

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

En la organización Estatal constituye elemento fundamental para la realización efectiva de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, la potestad para desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, en atención a su especial sujeción al Estado en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de la Función Pública; de manera pues, que el cumplimiento de los deberes y las responsabilidades por parte del servidor público, se debe efectuar dentro de la ética del servicio público, con acatamiento a los principios de moralidad, eficacia, eficiencia y demás consagrados en el artículo 209 Superior, que caracterizan la actuación administrativa y propenden por el desarrollo íntegro de la función pública con pleno acatamiento de la Constitución, la ley y el reglamento. De suerte, que el derecho disciplinario valora la inobservancia del ordenamiento superior y legal vigente, así como la omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones; con lo que la ley disciplinaria se orienta entonces a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, cuando sus faltas interfieran con las funciones estipuladas.

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

Si bien esta Corporación de antaño desarrolló línea jurisprudencial, según la cual el control que ejerce esta jurisdicción sobre actos disciplinarios no se hace de cualquier modo, sino que está sujeto a limitaciones y restricciones que lo alejan de convertirse en una tercera instancia; también lo es que en otras decisiones había señalado que ello -per se- no conlleva la intangibilidad de tales actos, porque al Juez Administrativo le corresponde proteger al ciudadano de la arbitrariedad, de la desmesura, de la iniquidad, de la ilegalidad, en fin, cuando se vean comprometidos derechos de rango constitucional, como el debido proceso, la presunción de inocencia, el buen nombre, el honor y la dignidad, entre otros. Es más, en reciente providencia que se reiterará en este proveído, la Sección Segunda, además de precisar que los actos expedidos en ejercicio de la potestad disciplinaria por la Procuraduría General de la Nación, emanan de función administrativa y no de función jurisdiccional, anota de manera explícita, sin ambages, que el control sobre dichos actos, por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, es un control pleno e integral, que no admite interpretaciones restrictivas, sin que ello implique que se trate de una tercera vía.

PROCESO DISCIPLINARIO – Variación en el grado de culpabilidad / IGNORANCIA SUPINA – Variación en la sanción

Es más, no puede perderse de vista que la segunda instancia -de manera oficiosa- varió en beneficio del actor el grado de culpabilidad en la comisión de esta falta, pues de dolo como lo había dispuesto el a quo, la pasó a considerar cometida con culpa gravísima, al estimar que incurrió en ella por ignorancia supina, que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es “[I]a que procede de

negligencia en aprender o inquirir lo que puede y debe saberse". Situación que incidió favorablemente en la dosimetría de la sanción, pues el ad quem modificó la suspensión de seis (6) meses con inhabilidad especial de doce (12) meses impuesta por la primera instancia, a cinco (5) meses con inhabilidad especial por el mismo término.

PRESCRIPCION ACCION DISCIPLINARIA – Notificación del fallo de primera instancia / NOTIFICACION DE FALLO DE PRIMERA INSTANCIA – interrumpe la prescripción

Sostiene el demandante que la acción disciplinaria, generada con ocasión de la suscripción de la orden de prestación de servicios No.144, suscrita el 24 de mayo de 2005, y del accidente de tránsito ocurrido el 21 de junio de 2005, en el cual se vio envuelto vehículo oficial cuyo SOAT no se hallaba vigente, estaba prescrita, porque el fallo de segunda instancia se expidió el 23 de agosto de 2010, y los cinco (5) años de dicha actuación se cumplieron, en su orden, el 24 de mayo y el 21 de junio de 2010. Partiendo de la premisa sentada en la sentencia de unificación desde el año 2009, que no ha variado al día de hoy, es palmario que no le asiste la razón al demandante, como quiera que la notificación del fallo de primera instancia fue hecha el 9 de marzo de 2010, es decir dentro del término de los cinco (5) años, contados a partir de la consumación de los hechos que generaron las faltas, es decir, contados desde el 24 de mayo y 21 de junio de 2005.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., siete (7) de noviembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00082-00(0358-12)

Actor: BARTOLOMÉ ANTONIO TAYLOR JAY

Demandada: NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Conoce la Sala en **única instancia** del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por el Sr. BARTOLOMÉ ANTONIO TAYLOR JAY contra la NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., el actor presentó demanda¹ con el propósito de obtener la nulidad de: Los fallos del 25 de febrero y del 23 de agosto de 2010, expedidos respectivamente por la Procuraduría Regional de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, mediante los cuales se le impuso sanción disciplinaria de suspensión de cinco (5) meses en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial por el mismo término; sanción que, en caso de no encontrarse ejerciendo funciones públicas al instante de ejecutoria del fallo, se convertiría en salarios.

A título de restablecimiento del derecho solicita se condene a la demandada a: i) Pagarle los perjuicios ocasionados; ii) indexar las sumas de la condena conforme el artículo 178 del C.C.A., y se cumpla el fallo conforme los artículos 176 y 177 *ibídem*.

Como supuestos fácticos de lo pretendido se exponen en la demanda:

Que en virtud de queja formulada por el Personero Municipal de Providencia, para que se investigara al actor en su calidad de Secretario General de este ente territorial, por estar presuntamente incurso en conflicto de intereses y por no haber realizado la renovación del SOAT de un vehículo adscrito a dicho Municipio, la Procuraduría Regional de San Andrés el 2 de junio de 2008 profirió auto apertura de investigación preliminar.

Señala que la investigación culminó con fallo de primera instancia, que declara al señor BARTOLOMÉ ANTONIO TAYLOR JAY disciplinariamente responsable de los cargos endilgados, imponiéndole sanción de suspensión de seis (6) meses en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial de doce (12) meses.

El anterior fallo fue apelado, y el 23 de agosto de 2010 la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal lo confirmó parcialmente, al modificar la sanción, imponiendo suspensión de cinco (5) meses en el ejercicio del cargo e inhabilidad por el mismo término. Que de esta manera quedó agotada la vía gubernativa.

¹ El escrito de demanda obra a fls.1-6 cuaderno principal.

Advertencia: Cuando no se señalen folios y no se indique el cuaderno, se debe entender que son del principal.

Normas violadas y concepto de violación.

Constitución Política: Los artículos 2, 13, 29 y 49. La Ley 80 de 1993 y la Ley 734 de 2002.

- Con respecto al conflicto de intereses contemplado en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, señala que no está demostrado su "*interés particular y directo*", toda vez que se percibe es un beneficio a la comunidad en general, si se tiene en cuenta el objeto² de la orden de prestación de servicios. Trae a mención sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado del 11 de diciembre de 2006³, para señalar que frente a la noción de "conflicto de intereses" esta Corporación ha indicado que es una noción jurídica, y ha de entenderse no sólo desde su significado semántico, sino, razonablemente, dentro del contexto normativo en que se reglamenta, pues "*la existencia de un interés no es en sí mismo sensurable*"; y que la satisfacción de un deber constitucional o legal no implica tal conflicto, como quiera que en el caso concreto se cumplieron los fines del Estado, entre ellos, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, como la atención en salud y saneamiento ambiental; por ello sostiene que se vulneran los artículos 2º y 49 Superior.

Expone que la acción disciplinaria desplegada sobre la orden de servicios No. 144 del 24 de mayo de 2005, prescribió el 24 de mayo de 2010, porque el fallo de segunda instancia es del 23 de agosto de 2010, por lo cual debe ser redosificada la sanción.

- Con relación al reproche que se le hizo relacionado con el SOAT, que se hallaba vencido para el 21 de junio de 2005, fecha en que un vehículo del Municipio de Providencia colisionó con una motocicleta, afirma que la acción por tal hecho prescribió, porque el fallo de segunda instancia sólo se profirió el 23 de agosto de 2010, y los 5 años por esa falta instantánea se cumplieron el 21 de junio de 2010.

² Transcribe el objeto de los contratos, en los siguientes términos:

"La prestación de servicios personales como promotora de salud para actividades de promoción y prevención el plan operativo anual del plan de atención básica en su componente de promoción de estilos de vida saludable para la prevención y control de enfermedades crónicas y reducción del tabaquismo y la drogadicción."

³ Radicado 15001-23-31-000-2005-03429-01.

TRÁMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada el 29 de abril de 2011 ante el Juzgado Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (fl.1), que por auto del 10 de mayo de 2011 la admite, ordena notificarla y fijarla en lista (fls.57-58); mediante providencia del 11 de junio de esa anualidad se dio apertura el periodo probatorio (fls.64-65), entre las que ordenó oficiar a la Procuraduría para que se remitiese copia auténtica del expediente y recepcionar los testimonios de los señores César James Bryan y Rodolfo Morales Brouw (Estos declarantes no comparecieron en la fecha y hora fijadas para recibir su testimonio).

La Procuraduría presentó escrito de solicitud de nulidad del proceso (fls.1-6 del cuaderno que contiene el incidente), aduciendo que el competente para conocer de este asunto en única instancia es el Consejo de Estado. El Juzgado, luego de hacer mención a decisiones de la Sección Segunda de esta institución⁴, resolvió mediante auto del 14 de octubre de 2011 declarar la nulidad, incluyendo desde el auto del 10 de mayo de 2011, y ordenó remitirlo por competencia a esta Corporación (fls.21-23, cuaderno de incidente).

Por reparto en el Consejo de Estado, el 13 de febrero de 2012 fue asignado al despacho del suscrito (fls.408-409), y a través de providencia del 24 de mayo de 2012 se avoca conocimiento del mismo, se admite la demanda, ordena notificarla y fijarla en lista, así como conservar -al amparo del artículo 146 del C.P.C.- la validez y eficacia de las pruebas practicadas (fls.410-412). El negocio es fijado en lista por diez (10) días, entre el 30 de octubre y el 14 de noviembre de 2012 (Reverso fl.412), y la accionada contestó la demanda dentro de dicho término, como pasa a ilustrarse en el acápite siguiente; finalmente, por auto del 7 de febrero de 2013, se dio apertura al periodo probatorio, negando el señalamiento de nuevas fechas para recibir testimonios de los declarantes solicitados por el actor, por cuanto no existió interés de éste en su recaudo, y como el material probatorio necesario para decir se hallaba incorporado al plenario, se corrió traslado para alegar (fls.494-496).

⁴ Cita providencias del 12 de octubre de 2006, del 27 de marzo de 2009 y del 18 de mayo de 2011, donde se consideró que *"el conocimiento de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, en los cuales se controviertan sanciones disciplinarias administrativas proferidas por autoridades nacionales, que impliquen **retiro temporal** del servicio, están asignados en **única instancia** al Consejo de Estado"*

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁵

La Procuraduría General de la Nación dio respuesta a la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, porque con los actos cuestionados no se vulnera normatividad constitucional o legal alguna, sumado que el demandante ejerció su derecho de defensa. Expone que el actor se limitó a relacionar normas que estimó vulneradas, sin desarrollar el concepto de violación; pero que, en todo caso, fue investido de plenas garantías para el ejercicio de sus derechos dentro del trámite disciplinario, garantizando el debido proceso, y que los cargos por los que fue investigado y sancionado quedaron plenamente demostrados, así como la responsabilidad del implicado.

Dice que a pesar de que el artículo 40 de la Ley 734 de 2002 fue expedido con posterioridad al artículo 8, numeral 1, literal g), de la Ley 80 de 1993, no es viable la aplicación de ésta, toda vez que se trata de preceptos que ventilan situaciones diversas; pues la última tiene como destinatario al contratista a quien se le señala una causal de inhabilidad para contratar con el Estado, persona que no es investigada dentro del proceso, y la primera -conflicto de intereses- se halla reservada al servidor público a quien se le impone una causal de impedimento para actuar, y que tal conflicto se generó con las órdenes de servicios No. 144 del 24 de mayo de 2005 y No. 055 del 19 de enero de 2006, al existir parentesco de consanguinidad de tercer grado entre el accionante y la contratista.

Igualmente señala que no operó la prescripción de la acción disciplinaria en ninguno de los dos eventos que dieron origen a la sanción, porque existió fallo de primera instancia antes de vencer los 5 años, contados desde la ocurrencia de los hechos instantáneos constitutivos de las faltas.

Propuso las excepciones que denomina: a) *Legalidad de los actos administrativos*; b) *Del alcance del control jurisdiccional del proceso disciplinario*, y señala que no se esgrime en la demanda ninguna de las causales de nulidad de los actos consagradas en el artículo 84 del C.C.A.; c) *Presupuestos probatorios para sancionar*, porque la valoración hecha por los operadores disciplinarios no fue caprichosa o arbitraria, y que además el control de legalidad que hace el juez administrativo “se limita a cuestiones de mera forma”, porque no es su función valorar nuevamente la prueba como si se tratase de una tercera instancia, y d)

⁵ Escrito de contestación visible a fls.484-492.

Autonomía del régimen disciplinario, indicando que éste es independiente del proceso penal.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante**, no presentó alegatos.

La **parte demandada**⁶, alegó reiterando lo esbozado en la contestación.

El Ministerio Público⁷ rindió concepto para que se niegue la nulidad de los actos censurados.

En primer lugar, luego de citar sentencia de la Sección Segunda del 1º de octubre de 2009⁸, sostiene que la instancia jurisdiccional no puede abrir un nuevo debate probatorio que determine la responsabilidad del disciplinado, pues no constituye una tercera instancia. *En segundo lugar*, después de transliterar decisión de unificación de la Sala Plena de esta Corporación⁹, concluye que en el *sub lite* no existió prescripción de la acción disciplinaria, porque lo que interrumpe el término de los 5 años no es la decisión de segunda instancia, como lo plantea el demandante, sino la notificación de la decisión inicial como se desprende de la sentencia de unificación; y que la decisión de primera instancia quedó expedida y notificada antes de vencer los 5 años, contados desde la fecha de los actos que generan las faltas por la que se sanciona al investigado.

Con respecto al conflicto de intereses, que según el actor no existió porque no buscaba un interés directo en su condición de Secretario General, ni el de su contratista-tía, sino satisfacer el interés general cumpliendo cometidos estatales, el Ministerio Público considera que ello en sí mismo no lo exceptionaba de la obligación de declararse impedido, porque el hecho que exista un fin lícito no indica de manera alguna que los medios de igual lo sean, como lo pretende hacer creer el accionante.

⁶ Fls.503-510.

⁷ Ver fls.512-520.

⁸ Subsección "B", radicado interno 4925-02, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁹ Sentencia del 29 de septiembre de 2009, radicado 01(S) IJ), CP Dra. Susana Buitrago Valencia.

No observándose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

EXCEPCIONES.

En cuanto a las excepciones propuestas por la entidad demandada, la Sala advierte que las mismas están relacionadas de manera directa con el fondo del asunto, por lo tanto quedarán resueltas al decidir la controversia.

CUESTIÓN JURÍDICA A RESOLVER.

Se circunscribe a establecer si los fallos del 25 de febrero de 2010 y del 23 de agosto de 2010, expedidos respectivamente por la Procuraduría Regional de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, mediante los cuales se le impuso al Sr. BARTOLOMÉ ANTONIO TAYLOR JAY sanción disciplinaria, de suspensión de cinco (5) meses en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial por el mismo término, se encuentran o no ajustados a la legalidad.

Como antesala a analizar y definir los motivos de inconformidad señalados por el demandante, esta Colegiatura resaltará ciertas piezas probatorias que obran dentro del plenario, así mismo hará unas breves reflexiones en torno a la potestad disciplinaria, y la competencia de esta Jurisdicción en lo que se refiere al control de la actuación administrativa disciplinaria, para enfatizar reciente posición jurisprudencial.

Material probatorio relevante.

- Fl.87, figura Oficio del 3 de abril de 2008, mediante el cual el Personero del Municipio de Providencia y Santa Catalina, informa al Procurador Regional de San Andrés, Isla: **i)** el posible conflicto de intereses en que pudo haber incurrido el actor, que fungiendo como Secretario General del mencionado municipio y con facultades delegadas por el Alcalde para contratar, a través del Decreto 070 de 2004, suscribió contrato de prestación de servicios No. 055 del 19 de enero de 2006 con la Sra. Lorenza Jay Arcbold, con la que lo une un parentesco en tercer grado de consanguinidad, que podría constituir falta disciplinaria; **ii)** la posible

falta disciplinaria, con ocasión del accidente de tránsito ocurrido el 21 de junio de 2005 en el cual se vio involucrado un vehículo de propiedad del Municipio de Providencia, cuyo SOAT se hallaba vencido.

- Fls.88-91, se ve Auto de apertura de indagación preliminar de fecha 2 de diciembre de 2008.

- Fl.101, obra fotocopia del SOAT No. 1324-5642527 2, expedido el 21 de junio de 2005, con vigencia del 22 de junio de 2005 al 21 de junio de 2006. (Este fue el que tramitó el accionante como Secretario General y Administrativo el día que ocurrió el accidente, pero que no alcanzó a cubrir las atenciones médicas del motociclista que resultó lesionado en la colisión con el vehículo oficial).

- Fls.82-83, figura Decreto No. 070 del 12 de mayo de 2004, por medio del cual el Alcalde del Municipio de Providencia y Santa Catalina delega en el Secretaría General y Administrativa, *“la competencia para toda la actividad contractual que se lleve a cabo en la Administración Central incluyendo la de suscripción de todos los contratos hasta por una cuantía equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales...”*, y que *“...será ordenador del gasto en los asuntos contractuales que adelante la administración central...”*.

- Fls.104-107, aparece parte pertinente del Decreto No. 089 del 3 de octubre de 2005, expedido por la Alcaldía de Providencia, que contiene el Manual Específico de Funciones, en particular las correspondientes al secretario general y administrativo, y, dentro de las funciones esenciales de éste, se lee:

“II. PROPÓSITO PRINCIPAL.

Administrar eficaz y eficientemente los recursos humanos, físicos y tecnológicos el municipio de Providencia y Santa Catalina

III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES

(...)

8. Administrar los bienes muebles, equipos y papelería que requieran las diferentes dependencias para su normal funcionamiento.”

Y a Fls.314-317, se ve parte pertinente del Decreto No. 153 del 23 de agosto de 2002, por el cual se establece manual de funciones y requisitos de los diferentes cargos de la alcaldía municipal, y entre las funciones de Secretario de Despacho

se halla (fl.314): “Velar por el normal funcionamiento y mantenimiento de bienes muebles, equipos, útiles de oficina y demás elementos que demanden las dependencias a su cargo”

- Fl.108, obra Oficio AJ-086 del 11 de diciembre de 2008 por medio del cual la Asesora Jurídica de Providencia remite al Procurador Regional orden de prestación de servicio No. 144 de 2005, celebrada con la Sra. Lorenza Jay Arcbold, informando además que por el accidente de tránsito no existe demanda administrativa, pero sí constitución de parte civil.

- Fls.84-86, aparece orden de prestación de servicios No.055 del 19 de enero de 2006, que suscribe el demandante como representante del Municipio de Providencia en virtud de facultades delegadas, y la Sra. Lorenza Jay Arcbold como contratista, con un plazo de 5 meses y valor de \$4.500.000. A fls.123-125, está orden de prestación de servicios No.144 del 24 de mayo de 2005, suscrita entre las mismas partes, con un plazo de 3 meses y valor de \$2.850.000.¹⁰ Ambos fueron ejecutados y pagados.

- Fl.176, obra Oficio del 19 de diciembre de 2008, mediante el cual el actor solicita al Procurador Regional de San Andrés escucharlo en versión libre. Y a fls.180-183, aparece versión libre rendida el 16 de enero de 2009 por Sr. Bartolomé Antonio Taylor Jay¹¹.

¹⁰ El objeto de ambos contratos es: “Prestación de servicios personales como promotora de salud para actividades de promoción y prevención del plan operativo anual del plan de atención básica en su componente de promoción de estilos de vida saludable para la prevención y control de las enfermedades crónicas y reducción del tabaquismo y la drogadicción”

¹¹ En la versión libre dice que la secretaria general en ningún momento participó en la etapa previa de la contratación, porque el trámite de estudios previos de conveniencia y solicitud de disponibilidad presupuestal lo hizo la Secretaría de desarrollo social, y él, como secretario general, con delegación para suscribir contratos hecha en el Decreto 070 de 2004, procedió a firmar la orden de prestación de servicios No. 055 del 19 de enero de 2006, señalando que en todo momento tuvo en cuenta el tema de las inhabilidades para la contratación de la Ley 80 de 1993. Con respecto al conflicto de intereses, expresa “que en ningún momento ha existido algún interés en asunto diferente que no sea el de cumplir con la prestación del servicio por parte de la administración municipal... relacionada directamente con la secretaria de desarrollo social cumpliendo con un programa establecido en el plan de atención básica el cual incluía la realización de talleres”. Cuando se **le pregunta** indicar la clase de parentesco con la Sra. Lorenza Jay Arcbold, **respondió**: “Efectivamente ella es hermana de mi madre, es decir que es mi tía”. **Al interrogante** para que indicase si al momento de la firma del contrato sabía que tenía un parentesco con la contratista, **dijo**: “...efectivamente al momento de firmarlo sí sabía con quien se estaba firmando”. Cuando **le inquieran** expresar lo relacionado con el accidente del vehículo oficial, y quién era el responsable de asegurarlo, **replicó**: “Dentro de los trámites que realiza la secretaria general se encuentra el trámite para el pago del SOAT de los vehículos del municipio, previo (**sic**) solicitud por parte de las dependencias que son responsables del manejo o utilización de los mismos, quiere decir que la secretaria general a través de la oficina de recursos físicos hace las diligencias una vez que se nos informe sobre el vencimiento de los mismos normalmente esos seguros han estado bajo la custodia de la oficina de recurso físicos que está bajo la secretaria general. El vehículo del accidente estaba al servicio de la Secretaría de infraestructura del municipio... Desafortunadamente al momento del accidente el SOAT del vehículo se encontraba vencido pero estaba en trámite su renovación. Efectivamente el día del accidente se tomaron las medidas inmediatas y se aceleró el trámite del mismo logrando su expedición...”. **Al cuestionamiento** para que indicara si sabía que en el cargo que tenía de secretario general le correspondía asegurar los vehículos oficiales del municipio, **manifestó**: “no está específico en los

- Fl.201, aparece declaración de la Sra. Lorenza Jay Arcbold, de fecha 7 de enero de 2009. Cuando se le pregunta si conoce al Sr. Bartolomé Antonio Taylor Jay, contestó: *“si lo conozco, es mi sobrino”*. Ante esto se le advirtió que no estaba obligada a declarar, y decidió no hacerlo.
- Fls.205-206, figura declaración recibida el 9 de enero de 2009 al señor Gustavo Hernando Figueredo Robinson, técnico grado 02 de recursos físicos de la alcaldía de Providencia.¹²
- Fls.208-211, aparece Auto del 10 de julio de 2009 por el cual se da apertura de investigación disciplinaria contra el demandante. Notificado el 11 de agosto de esa anualidad (fl.220).
- Fl.234, se ve certificación del 18 de agosto de 2009, expedida por Recursos Humanos de la Alcaldía de Providencia y Santa Catalina, donde consta que el Sr. Bartolomé Antonio Taylor Jay se desempeñó como Secretario General y Administrativo de dicho Municipio, entre el 1º de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2007. Fls.235-236, aparece acta de posesión del actor como Secretario General, y a fls.237-238 obra el Decreto No. 119 del 1º de julio de 2002, por el cual el Alcalde de Providencia hace nombramientos, entre ellos al demandante como Secretario General y Administrativo.
- Fls.244-245, se ven registros civiles de nacimiento del implicado y de la Sra. Lorenza Jay Arcbold.

*manuales de funciones, pero es una condición que ha asumido la secretaría general en los últimos años, pero a través de la oficina de recursos físicos y previa solicitud de la secretaría interesada”. Al final **cuando se le dice** si tenía algo más que agregar, **señaló** -haciendo alusión al accidente-: “...quiero resaltar la situación de que para el municipio este hecho no representó ningún tipo de acción judicial...”*

¹² Manifiesta que estaba vinculado desde el 2001 en recursos físicos como técnico 02, y que lo estaba para el año 2005 y 2006, y que no está dentro de sus funciones la adquisición del SOAT; expresó que supo que había existido un accidente con un vehículo de la alcaldía que no tenía SOAT vigente, y que quien se desempeñaba como Secretario General era el Sr. Bartolomé Taylor; **a la pregunta** qué trámite efectuaba como técnico grado 02 de recursos físicos frente a los seguros SOAT, **dijo**: *“Yo lo que manejo es una copia del seguro SOAT porque yo manejo el inventario de la alcaldía”*; cuando **le interrogan** qué funcionario de la alcaldía le entregaba copia del seguro, **contestó**: *“El Secretario General me lo hace llegar”*; **al cuestionarle** si con posterioridad al accidente le hicieron llegar copia del dicho seguro, en qué momento y quién, **respondió**: *“Si se adquirió el seguro SOAT después, el seguro me llegó al día siguiente del accidente...”*; **A la pregunta** si sabía qué funcionario de la alcaldía fue el encargado de adquirir el SOAT después del accidente, **manifestó**: *“El Secretario general que era BARTOLOME TAYLOR”*; **a la pregunta** de si él realizaba algún trámite en la adquisición del SOAT, **señaló**: *“No”*; al **interrogarle** si el SOAT una vez adquirido era ingresado al almacén como parte de los bienes del Municipio, **respondió**: *“No, porque el SOAT es un bien intangible”*. Y cuando **le dicen** si tenía algo más que agregar, **indicó**: *“Si, el seguro SOAT no es responsabilidad del técnico grado 02 de Recursos Físicos porque no tiene autoridad en solicitar disponibilidad presupuestal”*.

- Fls.246-277, figura el Pliego de Cargos de fecha 23 de octubre de 2009, en el cual le formulan dos (2) cargos¹³. Notificado el 13 de noviembre de 2009 al apoderado designado por el implicado (fl.279).
- Fls.280-281, está escrito de descargos que presentó el actor a través de su apoderado¹⁴, en el cual además solicitó pruebas. El despacho accedió a decretar las pruebas solicitadas (fls.282-284).

- Fl.294, se ve certificación del 1º de febrero de 2010, expedida por el técnico grado 01 de la Secretaría general y administrativa de Providencia y Santa Catalina, de la que se extrae que desde el 19 de febrero de 2005 no había almacenista y que el técnico grado 02 Gustavo Figueredo no fue encargado de tales funciones.¹⁵ Y a fl.295 se ven las funciones del técnico grado 02, y allí no aparece que tenga asignada función de apoyo a la secretaría general en el trámite del SOAT.

- Fl.297, está Oficio del 1º de febrero de 2010, que dirige el secretario general y administrativo de ese momento de Providencia al Procurador Regional, donde informa que es responsabilidad de esa secretaría custodiar toda la documentación del SOAT y velar porque se halle al día, y transcribe la parte respectiva del manual de funciones que corresponde al Decreto No. 089 de 2005.

¹³ La Procuraduría Regional de San Andrés, Isla, luego de hacer mención al origen y hechos objeto de investigación, de relacionar el recaudo probatorio, identificar al investigado y de analizar la prueba existente, formuló dos cargos. **El primero**, porque no se declaró impedido para suscribir las órdenes de prestación de servicios No. 144 del 24 de mayo de 2005 y la No. 055 del 19 de enero de 2006 con la Sra. Lorenza Jay Archbold, con la que lo unía un tercer grado de parentesco de consanguinidad, tía; con lo cual pudo incurrir en una **falta grave** al desconocer el artículo 40 de la Ley 734, y el numeral 1º del artículo 34 del C.D.U. En cuanto a la **culpabilidad le fue imputada a título de dolo**, porque sabía que la contratista era su tía. Es decir, **falta grave dolosa**. **El segundo**, porque como secretario general y servicios administrativos, que tenía asignada la función de asegurar los vehículos de la alcaldía, pudo haber incurrido en omisión de funciones al no estar, para el 21 de junio de 2005, actualizado el SOAT de vehículo del municipio, que colisionó en esa fecha con un motociclista, razón por la cual éste no contó con la debida atención médica, que evidencia una posible falta de diligencia, pudo incurrir en la **falta gravísima** establecida en el numeral 63 del artículo 48 de la ley disciplinaria. En cuanto a la **culpabilidad le fue imputada a título de culpa**.

¹⁴ **Con respecto del primer cargo señala:** i) Que no está demostrado el interés directo del investigado, y que lo que se observa es un beneficio que le asiste a todas las personas y a la comunidad en general en igualdad de condiciones en la celebración de contratos estatales; y ii) que por favorabilidad debía aplicarse el literal g) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, en vez de la Ley 734 de 2002. **Con relación al segundo cargo dijo:** que el engranaje de la administración se desarrolla en armonía con otros servidores públicos como el caso del almacenista, quien debe informar al respectivo secretario del estado de las pólizas y su posible fecha de expiración.

¹⁵ **En esta certificación se informa que desde el 19 de febrero de 2005, fecha de la muerte del almacenista RICHARD CASTRILLO ARCHBOLD, profesional universitario, la oficina de recursos humanos no recibió ningún acto administrativo en donde se asignara o encargara a otra persona y/o funcionario como almacenista de la alcaldía;** y que el técnico grado 02 Gustavo Figueredo es la persona que había maneja desde la muerte y hasta la fecha de expedición de la certificación, la parte de ingreso y egreso de los materiales que entran y salen del almacén, pero que no existe acto alguno donde se le asigne a él el cargo de almacenista.

- Fls.318-319, obran alegatos de conclusiones presentados por el apoderado del Sr. Taylor, donde reitera lo expuesto en sus descargos y resalta que era el almacenista quien custodiaba la documentación del SOAT e informaba al Secretario General sobre la renovación del mismo.

- Fls.320-349, aparece Fallo de Primera Instancia del 25 de febrero de 2010, que en su artículo primero declara probados y nos desvirtuados los cargos, y en su artículo segundo, expresa que, en consecuencia, se impone sanción de suspensión de seis (6) meses e inhabilidad especial de doce (12) meses. **Este fallo fue notificado personalmente el 9 de marzo de 2010 al apoderado del sancionado** (fl.351).

- Fls.353-354, figura recurso de apelación. El epicentro del mismo son los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión.

- Fls.419-444, se ve Fallo de Segunda Instancia del 23 de agosto de 2010, emanado de la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, que confirma el artículo primero de la decisión del *a quo* en cuanto a los cargos, y modifica el artículo segundo en cuanto al grado de culpabilidad con que obró para incurrir en la falta del primer cargo, variándola de dolo a culpa gravísima, motivo por el cual modificó a suspensión a cinco (5) meses e inhabilidad especial por el mismo término¹⁶. Este fallo quedó notificado por edicto el 27 de septiembre de

¹⁶ La modificación de la sanción, obedeció a que el *ad quem* estimó con respecto al primer cargo - conflicto de intereses-, que dicha falta había sido cometida a título de culpa gravísima y no de dolo como lo estableció el fallo de primera instancia. Textualmente concluye sobre este aspecto:

*“En conclusión, la falta se deberá entender cometida a título de culpa gravísima, no de dolo, de conformidad con lo señalado por el parágrafo del artículo 44 de la ley 734 de 2002, que establece como **culpa gravísima** cuando se incurra en falta disciplinaria **por ignorancia supina**, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, toda vez que era evidente que el señor TAYLOR JAY debió haberse declarado impedido para suscribir las órdenes de prestación de servicio con su tía, lo cual evidentemente omitió, con lo cual violó normas que eran de su obligatorio cumplimiento”*

Con respecto del segundo cargo -relacionado con el SOAT vencido-, no varió el grado de culpabilidad catalogada como culpa grave por el *a quo*, señalando que:

*“En tal sentido, concuerda esta delegada con la clasificación de la falta que señaló el *a quo*, por cuanto se encuentra probado que el investigado incurrió en la conducta descrita por el numeral 63 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, al no haber renovado la póliza SOAT,...Así mismo, también se encuentra de acuerdo este Despacho con que la falta fue cometida a título de **CULPA GRAVE**, por cuanto más que nada, se encuentra probado que la omisión del señor TAYLOR JAY ocurrió por una falta de diligencia y por descuido, al no haber adoptado las medidas necesarias para mantener debidamente actualizadas las pólizas de los vehículos de la Alcaldía Municipal, no sólo por cuanto tenía el deber funcional de hacerlo, sino porque existe prueba de que para la época en la cual ocurrió el accidente, era evidente que la Alcaldía no tenía almacenista y que quien posterior al mismo ejercía estas funciones, ha manifestado bajo la gravedad de juramento que era el Secretario General de la Alcaldía quien le hacía entrega de los pólizas SOAT debidamente renovadas”*

En cuanto a tipicidad e ilicitud sustancial, dice el *ad quem*:

2010 (fl.376).

- Fls.53-54, obra constancia expedida por la Procuraduría 54 Judicial II Administrativa de San Andrés, Isla, de la que se obtiene que el actor radicó el 1º de febrero de 2011 solicitud de conciliación prejudicial, y que la misma se llevó a cabo el 28 de ese mismo mes y año, resultando fallida.

REFLEXIONES DE LA SALA.

Potestad disciplinaria.

En la organización Estatal constituye elemento fundamental para la realización efectiva de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, la potestad para desplegar un control disciplinario sobre sus servidores públicos, en atención a su especial sujeción al Estado en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de la Función Pública; de manera pues, que el cumplimiento de los deberes y las responsabilidades por parte del servidor público, se deben efectuar dentro de la ética del servicio público, con acatamiento a los principios de moralidad, eficacia, eficiencia, imparcialidad, y demás principios que caracterizan la función pública administrativa, establecidos en el artículo 209 superior, y que propenden por el desarrollo íntegro de dicha función, con pleno acatamiento de la Constitución, la ley y el reglamento.

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

“En virtud de lo anteriormente expuesto se concluye que el disciplinado **BARTOLOMÉ TAYLOR JAY**, en su calidad de Secretario General de la Alcaldía de Providencia y Santa Catalina, al haber suscrito órdenes de prestación de servicios con una familiar que se encuentra dentro del tercer grado de consanguinidad, así como haber omitido realizar las diligencias pertinentes con el fin de mantener debidamente cobijados con pólizas de seguros -en este caso del SOAT- para el vehículo arriba referenciado, violó y desconoció lo dispuesto por el artículo 40 de la ley 734 de 2002, así como incumplió los deberes contenidos en el numeral primero del artículo 34 de la norma citada; así mismo, incurrió en una falta gravísima, contenida por el numeral 63 del artículo 48 ibídem, razón por la cual la primera falta se tiene definitivamente como GRAVE y la segunda como GRAVÍSIMA.

Así mismo, se reitera que si bien esta instancia no comparte la graduación de la falta correspondiente al primer cargo, la cual debió tenerse como FALTA GRAVÍSIMA, en virtud del principio de la *reformatio in pejus*, contenido (sic) Artículo 116 de la ley 734 de 2002, la tipificación de la falta será mantenida, tal y como lo fijó el Señor Procurador Regional, es decir, como FALTA GRAVE”

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

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

Competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en lo que se refiere al control de la actuación administrativa disciplinaria.

Si bien esta Corporación de antaño desarrolló línea jurisprudencial, según la cual el control que ejerce esta jurisdicción sobre actos disciplinarios no se hace de cualquier modo, sino que está sujeto a limitaciones y restricciones que lo alejan de convertirse en una tercera instancia¹⁷; también lo es que en otras decisiones había señalado que ello *-per se-* no conlleva la intangibilidad de tales actos, porque al Juez Administrativo le corresponde proteger al ciudadano de la arbitrariedad, de la desmesura, de la iniquidad, de la ilegalidad, en fin, cuando se vean comprometidos derechos de rango constitucional, como el debido proceso, la presunción de inocencia, el buen nombre, el honor y la dignidad, entre otros¹⁸.

Es más, **en reciente providencia** que se reiterará en este proveído, **la Sección Segunda**, además de precisar que los actos expedidos en ejercicio de la potestad disciplinaria por la Procuraduría General de la Nación, emanan de función administrativa y no de función jurisdiccional, **anota de manera explícita**, sin ambages, **que el control** sobre dichos actos, por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, **es un control pleno e integral, que no admite interpretaciones restrictivas**, sin que ello implique que se trate de una tercera vía.

¹⁷ Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B, del 1º de octubre de 2009, radicado interno 4925-02, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, por mencionar una entre tantas.

¹⁸ Así se señaló en sentencia de la Sección Segunda, Subsección "A", del 10 de marzo de 2011, radicado interno 2740-08, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

La novedosa posición está contenida en Sentencia de la Sección Segunda, Subsección “A”, del 2 de mayo de 2013¹⁹, en la que se hicieron, entre otras, las siguientes consideraciones:

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

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

La entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, con su catálogo de derechos fundamentales y sus mandatos de prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones de la administración de justicia (art. 228, C.P.) y de prevalencia normativa absoluta de la Constitución en tanto norma de normas (art. 4, C.P.), implicó un cambio cualitativo en cuanto al alcance, la dinámica y el enfoque del ejercicio de la función jurisdiccional, incluyendo la que ejercen los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa (incluyendo al Consejo de Estado). En efecto, según lo han precisado tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, la plena vigencia de los derechos y garantías fundamentales establecidos por el constituyente exige, en tanto obligación, que los jueces sustituyan un enfoque limitado y restrictivo sobre el alcance de sus propias atribuciones de control sobre los actos de la administración pública, por un enfoque garantista de control integral, que permita a los jueces verificar en casos concretos si se ha dado pleno respeto a los derechos consagrados en la Carta Política.

Esta postura judicial de control integral del respeto por las garantías constitucionales contrasta abiertamente con la posición doctrinal y jurisprudencial prevalecte con anterioridad, de conformidad con la cual las atribuciones del juez contencioso-administrativo son formalmente limitadas y se restringen a la protección de aquellos derechos y normas expresamente invocados por quienes recurren a la justicia, posición -hoy superada- que otorgaba un alcance excesivamente estricto al principio de jurisdicción rogada en lo contencioso-administrativo. Este cambio, constitucionalmente impuesto y de gran calado, se refleja nítidamente en un pronunciamiento reciente del Consejo de Estado, en el cual la Sección Segunda – Subsección “B” de esta Corporación, recurriendo a los pronunciamientos de la Corte Constitucional y dando aplicación directa a los mandatos de la Carta, rechazó expresamente una postura restrictiva que limitaba las facultades garantistas del juez

¹⁹ Radicado interno 1085-2010, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

contencioso-administrativo en materia de control de las decisiones disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación con base en el principios de jurisdicción rogada, y adoptó en su reemplazo una postura jurisprudencial que exige a las autoridades jurisdiccionales realizar, en tanto obligación constitucional, **un control sustantivo pleno que propenda por materializar, en cada caso concreto, el alcance pleno de los derechos establecidos en la Constitución.**

(...)

El hecho de que el control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos disciplinarios es un control pleno e integral, resulta confirmado por la amplísima jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de procedencia de la acción de tutela, en la cual se ha explícitamente afirmado que las acciones ante la jurisdicción contenciosa –en nulidad o nulidad y restablecimiento- son, en principio, los medios judiciales idóneos para proteger los derechos fundamentales de quienes estén sujetos a un proceso disciplinario. En efecto, la Corte Constitucional en jurisprudencia repetitiva ha explicado que los actos de la procuraduría son actos administrativos sujetos a control judicial por la jurisdicción contenciosa, regla que ha sido aplicada en incontables oportunidades para examinar la procedencia de la acción de tutela en casos concretos, en los que se ha concluido que ante la existencia de otros medios de defensa judicial, la tutela se hace improcedente salvo casos de perjuicio irremediable –que por regla general no se configuran con las decisiones sancionatorias de la procuraduría-. Se puede consultar a este respecto la sentencia T-1190 de 2004, en la cual la Corte afirmó que el juez de tutela no puede vaciar de competencias la jurisdicción contencioso-administrativa, encargada de verificar la legalidad de los actos administrativos proferidos por la Procuraduría en ejercicio de sus potestades disciplinarias. La lógica jurídica aplicada por la Corte Constitucional al declarar improcedentes acciones de tutela por ser idóneos los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho para ventilar las pretensiones de anulación de decisiones disciplinarias por violación de la Constitución, es la misma lógica jurídica que sustenta el ejercicio de un control más que meramente formal por la jurisdicción contencioso-administrativa sobre estos actos administrativos.

(...)

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, salvo aquellos límites implícitos en el texto mismo de la Constitución y en las normas legales aplicables. Las argumentaciones de la Procuraduría a través de sus representantes y apoderados que puedan sugerir lo contrario - v.g. que el control judicial es meramente formal y limitado, o que las decisiones disciplinarias de la Procuraduría tienen naturaleza jurisdiccional- no son de recibo por ser jurídicamente inaceptables y conceptualmente confusas.” (Lo resaltado es del texto original).

Bajo esta nueva óptica doctrinaria es notorio que no le asiste razón, ni a la entidad demandada en su contestación ni al Ministerio Público en su concepto, porque – *parapetados en posiciones jurisprudenciales anteriores*- continúan sosteniendo que el control que ejerce esta Jurisdicción es meramente formal, y que le está vedado analizar y sopesar las pruebas que fueron recaudadas dentro del proceso disciplinario, aduciendo que la autoridad administrativa disciplinaria es la única con atribución para ello.

Hechas las anteriores anotaciones jurisprudenciales y resaltados ciertos elementos probatorios, procede la Sala a definir los motivos de disconformidad con los fallos disciplinarios cuestionados.

RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS.

Los motivos de divergencia -**los cargos**- del actor con los fallos cuestionados, se contraen a: **1)** estimar que el conflicto de intereses contemplado en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, en su caso no está demostrado su “*interés particular y directo*”, y **2)** que la acción disciplinaria desplegada con ocasión de la orden de servicios No.144 del 24 de mayo de 2005, y del accidente de tránsito ocurrido el 21 de junio de 2005 en la que estuvo involucrado un vehículo oficial cuyo SOAT estaba vencido, se hallaba prescrita, porque el fallo de segunda instancia sólo se profirió el 23 de agosto de 2010, y los 5 años de prescripción por esos hechos se cumplieron el 24 de mayo y el 21 de junio de 2010, respectivamente.

PRIMER CARGO. Como aspecto previo a definirlo, la Sala considera pertinente ilustrar un marco teórico de la regulación de la figura del conflicto de intereses

consagrado en la Ley 734 de 2002, y para ello nada mejor que transliterar -por su claridad- el análisis hecho por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 17 de mayo de 2007²⁰, así:

“3. 2. Regulación general del conflicto de intereses en la ley 734 de 2002 – Código Disciplinario Único.

Si bien el conflicto de intereses tiene consagración constitucional en el caso específico de los congresistas, normas de jerarquía legal lo prevén tanto en algunos regímenes especiales -congresistas, concejales, servidores judiciales- como con alcance general para todos los servidores públicos.

En efecto, el Código Disciplinario Único establece normas conforme a las cuales los servidores públicos han de ejercer sus funciones y, entre ellas, determina el alcance del régimen disciplinario dentro del marco de la función pública, según se lee en el artículo 22 de la ley 734 de 2002:

“Artículo 22. Garantía de la función pública. *El sujeto disciplinable, para salvaguardar la **moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia** que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, **impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.**”*

Es claro entonces que, el legislador impone al servidor público deberes positivos de conducta y, de la misma forma, consagra prohibiciones, impedimentos inhabilidades o situaciones de conflicto de intereses que imponen deberes negativos o conductas en las que no debe incurrirse, con el mismo propósito de preservar la observancia de los principios que gobiernan la función pública, todos ellos encaminados a garantizar la transparencia e imparcialidad del servidor público, así como la igualdad de trato del Estado frente a los administrados y a evitar que el interés privado o particular del servidor oriente su actuación.

Dentro de este contexto, el Código Disciplinario Único regula expresamente la institución del conflicto de intereses, en los siguientes términos:

“Artículo 40. Conflicto de intereses. *Todo servidor público deberá declararse impedido para **actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.***

*Cuando el interés general, propio de la función pública, **entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.**”*

²⁰ Radicación 1822, CP Dr. Gustavo Aponte Santos.

De la disposición anterior, se desprenden los siguientes elementos:

(i) Los **Destinatarios**, son todas aquellas personas que tengan la calidad de servidores públicos, que en los términos constitucionales (art. 123) comprende a los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios,...

(ii) El **Supuesto objetivo del conflicto**, está constituido por el carácter irreconciliable del interés particular con el interés general, que afecta los principios de imparcialidad, transparencia y de igualdad de trato de la administración frente a los administrados, y tienen lugar cuando aparecen situaciones particulares que impiden al servidor actuar conforme al interés público, como lo demanda el ordenamiento,...

Nótese que el artículo 40 analizado, resulta reiterativo frente a la causación objetiva del conflicto, en la medida en que tanto en su inciso 1° al determinar sus elementos esenciales, como en el 2° al hacer ver la oposición entre el interés particular y el general propio de la función pública, establece la prevalencia de éste sobre el primero y, sobre dicho supuesto concibe la consecuencia jurídica, esto es, el deber de declararse impedido.

(iii) Debe existir un **interés particular y directo** del servidor público, o también **indirecto** cuando lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho, de modo que el conflicto se estructura no sólo por configurarse alguno de los supuestos de hecho respecto del servidor, sino también respecto de sus allegados.

(...)

(iv) Debe tratarse de un **asunto específico**, esto es, que el conflicto ocurra frente a una situación o actuación particular y concreta, pues no es dable predicarla de situaciones hipotéticas generales y abstractas, en donde no es posible identificar los elementos objetivos y subjetivos de las situaciones que entran en conflicto.

(v) En cuanto a la **actuación** respecto de la cual se concreta el conflicto, ella ha de producirse en el ejercicio de las funciones que tengan relación con la **regulación, gestión, control o decisión** en un asunto específico, de manera que el interés del servidor o sus allegados ha de producirse en relación con cualquiera de las funciones referidas.

(vi) El conflicto debe ser **actual y cierto**, pues la sola eventualidad de su ocurrencia futura o el hecho de que su configuración dependa de otras situaciones, hechos o actos, impide su estructuración.

Así, el interés debe ser real y cierto para que se configure el conflicto, pues un interés futuro o eventual no tiene la característica de existencia requerida por la ley 734 de 2002. Del mismo modo, desde la perspectiva subjetiva del servidor público o la esfera de su convicción íntima, puede afirmarse que el conflicto ha de aparecer de tal manera grave, que pueda afectar su discernimiento o imparcialidad al punto de separarlo del interés general y llevarlo al propio beneficio o el de sus allegados.

Lo anterior no significa que el conflicto de intereses no pueda darse o no tenga lugar, en los casos de expedición de actos en los que intervienen distintas autoridades, pues en relación con cada servidor público podría presentarse la situación de conflicto respecto de su actuación en alguna de las etapas de formación del acto, y en tal evento, los presupuestos normativos del conflicto podrían tener ocurrencia.

Bajo esta perspectiva, estima la Sala que en aquellos casos en que la participación del señor... se produce en relación con actos jurídicos que requieren decisiones de otras autoridades o de órganos colegiados, la configuración eventual del conflicto debe analizarse en relación con su respectiva actuación.

(vii) Es de **carácter preventivo**, pues ante la situación de conflicto el legislador ofrece el mecanismo de la declaratoria de impedimento para separarse del conocimiento del asunto con el fin de evitar la actuación contraria al interés público, y con ello la imposición de sanciones.

(viii) La **consecuencia jurídica** es el deber de **declararse impedido.**" (Lo resaltado es del texto original)

Está probado que el demandante se desempeñó como Secretario General y Administrativo del Municipio de Providencia y Santa Catalina, entre el 1º de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2007, y que mediante el Decreto No.070 del 12 de mayo de 2004 el Alcalde delegó en esta secretaría competencia para suscribir contratos hasta una cuantía equivalente a 25 SMLMV. Igualmente esta corroborado que en tal condición el Sr. BARTOLOMÉ ANTONIO TAYLOR JAY firmó -en representación del ente territorial- las órdenes de Prestación de Servicios No.144 del 24 de mayo de 2005 y No. 055 del 19 de enero de 2006; que quien figura como contratista en ambas es la Sra. LORENZA JAY ARCBOLD, y que entre ambos existe un parentesco de consanguinidad en tercer grado, como quiera que la contratista es su tía.

Ahora, el actor argumenta que no incurre en conflicto de intereses porque no está probado su *interés particular y directo*, sin embargo olvida que la norma también dispone que el mismo se genera cuando tenga interés en el asunto un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, y el grado de parentesco entre él y la contratista-tía es en tercer grado, lo que, conforme el concepto citado, quiere decir que existía un **interés indirecto**. De ahí que la única vía para que no hubiera incurrido en la falta, era cumplir con el deber de haberse declarado impedido para firmar los mencionados acuerdos contractuales, lo que no hizo.

Es más, no puede perderse de vista que la segunda instancia -de manera oficiosa-

varió en beneficio del actor el grado de culpabilidad en la comisión de esta falta, pues de **dolo** como lo había dispuesto el *a quo*, la pasó a considerar cometida con **culpa gravísima**, al estimar que incurrió en ella por **ignorancia supina**²¹, que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es “[l]a que procede de negligencia en aprender o inquirir lo que puede y debe saberse”. Situación que incidió favorablemente en la dosimetría de la sanción, pues el *ad quem* modificó la suspensión de seis (6) meses con inhabilidad especial de doce (12) meses impuesta por la primera instancia, a cinco (5) meses con inhabilidad especial por el mismo término.

Igualmente resalta la Sala, como también lo manifestó la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal al resolver la apelación, que la primera instancia fue generosa con el implicado al considerar que se trató de una falta GRAVE, cuando lo cierto es que -conforme lo dispuesto en el numeral 17 del artículo 48²² de la Ley 734 de 2002- se trataba de una FALTA GRAVÍSIMA; pero al *ad quem* no le era viable modificar la calificación de la falta hecha por el *a quo*, en virtud de la *reformatio in pejus*, como lo dejó dicho en su fallo.

Resultado de lo esbozado, no prospera el cargo.

SEGUNDO CARGO. Como está relacionado con el tema de la prescripción de la acción disciplinaria, es necesario señalar que la Sala Plena del Consejo de Estado en Providencia del 29 de septiembre de 2009²³, unificó las divergentes posturas sobre la materia, que existían en cada una de las Secciones. Conforme este pronunciamiento la sanción se impone de manera oportuna si, dentro del término asignado para ejercer la potestad disciplinaria, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa, esto es, el que contiene la decisión primigenia y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa. En lo pertinente señaló la Sala Plena:

²¹ Dice la parte inicial del párrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002: “Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina,…”

²² Dice el numeral 17 del artículo 48:

“ARTÍCULO 48. **FALTAS GRAVÍSIMAS.** Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y **conflicto de intereses**, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.” (Resaltado y subrayas no son del texto original)

²³ Radicación 2003-00442-01 (S), CP Dra. Susana Buitrago Valencia.

“Bajo este hilo conductor, y en la necesidad de unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, asunto que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia jurídica a la Sala Plena, a continuación se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración.

Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado. Así, la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto.

La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas y regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la administración, luego de tramitarla, define la investigación y expide el acto que impone la sanción. La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado con la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuestos para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada.

Afirmar que la administración, además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del término de cinco años a partir del acto constitutivo de la falta la actuación administrativa sancionatoria también está obligada dentro de ese lapso a resolver los recursos de la vía gubernativa e incluso a notificar el acto que resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla y permite, finalmente, dejar en manos del investigado, a su arbitrio, la determinación de cuándo se "impone" la sanción, porque en muchas ocasiones es del administrado de quien dependen las incidencias del trámite de notificación de las providencias.

En este orden de ideas, en el sub examine es evidente que el fallo suplicado interpretó de forma errónea el artículo 12 de la Ley 25 de 1974 con las modificaciones que le introdujo el artículo 6 de la ley 13 de 1984, porque le otorgó un equivocado entendimiento al considerar el alcance del término de prescripción de la acción administrativa disciplinaria hasta comprendida la notificación del acto administrativo que resuelve el último recurso de la vía gubernativa. Por el contrario, imponer la sanción disciplinaria dentro del término de cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, significa que, como máximo, dentro de dicho plazo debe la autoridad pública expedir y notificar el acto administrativo principal, es decir, el acto primigenio que resuelve y que pone fin a la actuación administrativa disciplinaria” (Subrayas ajenas al texto original).

Sostiene el demandante que la acción disciplinaria, generada con ocasión de la suscripción de la orden de prestación de servicios No.144, suscrita el 24 de mayo de 2005, y del accidente de tránsito ocurrido el 21 de junio de 2005, en el cual se vio envuelto vehículo oficial cuyo SOAT no se hallaba vigente, **estaba prescrita**, porque el fallo de segunda instancia se expidió el 23 de agosto de 2010, y los cinco (5) años de dicha actuación se cumplieron, en su orden, el 24 de mayo y el 21 de junio de 2010.

Partiendo de la premisa sentada en la sentencia de unificación desde el año 2009, que no ha variado al día de hoy, es palmario que **no le asiste la razón al demandante**, como quiera que la notificación del fallo de primera instancia fue hecha el 9 de marzo de 2010 (fl.351), es decir dentro del término de los cinco (5) años, contados a partir de la consumación de los hechos que generaron las faltas²⁴, es decir, contados desde el 24 de mayo y 21 de junio de 2005.

Por ende este cargo tampoco prospera.

Conclusión.

Sumado al fracaso de los cargos, lo que observa la Sala es que dentro proceso disciplinario no existió vulneración del derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 Superior), en ninguna de sus aristas, y que la sanción impuesta, no sólo fue proporcionada, sino propicia, dada las faltas en que incurrió el actor.

Corolario de lo anterior, y que la presunción de legalidad que ampara los actos cuestionados sale incólume, la única opción que se impone es desestimar las pretensiones de la demanda.

No se condena en costas a la parte actora, tal y como lo pide la accionada, como quiera que no se avizoró temeridad o mala fe en su proceder.

Decisión

²⁴ El inciso primero del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, antes la reforma introducida por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, con respecto al término de prescripción de la acción disciplinaria, decía:

“Artículo 30. La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto”

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

Primero.- NEGAR las pretensiones de la demanda dentro del proceso promovido por el Sr. BARTOLOMÉ ANTONIO TAYLOR JAY contra la NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Segundo.- RECONOCER personería para actuar en representación de la Procuraduría General de la Nación al Dr. ROLANDO GONZÁLEZ GARCÍA, conforme poder que obra a folio 502.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada, **ARCHÍVESE** el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO