

ACTO DE SUSPENSION EN EL EJERCICIO DEL CARGO POR INVESTIGACION FISCAL – No es demandable

Los actos demandados adoptan una medida que, a pesar de afectar los intereses de un empleado público, no definen su situación laboral pues, se reitera, la suspensión es transitoria. Por tanto, su finalidad, como medida cautelar, es asegurar la transparencia de las investigaciones penales, fiscales o disciplinarias que se adelantan contra empleados públicos para que no resulten interferidas por la influencia de los interesados y, a la vez, evitar que el patrimonio y la moralidad pública se ponga en mayor riesgo. En este sentido, la suspensión provisional es un instrumento para el buen desarrollo de otras actuaciones administrativas destinadas, ellas sí, a definir una situación jurídica que, por tanto, sí son demandables ante la jurisdicción. Esta condición instrumental impide concluir que estamos en presencia de actos administrativos demandables ante la jurisdicción, pues, de conformidad con lo establecido en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 268 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 272 / DECRETO 1421 DE 1993 – ARTICULO 109 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 50

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION 'B'

Consejera ponente: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

Bogotá D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-25-000-2006-00393-01(1734-13)

Actor: BRIANDA RENIZ CABALLERO

Demandado: DISTRITO CAPITAL – CONTRALORIA DE BOGOTA

AUTORIADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 10 de septiembre de 2012, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, que negó las súplicas de la demanda incoada por Brianda Reniz Caballero contra Bogotá Distrito Capital, Contraloría de Bogotá D.C:

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad del **Oficio No. 10000-28448 de 7 de diciembre de 2005**, proferido por el Contralor de Bogotá D.C., por el cual solicitó la suspensión provisional de la actora en el cargo de Curadora Urbana No. 2 mientras se adelanta la investigación de responsabilidad fiscal en su contra; **Decreto No. 441 de 9 de diciembre de 2005**, suscrito por el Alcalde de Bogotá Distrito Capital, mediante el cual ejecutó la medida de suspensión.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la suspensión en el cargo [13 de diciembre de 2005] hasta el momento en que se levante dicha medida; el pago de 100 salarios mínimos legales mensuales a título de daño moral; dando cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo; condenando en costas y agencias en derecho a las demandadas.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

Mediante Decreto No. 781 de 20 de diciembre de 1996, el Alcalde de Bogotá D.C., previo concurso público de mérito nombró a la demandante en el cargo de Curadora Urbana No. 2, por el periodo de cinco [5] años, posesionándose el 27 del mismo mes y año, con efectos fiscales a partir de 1° de enero de 1997.

Por Decreto No. 918 de 14 de diciembre de 2001, el Alcalde de Bogotá D.C. nuevamente nombró a la actora en el cargo de Curadora Urbana No. 2, para el periodo de cinco [5] años.

Mediante Oficio No. 10000-28448 de 2 de diciembre de 2005, el Contralor de Bogotá D.C., le solicitó al Alcalde del Distrito Capital, la suspensión inmediata de la accionante en el cargo de Curadora Urbana No. 2.

A través del Decreto No. 441 de 9 de diciembre de 2005, el Alcalde de Bogotá D.C., resolvió: “[...] *suspender provisionalmente a partir del diez [10] de diciembre del presente año, a la Doctora BRIANDA MERCEDES RENIZ CABALLERO [...], del cargo de Curadora Urbana No. 2 de Bogotá, en tanto culminan las investigaciones fiscales que actualmente cursan en su contra y que ameritan esta suspensión. [...]*”, decisión que le fue notificada el día 12 del mismo mes y año.

Mediante Decreto No. 446 de 20 de diciembre de 2005, el Alcalde de Bogotá D.C., nombró al Arquitecto Gonzalo Vargas Ayala como Curador Urbano No. 2, “[...] *en tanto se resuelven las investigaciones fiscales que dieron origen a la expedición del Decreto Distrital 441 de 2005. [...]*”

A la fecha de presentación de la demanda la medida de suspensión en el cargo de Curadora Urbana No. 2 que venía ocupando la demandante, se encuentra vigente. Como consecuencia de la suspensión en el cargo de Curadora Urbana No. 2 la actora dejó de percibir los ingresos que el ejercicio del cargo le hubiera permitido obtener de no haberse producido dicha decisión.

De igual modo, la actora tuvo que incurrir en gastos que no hubiera realizado, como son la terminación anticipada de los Contratos de Trabajo que había celebrado con el personal que le prestaba sus servicios para el cumplimiento de las funciones que le correspondía como Curadora Urbana No. 2, lo cual implicó reconocer y pagar las indemnizaciones laborales cuyo monto acreditará en el trámite del proceso. Además tuvo que contratar los servicios de profesionales del derecho para que la asesoraran en la terminación anticipada de los referidos contratos.

La medida de suspensión en el cargo de Curadora Urbana No. 2, le produjo a la actora un profundo e inestable daño moral. En efecto, dada la dignidad, honorabilidad y responsabilidad con que la accionante había desempeñado el cargo desde 1997, la notificación de la suspensión y el despliegue que a la medida se le dio por los diferentes medios de comunicación, le produjo una grave lesión a sus sentimientos, imagen y buen nombre.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas, citó las siguientes:

Constitución Política, artículos 2º, 6º, 13, 29, 209-8, 268 y 272; Decreto Ley 1421 de 1993, artículo 109-13; Acuerdo Distrital No. 24 de 2001, artículo 32-13. (Fls. 2-51)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Bogotá Distrito Capital, por intermedio de apoderada contestó la demanda (Fls. 119-129), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones para lo cual propuso las siguientes excepciones:

Falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la Contraloría Distrital es un órgano de control que cuenta con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, por ende cuenta con la capacidad para comparecer por sí sola al proceso, conforme lo estipulado en los Acuerdos Nos 16 de 1993 y 24 de 2001, lo cual ha sido ratificado por la jurisprudencia del Consejo de Estado.¹

Ausencia de causa que invalide los actos acusados, al señalar que una vez analizó los hechos y pretensiones de la demanda, observó que fueron expedidos teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico vigente y las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Excepción de caducidad, por estimar que el Decreto No. 441 de 9 de diciembre de 2005, por el cual se suspendió provisionalmente a la actora del cargo de Curadora Urbana No. 2, en tanto se culminan las investigaciones fiscales que se adelantan en su contra, fue notificado el día 12 del mismo mes y año, mientras que la demanda se presentó el 17 de abril de 2006 [reformada el 9 de agosto de 2006], encontrándose de esta manera por fuera del término señalado en el artículo 136-2 del C.C.A.

Expresó que la Constitución Política en los artículos 268-8 y 272-5, estableció que los Contralores Territoriales, pueden acudir a la medida cautelar provisional de suspensión en procura de la eficacia de los resultados en el ejercicio del control fiscal, esto en concordancia con el artículo 10° del Decreto Ley 1421 de 1993.

Es decir, que el propio constituyente se encargó de regular expresamente en qué consiste la medida cautelar, cuándo y cómo procede, desde y hasta cuándo puede mantenerse, la autoridad fiscal competente para ordenarla y la que puede legalmente ejecutarla, su carácter inmediato e implícito, la finalidad buscada con ella al indicar que la medida puede mantenerse: “[...] *mientras se culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios [...]*”; así como los sujetos que pueden ser afectados, ya que las investigaciones o los procesos a

partir de cuya iniciación se permite la adopción de la misma requieren que ésta se dirija “[...] *contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado [...]*”, quiere decir, que en el desarrollo de una gestión sujeta al control fiscal de las Contralorías, son los únicos habilitados para exigirla.

En el presente caso, la medida cautelar de suspensión en el ejercicio del cargo de Curadora Urbana No. 2 de la actora, tuvo como fundamento las pruebas en las que se demostraron los hallazgos fiscales y los consecuentes cinco Autos de Apertura de Procesos de Responsabilidad Fiscal abiertos en su contra [Nos. 50100-336/05 – 50100-346/05 – 50100-349/05 – 50100-350/05 y 50100-351/05], de manera que la adopción de la misma, no fue arbitraria.

La exigencia al Alcalde del Distrito Capital, de la suspensión provisional de la actora por el Contralor de Bogotá, tiene como fundamento las normas previamente señaladas y lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C-484 de 2000.

La Contraloría de Bogotá D.C., por intermedio de apoderado contestó la demanda (Fls. 131-141), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Propuso las siguientes excepciones:

Caducidad por considerar que la demanda fue presentada por fuera del término establecido en el artículo 136-2 del Código Contencioso Administrativo, según el cual, la demanda debe ser presentada dentro de los cuatros meses siguientes a la notificación del acto acusado y en el presente caso el Decreto 441 de 9 de diciembre de 2005 fue notificado el día 12 del mismo mes y año, mientras que la demanda se presentó el 17 de abril de 2006, cuando el término de caducidad ya había vencido.

Ineptitud sustantiva de la demanda, teniendo en cuenta que los actos acusados fueron proferidos dentro del trámite de una investigación de responsabilidad fiscal en contra de la demandante y no contienen la manifestación de voluntad de la administración.

Además planteó una indebida acumulación de acciones, teniendo en cuenta que propuso en un solo escrito la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la de

¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, sentencia de 11 de septiembre de 1995, expediente 3405, M.P. Dra. Nubia González de Cerón.

reparación directa, sin tener en cuenta que cada una responde a situaciones diferentes y cuyo trámite corresponde a Secciones diferentes del Tribunal [Segunda y Tercera].

Afirmó que los actos acusados fueron expedidos con fundamento en lo previsto en la Carta Política y la Ley, como lo expresó el Tribunal mediante Auto de 19 de octubre de 2006, que negó la suspensión provisional, al considerar que se respetó el ordenamiento jurídico, así como lo expresado por la doctrina² y la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado³ como de la Corte Constitucional.⁴

Señaló que la Constitución Política en los artículos 268-8 y 272-5 facultó a los Contralores Territoriales como responsables de la actividad fiscal, y dentro de las investigaciones fiscales que adelantara podría decretar como medida previa la suspensión provisional del funcionario investigado hasta que culmine el correspondiente proceso, para lo cual es necesario que se demuestre el detrimento del patrimonio del Estado y la presunta responsabilidad del implicado

En el presente caso, contra la actora se abrieron cinco [5] investigaciones de responsabilidad fiscal, en las cuales constan los hechos que las justifican, como son el registro de gastos como operacionales que no guardan relación con la función pública delegada como es la de Curadora Urbana No. 2 y que para el año 2004 ascendieron a la suma de \$399'258.568.

Por lo anterior es que la exigencia hecha al Alcalde del Distrito Capital por el Contralor de Bogotá que tiene su fundamento lo previsto por la Carta Política en el artículo 268-8, según el cual podía en aplicación del principio de "*verdad sabida y buena fe guardada*", deprecar la inmediata de la funcionaria mientras se adelantaba las respectivas investigaciones de responsabilidad fiscal que se adelantaban en su contra.

El principio de "*verdad sabida y buena fe guardada*", tiene rango constitucional y fue consagrado por el constituyente para que sirviera de fundamento al instituto de la suspensión y puede ser aplicada por la Contraloría General de la República y

² CABALLERO, Guillermo, "Diccionario Universal de Derecho Usual", Tomo VIII, P. 345, T-Z, 21 Edición, Revista actualizada y ampliada, Editorial Eliasta S.R.L, Buenos Aires.

³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, sentencia de 12 de mayo de 0002, M.P. Dra. Ana Margarita Olaya forero.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-484 de 2000.

las Contralorías Territoriales, no a título de sanción con los procedimientos y efectos que de ella se derivan, sino como una medida cautelar, razón por la cual, los actos acusados deben conservar la presunción de legalidad.

LA SENTENCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, mediante sentencia de 10 de septiembre de 2012 negó las súplicas de la demanda (Fls. 610-642), con fundamento en las siguientes consideraciones:

Con relación a la excepción de caducidad señaló que no está llamada a prosperar porque la demanda se presentó dentro del término de caducidad, pues debe tenerse en cuenta que comenzó a correr desde el 12 de diciembre de 2005 hasta el 12 de abril de 2006, que es un día de vacancia judicial correspondiente a la semana santa [del 10 al 16 de abril de 2006], por tanto, teniendo en cuenta lo previsto en los artículos 59 y 62 del Código Contencioso de Régimen Político y Municipal, la demanda podía ser presentada el día hábil siguiente, que en éste caso era el 17 de abril de 2006, como en efecto aconteció.

Con relación a la falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito Capital, la declaró no probada teniendo en cuenta que profirió uno de los actos acusados, como es el Decreto No. 441 de 9 de diciembre de 2005, por el cual se suspendió en el cargo de Curadora Urbana No. 2 a la demandante, debiendo por tanto comparecer al proceso.

Afirmó que las demás excepciones corresponden a argumentos de la defensa, por lo cual las asumirá al resolver de fondo la demanda.

De conformidad al artículo 267 de la Constitución Política el control fiscal es una función pública especializada, radicada en cabeza de la Contraloría General de la República, mediante la cual se vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación.

Este control se ejerce con un doble carácter, posterior y selectivo, es decir, que la vigilancia se cumple respecto de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos que son objeto de control y de los resultados obtenidos por los mismos.

A su turno el Decreto 2150 de 1995 en el artículo 5° señaló que el Curador Urbano es “[...] un particular encargado de estudiar, tramitar y expedir las Licencias de Urbanismo y Construcción, a petición del interesado en adelantar proyectos de urbanización o de edificación, en las zonas o áreas de la ciudad que la administración municipal haya determinado como su jurisdicción [...]” y añadió que “[...] la Curaduría Urbana implica el ejercicio de una función pública, para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas o de edificación vigentes en el Distrito o Municipio, a través del otorgamiento de licencia de urbanización y construcción.”

La Carta Política al otorgarle a la Contraloría General de la República la facultad de vigilar la gestión fiscal de la administración y de las entidades o particulares que manejen fondos o bienes de la Nación, consagra una cláusula general de competencia, y a través del artículo 268 ibídem, establece una serie de atribuciones entre las cuales se encuentra la prevista en el numeral 8°, que corresponde a “Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses de los patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios. [...]”

Así mismo en el ejercicio del control fiscal debe tenerse en cuenta el artículo 1° de la Ley 610 de 2000, según el cual, “el proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado. [...]”

De suerte que el desarrollo de esas facultades de control fiscal debe ceñirse no sólo a los postulados que le son propios a esa función pública, sino a todos los principios y prescripciones constitucionales y legales que representan los fines esenciales del Estado.

En el presente caso, dentro del juicio fiscal la Contraloría de Bogotá invocando lo dispuesto en el artículo 268-8 de la Constitución Política, le exigió mediante Oficio No. 10000-28448 de 7 de diciembre de 2005 al Alcalde Mayor, bajo el principio de “verdad sabida y buena fe guardada”, la suspensión inmediata de la Arquitecta Brianda Mercedes Renis Caballero, quien se encontraba designada como Curadora Urbana No. 2, mientras culminaban los procesos de responsabilidad fiscal Nos. 50100-336/05 – 50100-346/05 – 50100-349/05 – 50100-350/05 y 50100-351/05.

El Alcalde del Distrito Capital acató la medida solicitada por la Contraloría de Bogotá, para lo cual expidió el Decreto No. 441 de 9 de diciembre de 2005, por el cual se dio cumplimiento a la suspensión provisional de la actora en el cargo de Curadora Urbana No. 2.

La orden de suspensión del cargo presupone la existencia de investigaciones fiscales en contra de la investigada, como lo señaló la Contraloría de Bogotá, la cual se mantiene mientras las mismas culminan, por ello, la decisión de suspender, no está supeditada a una formalidad específica, sino simplemente al análisis que realice la entidad que califica la circunstancia en conciencia, sin exteriorizar sus motivos, ni elaborar una exposición detallada de su determinación, porque obra bajo el principio de “*verdad sabida y buena fe guardada*” que asume bajo su responsabilidad.

Conforme lo analizado el Tribunal concluyó que las actuaciones administrativas están ajustadas a la Constitución y la Ley, y buscan la efectiva protección de los derechos de los administrados en forma rápida y oportuna, de buena fe, con prevalencia del derecho sustancial y respetando los principios de publicidad y contradicción que establece el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo.

Advierte que tanto en vía administrativa como judicial la actora tuvo la oportunidad de rebatir los hallazgos encontrados por el ente investigador producto de la auditoría practicada a la Curaduría Urbana No. 2, como lo demuestran las diferentes pruebas recaudadas.

Con relación al daño antijurídico causado a la demandante, con la actuación desplegada por las entidades demandadas y el derecho a la correspondiente reparación, advirtió que la señora Reniz Caballero desistió de las pretensiones

subsidiarias, que fue aceptada por Auto de 31 de julio de 2008, razón por la cual, no se estudió el cargo.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas, por cuanto la conducta procesal de las partes no fue de mala fe, dado que no es constitutivo de abuso del derecho, ni puede calificarse como temeraria, maliciosa, ni malintencionada, presupuestos indispensables para adoptar este tipo de decisiones, de conformidad con el artículo 177 del C.C.A.

EL RECURSO

La actora por intermedio de apoderado interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, cuya fundamentación obra de folios 645 a 657, solicitando revocarla accediendo a las pretensiones de la demanda.

El A-Quo omitió pronunciarse sobre los cargos formulados en la demanda con lo cual se lesiona el derecho fundamental de acceso a la justicia, exigible a las autoridades judiciales.

Por lo anterior reitera los cargos formulados en el líbello introductorio en el que se afirmó que los motivos aducidos por el Contralor Distrital para solicitar la suspensión provisional de la actora en el cargo de Curadora Urbana No. 2, en aplicación de la facultad constitucional de "*verdad sabida y buena fe guardada*", no se apegó al principio de legalidad que rige tales actuaciones, convirtiéndose en una clara desviación de poder en razón a los motivos aducidos, razón por la cual los actos acusados son irregulares.

No puede perderse de vista que a la fecha de la suspensión los Curadores Urbanos nunca habían sido sujetos de control fiscal, como tampoco jamás ni la ley, ni ninguna autoridad judicial o administrativa habían considerado las 'expensas' que devengan los Curadores como recursos públicos, razón por la cual, el Contralor de Bogotá expidió una reglamentación otorgándole tal configuración y con fundamento en ella solicitó la suspensión de la accionante.

Existió una vulneración al debido proceso, dado que se ocultó documentación que sirvió de soporte para proferir el acto de suspensión de la demandante, razón suficiente para declarar su nulidad pues así se trate del ejercicio de una potestad constitucional como es la aplicación del principio de "*verdad sabida y buena fe*

guardada”, su aplicación debe estar siempre dentro de los límites del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso, para lo cual se hacía necesario motivar la decisión expresando las razones que dieron lugar a tal decisión.

Además el acto a través del cual el Contralor de Bogotá le exigió al Alcalde del Distrito Capital la suspensión de la accionante en el cargo de Curadora Urbana No. 2 quebrantó el principio de publicidad, en razón a que no expresó cuáles eran las razones o motivos de hecho plenamente demostrados que tuvo para exigir la suspensión de la funcionaria.

También se desconoció el principio de presunción de inocencia según el cual una persona sometida a cualquier procedimiento administrativo, debe ser considerada inocente hasta tanto no se le demuestre lo contrario, cuya carga en el ámbito probatorio está en la administración, y en el presente caso como existieron razones para la imposición de la medida, el acto demandando prejuzga a la persona injustificadamente suspendida, destruyendo su buen nombre y atenta contra la dignidad.

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

CONSIDERACIONES

EL PROBLEMA JURÍDICO

Previo a establecer si la medida de suspensión en el ejercicio del cargo de Curadora Urbana No. 2, mientras se adelantaba una investigación de responsabilidad fiscal en su contra, se encuentra ajustada a derecho, es necesario analizar si los actos acusados pueden ser objeto de control de legalidad por vía judicial.

ACTOS ACUSADOS

Oficio No. 10000-28448 de 7 de diciembre de 2005, proferido por el Contralor de Bogotá D.C., por el cual solicitó la suspensión provisional de la actora en el cargo de Curadora Urbana No. 2 mientras se adelanta la investigación de responsabilidad fiscal en su contra. (Fls. 52-54)

Decreto No. 441 de 9 de diciembre de 2005, suscrito por el Alcalde de Bogotá Distrito Capital, mediante el cual ejecutó la medida cautelar de suspensión de la actora en el ejercicio del cargo de Curadora Urbana No. 2, mientras se adelantaban en su contra los procesos de responsabilidad fiscal.

ANÁLISIS DE LA SALA

La Sala estima necesario analizar las facultades conferidas al Contralor General de la Nación y que se extienden a los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales, contenidas en artículo 268 de la Carta Política, que en numeral 8° dispone lo siguiente:

“Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.”

A su turno el inciso 6° del artículo 272 *ibídem* preceptúa:

“[...] Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al contralor general de la república en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.”

En concordancia con la anterior disposición, el numeral 13 del artículo 109 del decreto 1421 de 1993, *“Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá⁵*, consagra:

“Además de las establecidas en la Constitución, el contralor tendrá las siguientes atribuciones: [...]”

13. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Distrito. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios. [...]”

⁵ Diario Oficial No. 40.958., del 22 de julio de 1993.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 29 de marzo de 2007, expediente 0955-2005, M.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado, al respecto ha sostenido:

“[...] Esta potestad (la conferida a los Contralores mediante el numeral 8, artículo 268 de la Constitución Política) obra con independencia del resultado de los procesos fiscales, penales o disciplinarios y encuentra su razón de ser en la decisión discrecional, más (sic) no arbitraria, del mencionado funcionario de apreciar el grado de entorpecimiento que para la realización de las citadas investigaciones pueda ejercer el servidor público investigado.

Por ende, teniendo esta connotación, la medida que así lo disponga es susceptible de ser enjuiciada ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo siendo factible esgrimir en contra de la misma los vicios de ilegalidad que respecto de la generalidad de los actos administrativos pueden invocarse con miras a desvirtuar la presunción de legalidad que los rodea. [...]”

De la normatividad y jurisprudencia que se analiza, se infiere que lo siguiente:

1°.) No requiere desarrollos legales pues su consagración constitucional delimita claramente su procedencia y alcance.

2°.) No sólo está dirigida al Contralor General de la República sino, además, a los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales, de conformidad con lo establecido en el artículo 272 de la Carta Política.⁶

3°.) Es una exigencia del Contralor al nominador del funcionario público que se verá afectado con la suspensión, toda vez que: “[...] *Se trata de un requerimiento con efectos vinculantes para el nominador, ya que la carta Política emplea el término “exigir”, lo que definitivamente es distinto de “solicitar” o “pedir”, expresiones que, al fin y al cabo, dejarían la decisión en manos del funcionario administrativo correspondiente. Una **exigencia** tiene la connotación imperativa; hace forzosa la ejecución de lo exigido. [...]*”⁷

4°.) Implica una medida que no tiene la capacidad de separar definitivamente del cargo a su destinatario, quien aún se presume inocente, es provisional, cautelar⁸, no

⁶ Respecto a los literales I y II ver el concepto proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, del Consejo de Estado, de 15 de julio de 1992, radicado No. 452, Consejero Ponente Dr. Javier Henao Hidrón.

⁷ Sentencia C-603 de 24 de mayo de 2000, M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

⁸ Respecto a la naturaleza de las medidas cautelares judiciales, mutatis mutandis aplicable al presente asunto, sostiene el doctrinante Pablo Óscar Gallegos Fedriani, en el libro “Derecho procesal Administrativo 1”, Director Juan Carlos Cassagne,

sancionatoria, teniendo en cuenta que: “[...] *la figura de la suspensión del cargo tiene una doble connotación. De un lado, es una sanción, la cual como se explicó, no puede ser impuesta por la contraloría, por ser de naturaleza disciplinaria. De otro lado, es una medida cautelar de origen constitucional que no busca sancionar sino asegurar la transparencia, imparcialidad y efectividad de la investigación fiscal, pues para adelantar el proceso fiscal es razonable la separación del cargo del funcionario involucrado en la falta fiscal. Ahora bien, esta última figura goza de pleno respaldo constitucional, como quiera que el propio numeral 8º del artículo 268 superior dispone que la contraloría podrá exigir “la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios”. Por consiguiente, la medida es válida constitucionalmente si se entiende como medida cautelar que podrá ser solicitada por la contraloría, y no como sanción fiscal.*”⁹

5º.) Se ejerce con base en el principio de *‘verdad sabida y buena fe guardada,’*¹⁰ sin embargo ello no implica que pueda ser arbitraria. El Contralor debe tener razones que le permitan temer que la permanencia del funcionario implicado en el ejercicio del cargo puede *“afectar las investigaciones, dificultar la tarea de fiscalización o comprometer todavía más el interés colectivo, los bienes del Estado o la moralidad pública. [...]”*¹¹

6º.) Se ejerce una vez existan investigaciones penales, disciplinarias o fiscales en curso. Al respecto la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el Concepto de 15 de julio de 1992, radicado No. 452, M.P. Dr. Javier Henao Hidrón, expresó: “[...] *la orden de suspensión del cargo presupone la existencia de investigaciones fiscales o de procesos penales o disciplinarios contra sujetos pasivos del control fiscal. [...]”*

pág. 729: “La medida cautelar se dirige, pues, como las providencias que el derecho inglés comprende bajo la denominación <Contempt of Court>, a salvaguardar el <imperium iudicis>, o sea, impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión, que es la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de los lentos mecanismos destinados, como los guardias de la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde. Las medidas cautelares se disponen, más que en interés de los individuos, en interés de la administración de justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento y también, se podría decir, el buen nombre.”

⁹ Sentencia C-484 de 4 de mayo de 2000, M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰ Al respecto sostuvo la Sentencia T- 297 de 7 de abril de 2006, M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño: “*Las decisiones en conciencia o verdad sabida y buena fe guardada, remiten a la esfera interna del fallador quien adopta una decisión cuya finalidad no es necesariamente la justicia o la equidad. (...) Quien falla verdad sabida y buena fe guardada no tiene que hacer explícitos los hechos en que se funda ni justificar con razones sus conclusiones”. Ello no significa, sin embargo que la decisión en conciencia o verdad sabida y buena fe guardada pueda ser arbitraria, “si bien el que decide en conciencia no tiene que hacer expresas sus razones, el contenido de lo decidido también tiene que respetar unos límites mínimos externos como los hechos básicos del caso.”.*

Es decir, que los actos demandados adoptan una medida que, a pesar de afectar los intereses de un empleado público, no definen su situación laboral pues, se reitera, la suspensión es transitoria.

Por tanto, su finalidad, como medida cautelar, es asegurar la transparencia de las investigaciones penales, fiscales o disciplinarias que se adelantan contra empleados públicos para que no resulten interferidas por la influencia de los interesados y, a la vez, evitar que el patrimonio y la moralidad pública se ponga en mayor riesgo. En este sentido, la suspensión provisional es un instrumento para el buen desarrollo de otras actuaciones administrativas destinadas, ellas sí, a definir una situación jurídica que, por tanto, sí son demandables ante la jurisdicción.

Así las cosas, los actos que decretan la suspensión provisional del cargo no se profieren por las mismas autoridades que adelantan las investigaciones disciplinarias, fiscales o penales, en estricto sentido no se expiden dentro de estos procesos, ni obstaculizan o viabilizan la sucesión de sus etapas. Sin embargo, a pesar de estas particularidades es innegable su naturaleza instrumental, preparatoria, si se quiere, del buen desarrollo de dicha función investigativa.

Esta condición instrumental impide concluir que estamos en presencia de actos administrativos demandables ante la jurisdicción, pues, de conformidad con lo establecido en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta que:

- a) No ponen fin a una actuación administrativa, por el contrario, la preparan.
- b) No deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, por el contrario, decretan una medida cautelar que protege la decisión final.
- c) No son actos de trámite que impidan la continuación de una actuación; por el contrario, son actos preparatorios que no afectan la continuidad de las investigaciones disciplinarias, fiscales o penales, tan es así que la suspensión provisional no se adopta obligatoriamente en todos los casos en que éstas se adelantan.¹²

¹¹ Sentencia C-603 de 24 de mayo de 2000, M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

¹² Respecto a los actos administrativos expedidos con ocasión de un procedimiento de la misma naturaleza sostiene el doctrinante Manuel María Díez, en su obra "Derecho Administrativo, Tomo II, Organización Administrativa, Actos Administrativos, pág. 235: "El procedimiento se puede considerar como una serie de actos o de operaciones ligados en relación a un mismo efecto. Ahora bien, los distintos actos que constituyen el procedimiento se pueden clasificar, según su específica función, en la siguiente forma: a) Preparatorios. b) Constitutivos. c) Integrativos de la eficacia. Los más importantes son los constitutivos.

Finalmente, de aceptarse que los actos demandados definen una situación jurídica y, en consecuencia, son objeto de vía gubernativa y de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se pondría en riesgo la eficacia y urgencia de la medida y se pasaría por alto su transitoriedad, amén de que se le vaciaría de contenido porque como los recursos en vía gubernativa se conceden en el efecto suspensivo, (artículo 55 del Código Contencioso Administrativo) y para acudir a la vía judicial debe agotarse previamente la vía gubernativa (artículo 135, inciso 1º ibídem) no tendría eficacia ni operancia.

En conclusión, el alcance de la declaración contenida en los actos administrativos demandados determina que no son objeto de control de legalidad por esta vía jurisdiccional.

Por lo expuesto, la Sala revocará la sentencia recurrida que negó las súplicas de la demanda, y en su lugar, se declarará inhibida para efectuar un pronunciamiento de fondo sobre la materia objeto de controversia.

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

FALLA

1º. REVÓCASE la sentencia de 10 de septiembre de 2012, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, que negó las súplicas de la demanda incoada por Brianda Reniz Caballero contra Bogotá Distrito Capital, Contraloría de Bogotá, y en su lugar se dispone:

2º. INHÍBESE la Sala de efectuar un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

a) En cuanto a los actos preparatorios, debemos señalar, en primer término, los de iniciativa, que pueden provenir sea del mismo órgano que ha de dictar el acto final, sea de otro órgano cualquiera <Algunos autores entienden que estos actos preparatorios no forman parte del procedimiento cuyo estudio viene limitado a la parte constitutiva (...)>. (...)"

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE