricardo Roa con su lectura.

Al tratarse de una imprecisión ritual sin efectos sustantivos sobre los derechos fundamentales del disciplinado, no constituye causal de nulidad de lo actuado.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ Ley 600 de 2000, artículo 266: “Deber de rendir testimonio. Toda persona está en la obligación de rendir bajo juramento, el testimonio que se le solicita en la actuación procesal, salvo las excepciones constitucionales y legales. Al testigo menor de doce (12) años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad a quien se le tomará juramento acerca de la reserva de la diligencia”.

⁶⁸ Ley 906 de 2004, artículo 383: “Obligación de rendir testimonio. Toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales. // Al testigo menor de doce (12) años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad. (...)”

El cargo, por ende, no prospera.

6. EL CIERRE DE LA ETAPA DE INVESTIGACION Y LA NO PRACTICA DE PRUEBAS DECRETADAS.

Procede ahora el Consejo de Estado a determinar si se violó el debido proceso – específicamente los derechos de contradicción y defensa- del señor Ricardo Roa por el hecho de haberse decidido cerrar la etapa de investigación del proceso disciplinario sin que se hubiese logrado recaudar algunos testimonios, que fueron solicitados por la defensa del disciplinado y decretados formalmente por el fallador disciplinario.

Se ha invocado en la demanda en este punto la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los deberes probatorios de los jueces en los procesos penales y de extinción de dominio, en el sentido de que las pruebas que hayan sido decretadas deben necesariamente ser practicadas, y que constituye causal de invalidación del proceso el abstenerse de practicarlas.

No obstante, en criterio del Consejo de Estado, esta línea jurisprudencial no es aplicable al ámbito de los procesos disciplinarios, en el cual las garantías propias del debido proceso adquieren un contenido propio y específico – como lo han reconocido reiteradamente las altas cortes colombianas.

En efecto, en los procesos disciplinarios, el operador disciplinario cuenta con una potestad de valoración probatoria amplia, que le habilita para determinar, en ejercicio de discrecionalidad razonada, cuándo obran en un determinado proceso suficientes pruebas como para forjarse la certeza y convicción respecto de la ocurrencia –o no ocurrencia- de determinados hechos. Así se deduce del texto mismo de las disposiciones generales sobre recaudo y valoración de pruebas del Código Disciplinario Unico:

(a) según el artículo 128, que consagra el principio de necesidad de la prueba, “[t]oda 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”; de allí se deduce necesariamente que el funcionario público que ejerce la potestad disciplinaria y adopta las decisiones correspondientes

debe necesariamente basar sus determinaciones sustantivas en la apreciación conjunta e integral de las evidencias que se hubieren recaudado, proceso de valoración para el cual se ha de entender suficientemente habilitado por la Ley;

(b) el mismo artículo 128 consagra la regla según la cual en el ámbito del proceso disciplinario, “la carga de la prueba corresponde al Estado”, carga que específicamente recae sobre el funcionario que adelanta el proceso disciplinario correspondiente, y que necesariamente presupone, para efectos de su adecuado cumplimiento, que la autoridad disciplinaria pueda valorar y sopesar las pruebas obrantes en el proceso con miras a determinar si en su integridad son suficientes para producir en su fuero interno la certeza y convicción hacia las cuales se orienta la noción misma de “carga de la prueba”, es decir, si dicha carga se cumplió;

(c) el artículo 129 establece que “[e]l funcionario buscará la verdad real”, para lo cual debe “investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad”, y “podrá decretar pruebas de oficio” – se desprende necesariamente de este precepto que el funcionario que ejerce la potestad disciplinaria debe entenderse suficientemente habilitado para establecer cuándo el recaudo probatorio le permite visualizar “la verdad real”, mediante la valoración ponderada y razonada de las evidencias recogidas;

(d) el artículo 141 consagra en términos específicos el deber del funcionario disciplinante de apreciación de las pruebas según la sana crítica, al disponer que “las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”, y que “en toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que ésta se fundamenta” – disposiciones que claramente presuponen la existencia de una potestad de valoración y apreciación de la suficiencia probatoria en un momento dado del proceso;

(e) según el artículo 142, “[n]o se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado”, regla de la cual infiere la Sala que el funcionario competente para adoptar un fallo disciplinario debe entenderse habilitado para establecer cuándo las pruebas generan en su entendimiento la suficiente certeza como para concluir que algo sucedió, y que es jurídicamente relevante para deducir

la responsabilidad disciplinaria de un servidor público;

(f) el artículo 132 faculta al operador disciplinario para rechazar pruebas, en el evento en que las considere inconducentes, impertinentes o superfluas; de allí que se entienda que la autoridad que ejerce la potestad disciplinaria tiene el poder de determinar la conducencia, pertinencia y sustantividad de las pruebas pedidas por las partes u obrantes en el expediente;

(g) el artículo 160A establece que la decisión del cierre de investigación procede cuandoquiera que las pruebas recaudadas sean suficientes para la formulación de cargos disciplinarios, determinación que compete al funcionario que adelanta el proceso: “Cuando se haya recaudado prueba que permita la formulación de cargos, o vencido el término de la investigación, el funcionario de conocimiento, mediante decisión de sustanciación notificable y que solo admitirá el recurso de reposición, declarará cerrada la investigación. // En firme la providencia anterior, la evaluación de la investigación disciplinaria se verificará en un plazo máximo de quince (15) días hábiles”; norma de la cual se deduce claramente que el operador disciplinario tiene un margen de valoración discrecional para determinar si las pruebas que se han recaudado son o no suficientes para generar la certeza necesaria como para formular un pliego de cargos en contra del funcionario disciplinado.

Se tiene, así, que fue claramente voluntad del Legislador el dotar a las autoridades que ejercen la potestad disciplinaria de una facultad de valoración y apreciación probatoria –o facultad de libre formación del conocimiento del operador disciplinario– que incluye el poder para determinar cuándo se ha logrado recaudar un nivel de pruebas suficiente como para concluir con certeza y convicción que se pudo haber cometido una falta.

Sobre este punto, vale la pena precisar que en el ámbito de los procesos disciplinarios no existe una tarifa probatoria legal; de hecho el propio Código Disciplinario Unico consagra, en su artículo 131, el principio de libertad probatoria, al establecer que “la falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos”. De manera tal que no es aceptable exigir que se haya recaudado un tipo determinado de prueba –por ejemplo un testimonio o un documento– para efectos de sustentar un fallo disciplinario, que puede estar basado, por decisión expresa del Legislador, en cualquiera de los medios de prueba admitidos por el sistema legal colombiano –e

incluso en otros medios probatorios, como se deduce del artículo 130 *ibídem*⁶⁹-.

En conclusión, cuandoquiera que exista suficiencia probatoria para generar en la autoridad disciplinante un grado adecuado de certeza sobre la ocurrencia de determinados hechos, el operador disciplinario puede prescindir de la práctica de pruebas adicionales que juzgue innecesarias, incluso si estas pruebas han sido decretadas con anterioridad. No viola el ordenamiento jurídico el investigador disciplinario que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 160A del Código Disciplinario Unico, resuelva dar cierre a la investigación y prescindir de la práctica de pruebas que considere innecesarias por existir ya un grado suficiente de certeza y convicción sobre la comisión de la falta, que se encuentre objetiva y materialmente sustentado en las pruebas obrantes en el proceso.

En el caso concreto del señor Roa, para la Sala es indudable que el amplísimo cúmulo de evidencias que ya obraban en el proceso, y que fueron recaudadas apuntando a demostrar tanto lo favorable como lo desfavorable al funcionario investigado, justificaba por sí mismo que el Secretario General del INCODER hubiese dado cierre a la investigación disciplinaria en el momento en que lo hizo y sin practicar testimonios adicionales, puesto que no era necesario indagar más allá de las pruebas documentales, declaraciones y testimonios que ya existían, y que demostraban sin lugar a dudas y en forma plena la responsabilidad del señor Roa en los hechos ocurridos; baste indicar simplemente (i) los recibos de consignación en la cuenta bancaria del señor Roa y su inverosímil y contradictoria justificación por el disciplinado con la excusa de un supuesto préstamo –justificación que, al incluir una extraña retractación por parte del quejoso y un recibo de una suma de dinero distinta a la inicialmente explicada como un préstamo, terminó por confirmar la irregularidad de la transacción bancaria demostrada-, (ii) el contrato suscrito entre el señor Germán Rodríguez y la fundación FUNDAHODES que fraudulentamente decía defender a la población desplazada, (iii) el proyecto de producción agro-ganadera que se radicó ante el INCODER para ser desarrollado en un predio en Puerto López ni siquiera había ingresado formalmente al inventario de tierras de la entidad, o (iv) la realización de una visita irregular al predio que se había identificado como objetivo de la fraudulenta maniobra descrita en este proceso, maniobra en la cual también

⁶⁹ Ley 734 de 2002, Artículo 130: “Son medios de prueba la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, y cualquier otro medio técnico científico que no viole el ordenamiento jurídico, los cuales se practicarán de acuerdo con las reglas previstas en la Ley 600 de 2000, en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario. // Los indicios se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sana crítica. // Los medios de prueba no previstos en esta ley se practicarán de acuerdo con las disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales.”

participó el señor Germán Rodríguez, quejoso, y cuya buena fe al respecto es francamente dudable. A la luz de estas y otras pruebas incriminatorias, haber exigido más sustento probatorio para la determinación de que dicha planeación criminal efectivamente ocurrió habría sido a todas luces superfluo.

Más aún, observa el Consejo de Estado que los testigos cuyas declaraciones el señor Roa echa de menos efectivamente fueron convocados por el INCODER, en más de una oportunidad, sin hacerse presentes a declarar; y que en cualquier caso, los testimonios pedidos por el señor Roa para demostrar sus argumentos de descargo –concretamente los testimonios de sus hermanas- fueron efectivamente practicados y recibidos, aunque una vez valorados no lograron minar la certeza que las demás pruebas ya recaudadas generaban en cuanto a la conducta reprochable del funcionario Ricardo Roa; y más aún, estos testimonios, apreciados en conjunto con el intento de retractación del quejoso y el recibo de pago por él presentado como sustento de tal retractación, contribuyeron a generar en la autoridad disciplinaria –al igual que en el Consejo de Estado- la certeza y convicción de que efectivamente se cometió una irregularidad.

Así las cosas, se concluye que el Secretario General del INCODER en tanto operador disciplinario de primera instancia ejerció válidamente su potestad legal de apreciación de la suficiencia probatoria cuando decidió cerrar la etapa de investigación y avanzar en el proceso disciplinario que se llevaba contra el señor Roa, sin practicar testimonios que juzgó objetivamente innecesarios – juicio con el cual coincide el Consejo de Estado.

El cargo no prospera.

7. LA NO SUSPENSION DEL TERMINO PARA PRESENTAR ALEGATOS DE CONCLUSION POR LA PRESENTACION DE UN RECURSO IMPROCEDENTE.

Ha de establecer ahora el Consejo de Estado si se violó el derecho de defensa y el debido proceso del señor Ricardo Roa por el hecho de que, al decretar la improcedencia del recurso de reposición contra el auto que declaró cerrada la investigación, la autoridad disciplinaria del INCODER se hubiese negado a suspender el término para presentar alegatos de conclusión.

La respuesta a este problema jurídico es autoevidente. Según el artículo 113 del

Código Disciplinario Unico, el recurso de reposición únicamente es procedente contra “la decisión que se pronuncia sobre la nulidad y la negación de la solicitud de copias o pruebas al investigado o a su apoderado, y contra el fallo de única instancia”. No se incluye dentro de esta enunciación, vigente al momento del proceso, la decisión de cierre de la investigación. Por ello, la presentación de un recurso de reposición legalmente improcedente por parte del abogado del señor Roa, no pudo haber tenido la virtualidad de suspender un término procesal que estaba corriendo. En consecuencia, no se violó el derecho de defensa o el derecho al debido proceso del señor Ricardo Roa al haberse negado el Secretario General del INCODER a suspender el término para presentar alegatos de conclusión en virtud de la presentación de un recurso que era improcedente.

Ahora bien, nota la Sala que con posterioridad al trámite de este proceso disciplinario, el legislador consagró, mediante la Ley 1474 de 2011, el recurso de reposición para la decisión de cierre de la investigación disciplinaria. En efecto, el artículo 53 de la Ley 1474/11 adicionó al Código Disciplinario Unico el Artículo 160A, según el cual:

“Art. 160A. Cuando se haya recaudado prueba que permita la formulación de cargos, o vencido el término de la investigación, el funcionario de conocimiento, mediante decisión de sustanciación notificable y que sólo admitirá el recurso de reposición, declarará cerrada la investigación. (...)”

Sin embargo, al momento de tramitarse el proceso disciplinario contra el señor Roa esta disposición legal no existía, por lo cual su recurso de reposición fue válidamente rechazado por improcedente, y no se le confirió el efecto jurídico de suspender el término que corría para presentar alegatos de conclusión.

El cargo no prospera.

8. LA SOLICITUD DE NULIDAD ANTE LA AUTORIDAD DISCIPLINARIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Debe determinar la Sala si se violó el Código Disciplinario Unico por la autoridad disciplinaria del INCODER de segunda instancia, al haber resuelto la petición de nulidad presentada por el apoderado del señor Roa en el mismo acto administrativo en el cual se desató el recurso de apelación contra el fallo sancionatorio, y no en una providencia separada que estaría, a su turno, sujeta al recurso de reposición.

Con base en una lectura conjunta de lo dispuesto en los artículos 113, 146, 147 y 171 del Código Disciplinario Unico, concluye la Sala que efectivamente, al haberse resuelto las solicitudes de nulidad en el fallo disciplinario de segunda instancia y no en una decisión separada, el Gerente General del INCODER privó al señor Roa de la posibilidad de ejercer un recurso, e incumplió un término legal para decidir.

En efecto, es claro en primer lugar que la solicitud de nulidad presentada por el apoderado del señor Roa en el mismo escrito en el que apeló el fallo sancionatorio fue presentada oportunamente; el artículo 146 del Código Disciplinario Unico dispone a este respecto que “[l]a solicitud de nulidad podrá formularse antes de proferirse el fallo definitivo”, y por fallo definitivo ha de entenderse el de segunda instancia.

Presentada la solicitud de nulidad en conjunto con el recurso de apelación, el Gerente General contaba con dos términos distintos para resolver: para decidir la solicitud de nulidad, de conformidad con el artículo 147 del Código, tenía el deber de resolver “a más tardar dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su recibo”; y para decidir el recurso de apelación, contaba según el artículo 171 del Código con “los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la fecha en que hubiere recibido el proceso”. Cada uno de estos términos específicamente establecidos por el Legislador corría en forma separada.

Ahora bien, de haberse adoptado una decisión sobre la solicitud de nulidad en tiempo, ésta habría estado sujeta al recurso de reposición, ya que según el artículo 113 del Código, dicho recurso procede –entre otras hipótesis limitadas- “contra la decisión que se pronuncia sobre la nulidad”. A diferencia de lo anterior, el fallo de segunda instancia no estaba sujeto a un nuevo recurso, ni de reposición ni de apelación.

Por lo tanto, cuando el Gerente General del INCODER resolvió las solicitudes de nulidad en el fallo de segunda instancia, incumplió el término legal para resolver, y al mismo tiempo privó al señor Roa de la posibilidad de ejercer el recurso de reposición contra dicha decisión.

Pese a lo anterior, no se trata de irregularidades que en el caso concreto tengan la trascendencia suficiente como para viciar de nulidad el proceso, ya que por las razones que se enuncian a continuación, no se violó en términos sustantivos el

debido proceso ni el derecho de defensa del señor Roa Gracia.

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”⁷⁰. 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, acarrearán la anulación de los actos sancionatorios.”⁷¹

Aplicando esta postura jurisprudencial al caso concreto, se tiene que si bien se incurrió en una irregularidad en el procedimiento disciplinario cuando se resolvió en una misma decisión el recurso de apelación y la solicitud de nulidad, dicha irregularidad no desconoció el derecho de defensa por cuanto el Gerente General se pronunció en forma extensa sobre todos los argumentos sustantivos del abogado del señor Roa, los cuales fueron presentados reiteradamente a lo largo del procedimiento y repetidos en la demanda que es objeto de estudio; en otras

⁷⁰ 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.

⁷¹ 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.

palabras, el abogado del señor Roa difícilmente habría podido presentar nuevos argumentos en su recurso de reposición, distintos a los muchos planteamientos que ya habían sido despachados desfavorablemente en forma expresa por el Gerente General del INCODER, por lo cual tal recurso de reposición sería manifiestamente inane. De allí que retrotraer la actuación administrativa para ordenar que se vuelva a surtir esta fase procesal, proveyendo al señor Roa la oportunidad de interponer un recurso de reposición basado en argumentos que ya habían sido descartados o rechazados por la autoridad que desataría dicho recurso, constituiría una maniobra simplemente dilatoria y materialmente inefectiva para la protección de los derechos sustantivos del disciplinado.

En esa medida, el cargo no prospera.

9. LA POSIBLE ILEGALIDAD DE LA RESOLUCION DE EJECUCION DE LA SANCION DISCIPLINARIA, POR DESCONOCIMIENTO DEL FUERO SINDICAL.

La Sala carece de competencia para pronunciarse sobre la Resolución No. 59 del 23 de febrero de 2009 del Director Ejecutivo de la UNAT, mediante la cual se ejecutaron las sanciones de destitución del cargo e inhabilidad general por diez años que le fueran impuestas por las autoridades disciplinarias del INCODER, por ser éste un acto de mera ejecución, que no crea, modifica ni extingue situación jurídica alguna y por lo mismo no constituye un acto administrativo sujeto a control de legalidad. La jurisprudencia de esta Corporación ha sido unánime con respecto a este punto⁷².

Independientemente de lo anterior, la Sala considera relevante detenerse a considerar brevemente el cargo del demandante según el cual con esta resolución se desconoció el fuero sindical que le amparaba.

Sobre el particular, nota la Sala que efectivamente el señor Roa se encontraba amparado por el fuero sindical desde antes de que se profirieran las decisiones

⁷² Ver, entre otras: 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), Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero. En esta sentencia, el Consejo de Estado explicó que “[e]l acto de ejecución si bien es conexo al acto sancionatorio no forma parte del mismo, ya que, se repite, es un mero acto que ejecuta la medida y ni crea ni modifica ni extingue situación jurídica alguna del disciplinado. Tal situación queda definida en casos como el que ocupa la Sala con la decisión de la Procuraduría General de la Nación. Sin embargo, la única connotación que la jurisprudencia le ha dado al denominado acto de ejecución tiene que ver para el cómputo del término de caducidad, pues éste se cuenta a partir de su ejecución, en aras de propiciar una efectiva protección al disciplinado.”

disciplinarias de primera y segunda instancia en su contra, ya que ostentaba la calidad de Secretario Suplente del sindicato "SINTRARURAL", que quedó inscrito en firme en el Registro Sindical el día 20 de junio de 2008.

Esta circunstancia no era óbice para que las autoridades disciplinarias del INCODER adoptaran las decisiones a las que hubiera lugar luego del procesamiento válido del señor Roa como servidor público infractor del régimen disciplinario. No obstante, al haberse deducido efectivamente su responsabilidad disciplinaria individual y habersele impuesto una sanción consistente en el retiro del servicio por destitución, es claro para el Consejo de Estado que la ejecución material de dicha sanción disciplinaria sí implicaría materialmente una desmejora de su condición (por retiro), encuadrando así bajo la definición misma de los actos frente a los cuales el fuero sindical activa sus garantías protectoras.

El ordenamiento jurídico provee una solución expedita y sencilla para esta situación: el recurso al proceso judicial de levantamiento del fuero sindical, consagrado en el Código Procesal del Trabajo, artículos 113 a 117. Se trata de un proceso breve, diseñado por el legislador precisamente para permitir que, en casos en que así se justifique, una persona amparada por la garantía constitucional del fuero sindical pueda ser despedida, transferida o desmejorada en sus condiciones, con autorización del juez.

En esta medida, el Consejo de Estado precisa que es válido jurídicamente que las autoridades ejerzan la potestad disciplinaria en contra de funcionarios públicos amparados por la garantía del fuero sindical, y que adopten las decisiones de fondo a las que hubiere lugar; pero en caso de que tales decisiones sean sancionatorias, y la sanción implique un retiro del servicio público o una desmejora en las condiciones de trabajo del respectivo funcionario, será necesario que para la ejecución material de dichas sanciones se obtenga la autorización judicial correspondiente, a través del proceso de levantamiento del fuero sindical consagrado en el Código Procesal del Trabajo, al cual deberá recurrir la respectiva autoridad disciplinante, o bien la autoridad competente para ejecutar la sanción.

La Corte Constitucional ha adoptado una postura idéntica, en relación con los servidores públicos amparados por fuero sindical que resulten sancionados por participar en huelgas declaradas ilegales, frente a los cuales es necesario agotar el proceso judicial de levantamiento del fuero antes de proceder a ejecutar la sanción

de destitución que les resulta legalmente aplicable. En la sentencia SU-036 de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), la Corte explicó:

“El Código Único Disciplinario consagra como conductas prohibidas para el servidor público y particulares que ejercen funciones públicas ‘el propiciar, organizar o participar en huelgas, paros o suspensión de actividades o disminución del ritmo de trabajo, cuando se trate de servicios públicos esenciales definidos por el legislador’, conducta que puede ser sancionada, entre otras, con la remoción del cargo. Por tanto, para este evento específico, el ente estatal correspondiente, a efectos de determinar e individualizar la participación del empleado en el cese de actividades, deberá agotar el procedimiento que establece el código, antes de ordenar la suspensión o remoción del funcionario respectivo. En estos eventos, es obligatorio agotar este procedimiento, independientemente de si la autoridad correspondiente ha declarado la ilegalidad. La aplicación del artículo 41, numeral 8º del Código Único Disciplinario, no puede estar condicionada a la existencia de la declaración de ilegalidad del cese de actividades decretada por la autoridad correspondiente, pues en aquellos servicios públicos definidos como esenciales por el legislador, en los que se desarrolle cualesquiera de las conductas que el mencionado estatuto establece como prohibiciones, procederá, si el ente sancionador lo considera conveniente, la aplicación de los correctivos en él previstos, sin que sea necesario para el efecto, la declaración de ilegalidad correspondiente. No obstante, si el servidor público a sancionar, goza de la garantía del fuero sindical, será necesario que previa o concomitante con la aplicación del Código Único Disciplinario, se solicite la declaración de ilegalidad del cese de actividades, o la calificación judicial de la justa causa por el juez laboral, en los términos del artículo 113 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, para que sea procedente su despido. No puede emplearse el mencionado estatuto, como un instrumento "legal" para desconocer derechos de rango fundamental como lo son el derecho de asociación y libertad sindical, y cuya principal garantía se encuentra en el fuero sindical. En consecuencia, la aplicación del régimen disciplinario no anula ni puede desconocer el fuero sindical, pues será necesaria la intervención del juez o la declaración de ilegalidad del cese, para que proceda el despido o la suspensión del servidor público amparado con esta garantía sindical.”

En el presente caso, dicho recurso al proceso judicial de levantamiento del fuero sindical no fue agotado por la autoridad encargada de ejecutar dicha sanción, ni por la autoridad disciplinante del INCODER. En tal medida, haber ejecutado la sanción de destitución e inhabilitación general por 12 años del señor Roa constituyó una violación de su derecho fundamental al fuero sindical.

Sin embargo, se reitera, no es el juez contencioso administrativo el llamado a ejercer el control de legalidad de esta resolución, por ser un acto de mera ejecución y no un acto administrativo. En caso de verse afectado por una actuación como la que se surtió en el caso del señor Roa, en el cual no se solicitó

la autorización judicial del levantamiento del fuero sindical antes de proceder a ejecutar una sanción disciplinaria que implique retiro o desmejora en las condiciones del empleo, el servidor público aforado cuenta con la posibilidad de recurrir a la jurisdicción laboral ordinaria, en ejercicio de la acción de reintegro que consagra el artículo 118 del Código Procesal del Trabajo, según el cual “[l]a demanda del trabajador amparado por el fuero sindical, que hubiere sido despedido o desmejorado en sus condiciones de trabajo o trasladado sin justa causa previamente calificada por el juez laboral, se tramitará conforme al procedimiento señalado en los artículos 113 y siguientes”. Es claro, a la luz de la jurisprudencia constitucional aplicable⁷³, que es ésta la vía judicial idónea para la defensa de la garantía del fuero sindical, y sus garantías conexas, tanto en los casos de trabajadores privados como en los de servidores públicos.

Por las anteriores razones, el cargo atinente a la violación del fuero sindical del señor Roa por el acto de ejecución de las sanciones disciplinarias no es de recibo, ya que esta Corporación carece de competencia para resolverlo.

9. 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,

F A L L A:

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

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

⁷³ Ver, entre otras, las sentencias C-1232/05 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y T-253/05 (M.P. Jaime Araújo Rentería).