

**POTESTAD DISCIPLINARIA - Finalidad / SERVIDOR PUBLICO - Cumplimiento de los deberes y responsabilidades / DERECHO DISCIPLINARIO - Valora la inobservancia del ordenamiento superior y legal vigente / CONTROL DISCIPLINARIO - Garantía del cumplimiento de los fines y funciones del estado / CONSTITUCION POLITICA – Fuente primaria del derecho disciplinario / CONTROL PLENO E INTEGRAL – Ejercido por la jurisdicción contencioso administrativo**

En la organización Estatal constituye elemento vital para la realización efectiva de los fines esenciales de nuestro Estado Social de Derecho, la atribución para desplegar un control disciplinario sobre sus servidores públicos, atendiendo la especial sujeción de éstos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de la Función Pública; como quiera que el cumplimiento de los deberes y las responsabilidades por parte de los servidores públicos, se debe efectuar dentro de la ética del servicio público, con acatamiento a los principios de moralidad, eficacia, eficiencia, y demás principios que caracterizan la función pública administrativa, establecidos en el artículo 209 Superior, y que propenden por el desarrollo íntegro de la aludida función, con pleno acatamiento de la Constitución, la ley y los reglamentos. 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. 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. Por ello, 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.

**REGIMEN DISCIPLINARIO – Conductas constitutivas de falta disciplinaria / FALTA DISCIPLINARIA – Tipos abiertos / NORMA DISCIPLINARIA – Complemento normativo / DERECHO DISCIPLINARIO – Derecho del investigado**

En lo que se refiere a la tipicidad en materia disciplinaria, debe anotarse que las faltas se hallan enmarcadas de manera amplia en tipos que, generalmente, son en blanco o de reenvío, por ello se hace necesario armonizarlos con otras disposiciones, que pueden encontrarse en la Constitución, la ley, los reglamentos, manuales de procedimiento, instructivos, entre otros. La Corte Constitucional en reiteradas decisiones ha expuesto que el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en *tipos abiertos*, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los Servidores Públicos. Por lo tanto, las normas disciplinarias tienen un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos.

**PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Finalidad / PAGO DEL DINERO QUE AFECTA EL ERARIO – No afecta la iniciación del proceso disciplinario**

Vale decir que el proceso de Responsabilidad Fiscal tiene un carácter indemnizatorio, su fin último y único es la reparación del patrimonio público que resulte comprometido o menoscabado por el comportamiento del servidor público; entre tanto, la acción disciplinaria tiene como propósito que el deber funcional atribuido al servidor público, se cumpla dentro de los cánones de la legalidad, buscando la salvaguarda de los principios que rigen la Función Pública Administrativa consagrados en el artículo 209 de la Carta Política. Por lo tanto, hay lugar al reproche desde la óptica disciplinaria, cuando el proceder del servidor, además de estar tipificado como falta, afecte el deber funcional sin justificación alguna y se realice de manera dolosa o culposa

**FALTA DISCIPLINARIA – Acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – No genera relación laboral ni prestaciones sociales / ALCALDE MUNICIPAL – No puede pactar el pago de prestaciones sociales de un contrato de prestación de servicios**

El artículo 32, numeral 3º, de la Ley 80 de 1993, define el contrato de prestación de servicios que celebran las entidades estatales, y de manera categórica en el inciso final del citado numeral dice: “En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales...”. La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los apartes resaltados, a través de la sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, MP Dr. Hernando Herrera Vergara, “salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada”. Por lo tanto, cuando el legislador utilizó en el inciso 2º del numeral 3 del artículo 32 de la citada ley la expresión “*En ningún caso...generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales*”, no consagró una presunción de *iure* o de derecho, que no admite prueba en contrario, lo que significa que el afectado podrá demandar por la vía judicial el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones a que haya lugar, para lo cual deberá probar los tres elementos que hace presumir la existencia de una relación laboral, en especial la subordinación. Lo precedente deja en claro que un representante legal y ordenador del gasto de la entidad estatal, como lo es el Alcalde en el Municipio, al suscribir un contrato de prestación de servicios, no puede pactar el reconocimiento y pago de prestaciones laborales, como si de una relación laboral se tratara. De hacerlo, no sólo se desnaturaliza este tipo de contrato, sino que se vulnera de manera manifiesta la disposición citada, con lo cual se viola un deber funcional y se incurre en una prohibición legal.

**FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 32 NUMERAL 3**

**FALTA GRAVISIMA - Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual en detrimento del patrimonio público / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Reconocimiento de prestaciones sociales / PRINCIPIO DE ECONOMIA – Vulneración**

Dispone el artículo 48, numeral 31, del C.D.U., que constituye falta gravísima: “Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.”. Confrontando la situación fáctica y lo que emerge de lo probado, con el marco legal mencionado, para esta Colegiatura es incuestionable, como lo fue

para las autoridades disciplinarias, tanto de primera como de segunda instancia, que el Sr. José de Jesús Ortiz Duarte, en su condición de Alcalde del Municipio de Hatonuevo (La Guajira), cuando suscribió -con el Sr. Víctor Edgar Brito Iguarán como contratista-, el contrato administrativo de prestación de servicios No. 050 del 8 de febrero de 2003, y pactó no sólo el pago de unos honorarios, sino el reconocimiento de prestaciones sociales -que fueron efectivamente pagadas-, incurrió en la falta gravísima establecida en el citado numeral el artículo 48 del C.D.U., ya que su participación en la actividad contractual, a fe de esta Corporación, lo fue en detrimento del erario y en contravía de la disposición del Estatuto de Contratación Pública, comprometiendo de paso el principio de economía consagrado en el artículo 209 Superior.

**FUENTE FORMAL:** LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 48 NUMERAL 31 /  
CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 209

## **CONSEJO DE ESTADO**

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

#### **SECCIÓN SEGUNDA**

#### **SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN**

Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de dos mil catorce (2014)

**Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00187-00(0765-12)**

**Actor: JOSÉ DE JESÚS ORTIZ DUARTE.**

**Demandada: LA NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.**

Conoce la Sala en **única instancia** del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por el Sr. JOSÉ DE JESÚS ORTIZ DUARTE contra la NACIÓN- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

## **ANTECEDENTES**

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establecida en el artículo 85 del C.C.A., el actor presentó demanda<sup>1</sup> con el propósito de obtener la

---

<sup>1</sup> El escrito de la demanda inicial se ve a fls.1-7 cuaderno uno. Presentada el 19 de diciembre de 2007. El 18 de enero de 2008, presenta escrito sustituyendo en su integridad la demanda inicial (fls.160-168 del mismo cuaderno).

**Advertencia:** Cuando se mencionen folios y no se cite el cuaderno, debe entenderse que hacen parte del uno.

nulidad de los fallos de primera y segunda instancia, del 28 de junio de 2006 y 28 de septiembre de 2007, expedidos respectivamente por la Procuraduría Regional de la Guajira y la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, así como la decisión del 19 de diciembre de 2007, por la cual el Procurador General de la Nación revocó parcialmente los anteriores y le impuso sanción disciplinaria de suspensión por diez (10) meses, convertida en multa, en su condición de Alcalde Municipal de Hatonuevo - Guajira.

A título de restablecimiento solicita se ordene: i) se cancele el registro de la sanción ante la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación; así como la devolución de la multa en caso de haberla pagado; ii) condenar en costas a la demandada y dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

**Los hechos soporte de lo pretendido se resumen así:**

Que con sustento en informe remitido por la Gerencia Departamental Guajira de la Contraloría General de la República, el Procurador Regional de este Departamento expidió Auto de 7 de octubre de 2004, por el cual abre investigación en su contra, en su condición de Alcalde del Municipio de Hatonuevo (La Guajira), por las presuntas irregularidades en la celebración del contrato de prestación de servicios No. 050 de 2003, suscrito con el Sr. Víctor Egidio Brito Iguarán como contratista.

Expone que luego de haber transcurrido más de 16 meses, violando el término legal de 6 meses de que habla el artículo 156 del C.D.U., el 28 de febrero de 2006 el Procurador Regional le formuló pliego de cargos, porque en la celebración del contrato de prestación de servicios mencionado, dispuso reconocer prestaciones sociales a favor del contratista, lo que va en contravía de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Informa que por intermedio del defensor que le fue asignado, presentó escrito de descargos el 3 de mayo de 2006, y la Procuraduría Regional, “sin suficiente respaldo probatorio”, el 28 de junio de 2006 profiere decisión de primera instancia, lo declara disciplinariamente responsable y le impone sanción de destitución con inhabilidad general de 10 años para ejercer funciones públicas.

---

Indica que contra la decisión anterior, el 11 de julio de 2006 interpuso recurso de apelación, y la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal a través de fallo del 28 de septiembre de 2007 lo resolvió, modifica lo resuelto en la primera instancia, variando la sanción a suspensión por 12 meses e inhabilidad especial por el mismo término.

Finalmente señala que solicitó al Procurador General de la Nación la revocatoria directa de los fallos de primera y segunda instancia, petición que fue resuelta el 19 de diciembre de 2007 revocando parcialmente y, en su lugar, dispuso sanción de suspensión de 10 meses, convertida en multa.

**Normas violadas y concepto de violación.**

Como vulneradas menciona: Artículos 6, 29, 40 y 53 de la Constitución Política. Artículos 4, 9, 20, 21, 48-31, 128, 156 y 163 de la Ley 734 de 2002. Artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Arguye que con los actos demandados se vulneran las normas constitucionales invocadas, porque no se garantizó el derecho al debido proceso -como núcleo esencial de los derechos de defensa y contradicción-, porque examinada la actuación administrativa disciplinaria, se *“observa que la conducta atribuida al disciplinado es ATÍPICA”*, al no encajar su proceder en la falta gravísima consagrada en el artículo 48, numeral 31, en concordancia con el artículo 32-3 de la Ley 80 de 1993, como lo hizo la primera instancia. Y que no obstante reconocer la segunda instancia, al decidir la apelación, que *“con su conducta no violó la normatividad contractual y disciplinaria endilgada como transgredida, califica la falta como grave, en lugar de gravísima, en contradicción con su inferior funcional y modifica la sanción, sustituyéndola por suspensión de doce (12) meses e inhabilidad especial”*. Sumado que la segunda instancia reconoce la inexistencia de un documento físico, desde el cual se pueda afirmar que las prestaciones sociales pactadas hayan sido efectivamente pagadas al contratista, sin embargo infiere que dicho pago se realizó porque el encartado así lo aceptó en sus descargos y la suma correspondiente por este concepto (\$477.500), fue devuelta al Municipio; pero ello -aduce-, no constituye plena prueba que exige la ley para deducir responsabilidad disciplinaria y sancionar.

Expone que no se observó en el auto de cargos la exigencia del artículo 163 del

C.D.U., en lo que respecta a la descripción y determinación de la conducta investigada, al no indicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó, además que no especificó en cuál de las dos modalidades que consagra el artículo 48-31 *ibídem* incurre en la falta, si lo era en la etapa precontractual o contractual.

Culmina aseverando que en toda la actuación disciplinaria “se vulneró de manera flagrante el debido proceso”, aunado el desconocimiento de los términos de la investigación previstos en el artículo 156 del referido código.

### **TRÁMITE DEL PROCESO**

La demanda inicial fue presentada el 19 de diciembre de 2007 ante los Juzgados Administrativos de Riohacha (Reverso fl.7), y su conocimiento correspondió al Juzgado segundo Administrativo de dicha ciudad (fl.158). El 18 de enero de 2008 la parte actora, amparado en lo dispuesto en el artículo 88 del C.P.C., sustituyó en su integridad la demanda (fls.160-168), la que fue admitida el mismo día (fl.183-184). Por Auto del 13 de noviembre de 2008 se abre el proceso a pruebas (fl.203), y el 31 de marzo de 2011 el Juzgado profiere sentencia negando las pretensiones de la demanda (fls.1-16 C.2). Esta decisión es apelada, y el Tribunal Administrativo de la Guajira, mediante Proveído del 25 de enero de 2012, amparado en providencia del Consejo de Estado<sup>2</sup>, declara la nulidad de lo actuado en el Juzgado de primera instancia y dispone su remisión a esta Corporación a quien corresponde conocer en única instancia (fls.40-46 C.2).

Una vez llega el expediente al Consejo de Estado, por reparto es asignado su conocimiento al despacho del suscrito, que a través de providencia del 30 de octubre de 2012 admite la demanda, ordena notificarla, pero no se dispone solicitar envío de los antecedentes administrativos de los actos acusados, porque ya reposan en el expediente (fls.50-52 C.2). La demanda es contestada en término por la accionada, de la que se hará su reseña en el siguiente aparte. A través de Auto del 25 de abril de 2013 se abre a pruebas (fls.83-85 C.2), y como no existían pendientes por practicar o incorporar, se corre traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión.

---

<sup>2</sup> Auto del 4 de agosto de 2010, radicado interno 1203-10, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>3</sup>**

La Procuraduría General de la Nación, a través de apoderado, dio contestación en término a la demanda, oponiéndose a las pretensiones, por cuanto los actos objeto de cuestionamiento se expedieron en cumplimiento de las normas constitucionales y legales que gobiernan el proceso disciplinario.

Expone que en la demanda no se aduce, ni prueba, ninguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 84 del C.C.A., y que lo que busca el actor es revivir el debate procesal y probatorio, referente a la valoración de las pruebas y a la adecuación de sus conductas, lo que no es factible, como quiera que la intervención de la jurisdicción es meramente dirigida hacia una valoración formal, pues el Juez no interpreta la ley disciplinaria ni puede valorar las pruebas que se presentaron dentro del trámite disciplinario.

Que se cumplieron los presupuestos probatorios para sancionar y que se garantizó el debido proceso, señalando que la prolongación en el tiempo de ciertas etapas procesales no constituye causal para declarar la nulidad de los actos cuestionados.

Culmina anotando su oposición a las pruebas aportadas por el accionante, porque -dice- con ellas se busca revivir la oportunidad del debate propio del proceso disciplinario.

Propone como excepción la genérica.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Las partes no presentaron alegatos de conclusión.

El Ministerio Público no rindió concepto.

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

### **CONSIDERACIONES**

---

<sup>3</sup> Escrito de contestación ante este despacho, visible a fls.71-81 C.2.

En esta ocasión debe establecerse si a través de los actos demandados, que imponen al demandante sanción disciplinaria de suspensión por diez (10) meses, convertida en multa, en su condición de Alcalde Municipal de Hatonuevo (Departamento de la Guajira), se le vulneró su derecho al debido proceso, o si por el contrario se hallan ajustados a la legalidad.

Previo a asumir la resolución de los motivos de disconformidad contra los actos demandados, se hará una breve descripción del material probatorio que obra dentro del plenario; luego, la Sala hará algunos apuntes destacando la facultad disciplinaria del Estado y reiterará novedosa tesis asumida por esta Corporación, conforme la cual el control que ejerce esta jurisdicción, sobre el trámite y los actos administrativos disciplinarios, es pleno e integral, sin que ello lo convierta en una tercera instancia.

Como hechos probados, tenemos:

- De la auditoría realizada en el año 2004 por la Gerencia Departamental Guajira de la Contraloría General de la República, al Municipio de Hatonuevo (Guajira), con fecha de reporte 19 de agosto de 2004, se desprende que el Alcalde para ese entonces, y hoy demandante, incurrió en un hecho presuntamente irregular al suscribir el contrato de prestación de servicios No. 050 de 2003, con el Sr. Víctor Egidio Brito Iguarán, por desconocer lo consagrado en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, cuando pactó el pago de prestaciones sociales al contratista por un monto de \$477.500, los que fueron efectivamente cancelados, y que dicho proceder, además de la incidencia fiscal por el menoscabo al patrimonio público, podría tener incidencia disciplinaria por infringir el marco legal (fls.12-22).

- A fls. 23-25 se ve Orden de Prestación de Servicios No. 050 del 8 de agosto de 2003, suscrita entre el Sr. José de Jesús Ortiz Duarte, Alcalde del Municipio de Hatonuevo, y el Sr. Víctor Egidio Brito Iguarán, como contratista, cuyo objeto consistió en *“la prestación de los servicios como auxiliar de interventoría en las obras del Municipio”*, por un término de 3 meses. En su cláusula sexta se acordó que, además de honorarios por \$2.742.314, al contratista se le pagaría la suma **de \$188.755 “por concepto de cesantías”, mas \$5.662 “por intereses de Cesantías, más \$94.368 “como Prima de Servicio” y \$188.735 “como Prima de Navidad”**, que arroja un total por prestaciones de \$477.500.

- Por Auto del 7 de octubre de 2004 que se ve a fls.31-33, la Procuraduría

Regional de la Guajira ordena abrir investigación disciplinaria contra el hoy actor, y en su parte inicial señala que a través de Oficio No. 80440-499 del 20 de septiembre de 2004 le fue remitido el hallazgo con presunta incidencia disciplinaria, con ocasión del aludido contrato de prestación de servicios; dispuso la práctica de pruebas, ordenando tener como tales los documentos aportados por la Contraloría. Decisión notificada personalmente al implicado el 26 de noviembre de 2004 (fl.43)

- A fl.42 aparece copia autenticada del acta de elección del accionante, como Alcalde del mencionado ente territorial para el periodo comprendido entre el 19 de junio de 2003 y el 24 de septiembre de 2004. Acta que hizo llegar a la Procuraduría Regional de la Guajira, la Registraduría del Estado Civil mediante Oficio del 8 de noviembre de 2004, que se ve a fl. 41. Y a fl. 40 figura acta de posesión ante la Notaría Única del Municipio de Hatonuevo, de fecha 18 de junio de 2003.

- El 28 de febrero de 2006 se dicta Auto de cargos (fls.67-72), y del mismo, luego de relacionar la prueba acopiada, se desprende que la conducta atribuida al investigado es: **i) "Imputación fáctica"**, por haber suscrito orden de prestación de servicios No. 050 de 2003, reconociendo en la misma relación laboral y prestaciones sociales al contratista; **ii) "Imputación jurídica"**, ya que con el citado contrato, se estaría contrariando el artículos 48 numeral 31, concordante con los artículos 26- 2, 34-1 y 2, 35-1, de la Ley 734 de 2002, y el artículo 32-3 de la Ley 80 de 1993; **iii) "Imputación subjetiva"**, actuar con manifiesta violación de las leyes contractuales y disciplinarias mencionadas, que prohíben establecer en ese tipo de contratos relación laboral y pago de prestaciones sociales, y **iv) "Calificación de la falta"**, como gravísima según el numeral 31 del artículo 48 del C.D.U.

- A fls.75-78, aparece escrito de descargos que, por intermedio de su defensor, presentó el implicado<sup>4</sup>. Al cual adjunta: copia del acto de archivo del proceso de responsabilidad fiscal de la Contraloría General de la República- Gerencia

---

<sup>4</sup> En el que sostiene, entre otras cosas, **i)** que la firma de la O.P.S., no fue por ignorancia del encartado, "*sino más bien por falta de cuidado al verificar la información contenida en la orden que firmaba*", por lo cual *-sostiene- su actuar "está desprovisto del elemento culpa, por ausencia de voluntad en el accionar..."; ii)* que "*está plenamente demostrado...que el daño al patrimonio público del Municipio de Hatonuevo fue plenamente resarcido, como quiera que el dinero pagado...por parte del Municipio en cuantía de...(\$477.500) M.L.C., fue debidamente devuelto a las arcas del mismo a través e la consignación efectuada el día 11 de febrero del año 2005, a la cuenta corriente No. 318027653 perteneciente al Municipio... en el banco de Bogotá...*", y que **iii)** por tal motivo la Contraloría cesó la acción fiscal, por lo tanto al no existir el presunto daño, sumada la ausencia de culpabilidad por ausencia de voluntad en el actuar del encartado, no existe mérito para continuar la investigación disciplinaria y solicita su archivo..

Departamental Guajira (fls.80-83), y copia de recibo de consignación por valor de \$477.500, de fecha 11 de febrero de 2005, en la cuenta corriente No 3180227653 del Banco de Bogotá, que hizo el Sr. Víctor Brito (fl.82).

- El 28 de junio de 2006 la Procuraduría Regional de la Guajira profiere fallo de primera instancia, imponiendo sanción de destitución e inhabilidad general por 10 años contra el Sr. José de Jesús Ortiz Duarte en su condición de Alcalde -para la época de los hechos- del Municipio de Hatonuevo (fls.87-98).<sup>5</sup>

- A fls.102-119, figura escrito de apelación contra la decisión anterior.

- El 28 de septiembre de 2007 la Procuraduría Delegada para Contratación Pública decide la apelación, y varía la sanción por suspensión de 12 meses e inhabilidad especial por el mismo término, y que como para ese momento no se hallaba ejerciendo cargo público el término de suspensión se convertiría en días de salario devengados para el momento de la comisión de la falta<sup>6</sup> (fls.127-134). Esta decisión fue notificada por edicto que se desfijó el 29 de octubre de 2007 (fl.148).

- A fls.169-182, obra acto del 19 de diciembre de 2007, expedido por el despacho del Procurador General de la Nación, a través del cual se revocan parcialmente los fallos de primera y segunda instancia, variando la sanción impuesta al actor por suspensión de 10 meses, sin inhabilidad especial.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> En esta decisión, luego de hablarse de los hechos materia de investigación, las pruebas existentes, de los descargos y los alegatos de conclusión, la Procuraduría Regional en las consideraciones deja en claro, que el hecho de haber sido absuelto fiscalmente por la devolución de la suma pagada por prestaciones sociales al contratista, no implica que ello conlleve a que no pueda adelantarse el proceso disciplinario, señalando el por qué, y deja en claro lo concerniente a la tipicidad e ilicitud sustancial de la conducta, anotando que incurre en la falta gravísima consagrada en el numeral 31 del artículo 48, cometida con culpa gravísima, ***“por violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento o desatención elemental”***, porque el encartado, en su calidad de Alcalde y máximo director de la actividad contractual, estaba en la obligación de conocer que ningún contrato de prestación de servicios genera relación laboral, por ende prestaciones laborales. Que conforme el criterio de graduación establecido en el literal f) del artículo 47 del C.D.U., se impone el mínimo de inhabilidad general de 10 años, en la medida que estaba probado que existió resarcimiento del daño causado.

<sup>6</sup> En esta decisión la segunda instancia deja en claro que: **i)** la conducta imputada en el cargo único formulado al disciplinado se halla probada, es decir, la descrita en el numeral 31 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, por cuanto participó en la actividad contractual -contrariando el marco legal y en detrimento del erario-; **ii)** le asiste la razón al *a quo*, cuando deslindó que una misma conducta del servidor público puede tener trascendencia fiscal y disciplinaria, y el hecho de cesar la fiscal no implica que no pueda adelantarse la investigación disciplinaria y sancionarse, porque en ésta no se reprocha en sí la generación de un daño, sino la infracción al deber funcional sin justa causa, como ocurrió en el caso concreto, independientemente que se genere o no un resultado lesivo; **iii)** el grado de culpabilidad debe ser a título de Culpa Grave y no Gravísima como lo estimo la primera instancia, ***“en atención a que el disciplinado incurrió en ella por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones”***, por ello la sanción procedente, ***“teniendo en cuenta que se demostró que el disciplinado incurrió en la falta gravísima descrita en el numeral 31 del artículo 48 de la ley 734 de 2002”*** y que como ***“la culpabilidad se modificó a título de culpa grave”***, es procedente imponer ***“la sanción de que trata el numeral 2 del artículo 44”*** de la citada ley, ***“consistente en suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial”***, por un término 12 meses de conformidad con el artículo 46 *ibidem*.

<sup>7</sup> Para modificar la sanción de suspensión de 12 meses con inhabilidad especial por el mismo término, a sólo suspensión de 10 meses, convertida en salarios devengada para la época de los hechos, el Procurador dice que: ***“al hacer la***

**Observación:** En la parte inicial de dicha decisión se dice que se precede “a decidir la revocatoria directa impetrada por el señor José de Jesús Ortiz Duarte, en su condición de Alcalde de Hatonuevo, Guajira, contra los fallos de 28 de julio de 2006 y 28 de septiembre de 2007, proferidos por la Procuraduría Regional de la Guajira y Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal...”.

#### **APUNTES DE LA SALA.**

**La potestad disciplinaria.** En la organización Estatal constituye elemento vital para la realización efectiva de los fines esenciales de nuestro Estado Social de Derecho, la atribución para desplegar un control disciplinario sobre sus servidores públicos, atendiendo la especial sujeción de éstos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de la Función Pública; como quiera que el cumplimiento de los deberes y las responsabilidades por parte de los servidores públicos, se debe efectuar dentro de la ética del servicio público, con acatamiento a los principios de moralidad, eficacia, eficiencia, y demás principios que caracterizan la función pública administrativa, establecidos en el artículo 209 Superior, y que propenden por el desarrollo íntegro de la aludida función, con pleno acatamiento de la Constitución, la ley y los reglamentos.

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.

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

---

*calificación final de la falta, el juez de segunda instancia, consideró que la conducta era atribuible a título de culpa grave y no de culpa gravísima y por tanto, dio aplicación al numeral 9 del artículo 43 de la Ley 734 de 2002, bajo cuyo tenor, la falta objetivamente considerada gravísima, cometida con culpa grave, será considerada grave”. Luego señala: “al momento de efectuar la dosificación, se acudió al artículo 44, numeral 2, ya que la sanción fue de suspensión convertida en salarios e inhabilidad por 12 meses, pero resulta que la norma aplicable era el numeral 3 de dicha disposición, por cuanto se trataba de una falta grave cometida a título de culpa, lo que debe lugar solamente a la suspensión”.*

necesidad de la sanción de las conductas que atenten contra los deberes que le asisten.

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

#### **Competencia del Juez administrativo en materia disciplinaria.**

En atención a que el ente demandado plantea en su contestación, que el control que ejerce esta Jurisdicción sobre los actos administrativos disciplinarios es simplemente formal, y que le está vedado, entre otras cosas, hacer valoración probatoria o sopesar elementos de juicio que el interesado presente en sede judicial, es apropiado reiterar reciente posición jurisprudencial de la Sección Segunda, en la que sin rodeo alguno asume que el control sobre dichos actos es pleno e integral, que no admite interpretaciones restrictivas, salvo aquellos límites implícitos en el texto mismo de la Constitución y en las normas legales aplicables.

En efecto, en decisión del 2 de mayo de 2013, la Sección Segunda, Subsección "A"<sup>8</sup>, planteó:

#### **"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

---

<sup>8</sup> Radicado interno 1085-2010, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

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

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

(...)

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).

Descrito el trámite disciplinario a través del material probatorio resaltado, hechos los breves apuntes relacionados con la potestad disciplinaria del Estado y que el control que ejerce esta jurisdicción sobre el acto disciplinario, no es simplemente formal, sino pleno e integral, procede esta Colegiatura a decidir el caso.

#### **EI CARGO Y SU RESOLUCIÓN.**

El motivo de disconformidad del actor -por el cual ataca las decisiones demandas-, es **violación al debido proceso**, al estimar que: **i)** su proceder es atípico, por no

encuadrar en la falta gravísima consagrada en el artículo 48, numeral 31, de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 32-3 de la Ley 80 de 1993; **ii)** existe insuficiencia probatoria para investigarle y sancionarle, ya que no hay plena prueba que el monto pactado en el contrato por concepto de prestaciones sociales haya sido efectivamente pagado al contratista, y que no bastaba que en los descargos se hubiera aceptado tal circunstancia, ante la ausencia de documento físico que así lo indicara; **iii)** se desconoce en el auto de cargos la exigencia del artículo 163 del C.D.U., en lo que respecta a la descripción y determinación de la conducta investigada, así como especificar en cuál de las dos modalidades que consagra el artículo 48-31 *ibídem* incurría, si lo era en la etapa precontractual o contractual, lo que limitó su derecho de defensa, y porque **iv)** se excedieron los términos establecidos en el artículo 156 del C.D.U., para realizar la investigación disciplinaria.

**A-** Para definir la arista **i)** del cargo, corresponde hacer las siguientes anotaciones preliminares:

En lo que se refiere a la tipicidad en materia disciplinaria, debe anotarse que las faltas se hallan enmarcadas de manera amplia en tipos que, generalmente, son en blanco o de reenvío, por ello se hace necesario armonizarlos con otras disposiciones, que pueden encontrarse en la Constitución, la ley, los reglamentos, manuales de procedimiento, instructivos, entre otros.

La Corte Constitucional en reiteradas decisiones ha expuesto que el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en *tipos abiertos*, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los Servidores Públicos. Por lo tanto, las normas disciplinarias tienen un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Sobre la vigencia del sistema de tipos abiertos y/o en blanco en el ámbito disciplinario, ver -entre otras- las sentencias: C-181 de 2002, MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-948 de 2002, MP Dr. Álvaro Tafur Galvis y C-030 de 20132, MP Dr. Luís Ernesto Vargas Silva.

En la última de las providencias mencionadas, dice la Corte:

Igualmente no hay duda en cuanto a que una misma conducta y/o proceder del servidor público puede tener, a la vez, incidencia disciplinaria, fiscal y penal, sin que la efectividad del trámite disciplinario penda de la existencia o resultado de las otras acciones. Ello está suficientemente ilustrado tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado desde hace bastante tiempo. Es más, explícitamente en la parte final del artículo 2º de la Ley 734 de 2002 se expresa que “[l]a acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta”.

En particular, vale decir que el proceso de Responsabilidad Fiscal tiene un carácter indemnizatorio, su fin último y único es la reparación del patrimonio público que resulte comprometido o menoscabado por el comportamiento del servidor público; entre tanto, la acción disciplinaria tiene como propósito que el deber funcional atribuido al servidor público, se cumpla dentro de los cánones de la legalidad, buscando la salvaguarda de los principios que rigen la Función Pública Administrativa consagrados en el artículo 209 de la Carta Política. Por lo tanto, hay lugar al reproche desde la óptica disciplinaria, cuando el proceder del servidor, además de estar tipificado como falta<sup>10</sup>, afecte el deber funcional sin justificación alguna<sup>11</sup> y se realice de manera dolosa o culposa<sup>12</sup>.

Así las cosas, es nítido que el hecho de existir una decisión de archivo de una acción fiscal, por el pago o reembolso que se realice del monto en que se afectó el

---

*“En consecuencia, el concepto jurídico de tipos abiertos en materia disciplinaria, hace referencia a una regulación genérica con una textura normativa abierta, que por tanto requiere de un complemento normativo para su interpretación y aplicación, y en consecuencia remite, para su determinación en concreto, a aquellas normas que consagren en concreto los deberes, obligaciones, mandatos o prohibiciones para los diferentes servidores públicos.*

*Respecto de los llamados tipos en blanco, ha considerado la Corte que se ajustan al principio de tipicidad y son admisibles constitucionalmente, en los casos en que el correspondiente reenvío normativo permita al operador jurídico establecer y determinar inequívocamente el alcance de la conducta reprochable y de la sanción correspondiente. Así, en principio es válido el establecimiento de tipos disciplinarios que ostentan un grado de determinación menor que los tipos penales, sin que ello signifique que la imprecisión definitiva en la descripción de la conducta sancionable conduzca a la violación del principio de tipicidad.”*

<sup>10</sup> Dispone el artículo 4º del C.D.U.:

*“Artículo 4º. **Legalidad.** El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización.*

<sup>11</sup> Consagra el artículo 5º de la ley disciplinaria:

*“Artículo 5º. **Ilicitud sustancial.** La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.”*

<sup>12</sup> Dispone el artículo 13 de la Ley 734 de 2002:

erario, de manera alguna conlleva la no iniciación o cesación del trámite disciplinario contra el servidor público. El hecho del reembolso, tal y como ocurrió en el caso que nos ocupa, sólo sirve dentro del proceso disciplinario como un factor atenuante para graduar la sanción, nada más.

Del artículo 27 de la Ley 734 de 2002 se desprende que las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones; y conforme el numeral 1º del artículo 34 y 35 *ibídem*, es deber de todo servidor público cumplir y hacer que se cumplan la constitución y las leyes, y les está prohibido incumplir los deberes contenidos en éstas.

El artículo 32, numeral 3º, de la Ley 80 de 1993, define el contrato de prestación de servicios que celebran las entidades estatales, y de manera categórica en el inciso final del citado numeral dice: **“En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales...”**.

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los apartes resaltados, a través de la sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, MP Dr. Hernando Herrera Vergara, “salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada”.

Por lo tanto, cuando el legislador utilizó en el inciso 2º del numeral 3 del artículo 32 de la citada ley la expresión *“En ningún caso...generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales”*, no consagró una presunción de *iure* o de derecho, que no admite prueba en contrario, lo que significa que el afectado podrá demandar por la vía judicial el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones a que haya lugar, para lo cual deberá probar los tres elementos que hace presumir la existencia de una relación laboral, en especial la subordinación.

Lo precedente deja en claro que un representante legal y ordenador del gasto de la entidad estatal, como lo es el Alcalde en el Municipio<sup>13</sup>, al suscribir un contrato de prestación de servicios, no puede pactar el reconocimiento y pago de prestaciones laborales, como si de una relación laboral se tratara. De hacerlo, no sólo se desnaturaliza este tipo de contrato, sino que se vulnera de manera

---

*“Artículo 13. Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa”*

<sup>13</sup> De conformidad con el numeral 3º, literal b), del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la Entidad respectiva, en el orden territorial, los alcaldes municipales.

manifiesta la disposición citada, con lo cual se viola un deber funcional y se incurre en una prohibición legal.

Ahora, dispone el artículo 48, numeral 31, del C.D.U., que constituye falta gravísima: “Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.”<sup>14</sup>.

Confrontando la situación fáctica y lo que emerge de lo probado, con el marco legal mencionado, para esta Colegiatura es incuestionable, como lo fue para las autoridades disciplinarias, tanto de primera como de segunda instancia, que el Sr. José de Jesús Ortiz Duarte, en su condición de Alcalde del Municipio de Hatonuevo (La Guajira), cuando suscribió -con el Sr. Víctor Edgar Brito Iguarán como contratista-, el contrato administrativo de prestación de servicios No. 050 del 8 de febrero de 2003, y pactó no sólo el pago de unos honorarios, sino el reconocimiento de prestaciones sociales -que fueron efectivamente pagadas-, incurrió en la falta gravísima establecida en el citado numeral del artículo 48 del C.D.U., ya que su participación en la actividad contractual, a fe de esta Corporación, lo fue en detrimento del erario y en contravía de la disposición del Estatuto de Contratación Pública, comprometiendo de paso el principio de economía consagrado en el artículo 209 Superior.

Observa la Sala que la divergencia de las instancias disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación, únicamente se presentó en relación al grado de culpabilidad con la que actuó el hoy accionante.

Para la primera instancia, que correspondió a la Procuraduría Regional de la Guajira, el actor había incurrido en la falta con culpa gravísima, “por violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento o desatención elemental”<sup>15</sup>, motivo por el cual la sanción que impuso fue destitución con inhabilidad general de 10 años. Para la segunda instancia, que ejerció la Procuraduría Delegada para la

---

<sup>14</sup> El aparte que aparece en cursiva fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-818 de 2005, MP Dr. Rodrigo Escobar Gil, en el entendido que la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios.

<sup>15</sup> Así se lo dijo textualmente en su decisión, y se ve a fl.93.

Dispone la parte inicial del párrafo del artículo 44 de la Ley 734: “**Habrà culpa gravísima cuando se incurra en la falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.**” (Resalta la Sala).

Contratación Estatal, la culpabilidad del implicado fue a título de culpa grave y no gravísima “en atención a que el disciplinado incurrió en ella por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones”<sup>16</sup>, razón por la cual varió la sanción a suspensión por 12 meses con inhabilidad especial por el mismo término.

Y, a su vez, el despacho del Procurador General de la Nación<sup>17</sup> de entonces, atendiendo solicitud de revocatoria directa de los fallos de primera y segunda instancia, formulada por el sancionado, aceptó tal pedimento y dispuso la modificación de la sanción impuesta por la segunda instancia, variando la suspensión de 12 meses con inhabilidad especial por el mismo término, a simple suspensión por 10 meses sin inhabilidad especial, convertible en multa, equivalente a los salarios percibidos por el actor como alcalde para la época de los hechos.

Visto así el panorama, es diáfano que no le asiste la razón al demandante en lo que corresponde a esta cara del cargo, relacionada con la supuesta atipicidad de su conducta; máxime que la sanción impuesta fue ínfima, si se tiene en cuenta la naturaleza de la falta. Y si bien en sede judicial no se podría variar la calificación del grado de culpabilidad para agravar su situación, sino, eventualmente, para mejorarla, esta Colegiatura estima -tal y como lo hizo en su momento la primera instancia disciplinaria-, que su proceder fue con culpa gravísima, porque lo sucedido es resultado de una manifiesta violación de reglas de obligatorio cumplimiento y de una nítida desatención elemental, y no producto de una simple inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones, como luego lo consideró la autoridad disciplinaria de segunda instancia. Amén del beneficio agregado en la revocatoria directa expedida por el Procurador General, que le hizo aún menos gravosa su sanción.

**B-** En lo que se refiere al frente **ii)** del cargo único, esta Sala -sin necesidad de

---

<sup>16</sup> Así lo expresó en su decisión, y se puede leer a fl.134.

Dispone la parte final del párrafo del artículo 44 de la Ley 734: “**Habrá culpa grave cuando se incurra en la falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.**” (Destaca la Sala)

<sup>17</sup> El numeral 27 del artículo 2º del Decreto 262 de 2000, dispone: “ARTÍCULO 7º. Funciones. El Procurador General de la Nación cumple las siguientes funciones: (...)”

27. Revocar a solicitud de parte sus propios actos y los expedidos en materia disciplinaria por los servidores de la Procuraduría General de la Nación, cuando sea procedente de acuerdo con la ley y no esté asignada a otra dependencia de la entidad.  
(...)”

realizar amplias elucubraciones- dirá que, contrario a lo que aduce el actor, dentro del plenario sí existe suficiente prueba de que lo pactado por prestaciones sociales en el contrato de prestación de servicio No. 050 de 2003, un total de \$477.500, efectivamente sí fueron pagados al contratista, independientemente que obre o no documento físico, como la cuenta de pago. No sólo porque así lo aceptó de manera explícita el actor en su escrito de descargos, sino porque esa aceptación es coherente con lo expuesto por la Contraloría General de la República en el Auto de cesación de la acción fiscal que, a su vez, es concordante con la consignación por la suma de \$477.500, hecha por el contratista Víctor Egidio Brito Iguarán a cuenta corriente del Municipio de Hatonuevo.

En el escrito de descargos (fl.77), textualmente dijo el implicado, hoy demandante:

“Es sabido y está plenamente demostrado no solo la celebración del contrato de prestación de servicios, sino que el mismo fue cancelado al señor Víctor Egidio Brito. De igual manera quiero dejar plenamente demostrado que el daño al patrimonio público del Municipio de Hatonuevo fue plenamente resarcido, como quiera que el dinero pagado al señor en mención por parte del Municipio en cuantía de CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$477.500) M.L.C., fue debidamente devuelto a las arcas del mismo a través de la consignación efectuada el día 11 de Febrero (sic) del año 2005, a la cuenta corriente No 318027653 perteneciente al Municipio de Hatonuevo en el Banco de Bogotá sucursal Fonseca.” (La cursiva y lo subrayado es ajeno al texto original).

Entre tanto, en el Auto de archivo de la acción fiscal -que se siguió en su momento contra el hoy accionante (fls.80-81)-, la Contraloría General de la República anota que se halló:

“[P]resunta irregularidad consistente en que en la orden de prestación de servicios No. 050 del 2003 para la prestación de servicios como auxiliar de interventoría del Municipio de Hatonuevo, se le pagó al contratista la suma de cuatrocientos setenta y siete mil quinientos pesos (\$477.500), por concepto de prestaciones sociales, aperturando por estos hechos proceso de Responsabilidad Fiscal el 27 de octubre de 2004.

...contrariando de esta manera lo establecido en el artículo 32 numeral tercero de la Ley 80 de 1993,...

Este presunto daño al patrimonio del Estado fue resarcido mediante la consignación por valor de \$477.500 realizada el 11 de febrero de 2005 a la cuenta corriente No.318027653 perteneciente al Municipio de Hatonuevo. Fol 58, consignación que es certificada por el gerente del Banco de Bogotá de la oficina de Fonseca donde se realizó la consignación, fol 61, configurándose de

---

esta forma una de las causales de archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal.” (Lo señalado en líneas no es del texto citado).

Y del recibo de consignación que se ve a fl.82, se deriva que fue realizada el 11 de febrero de 2005 por la suma de (\$477.500), en la cuenta corriente del Municipio de Hatonuevo -ya mencionada-, y quien hace la Consignación es el contratista Víctor Egidio Brito.

Lo acabado de apuntar es suficiente para inferir -de manera directa-, que el monto ilegalmente pactado por concepto de prestaciones sociales, fue efectivamente pagado por el Municipio al contratista; más aún si, como lo expuso la Corte Constitucional en sentencia SU-901 de 2005, MP Dr. Jaime Córdoba Triviño, para la existencia de una vía de hecho por defecto en la valoración de la prueba, se necesita que en su apreciación el funcionario a quien atañe sopesarlas, extraiga conclusiones manifiestamente contrarias a su verdadero sentido, situación que no se presentó el caso bajo examen. Además, que el error en el juicio valorativo, para que pueda estimarse contraevidente, debe ser de tal entidad que sea suficientemente flagrante y manifiesto, y analizado el contenido de las decisiones atacadas, se ve que las mismas fueron producto de la adecuada valoración en conjunto del material probatorio, legalmente allegado al trámite disciplinario.

Es más, no puede perderse de vista que en materia disciplinaria los tipos, por regla general, son de mera conducta, y que -como lo ha precisado de antaño la Corte Constitucional-, para que exista ilicitud sustancial no es necesario la concreción de un resultado dañoso o lesivo, como condición para iniciar el respectivo proceso y sancionar; basta el incumplimiento, sin justificación alguna, al deber funcional que le compete al respectivo servidor público. Por ello, en el caso que nos ocupa, el actor incurre en la falta en su condición de Alcalde, por el mero hecho de haber pactado en el contrato de prestación de servicios el pago de prestaciones sociales en favor del contratista, porque ello en sí constituye desmedro del orden legal (numeral 3º del artículo 32) y del patrimonio público, independientemente que se hubiera concretado el daño. Razón por la cual, no afectaba el curso del proceso disciplinario el hecho que se hubiera reembolsado lo que irregularmente le fue cancelado al contratista por dicho concepto, como lo pretendió hacerlo creer el encartado, hoy demandante, Sr. José de Jesús Ortiz Duarte. Pues, como se esbozó en párrafos precedentes, dicho aspecto tal vez sea esencial para efectos de la responsabilidad fiscal, cuyo fin está centrado en la protección del patrimonio público. Tan es así, que la Contraloría General de la

República cesó y archivó la actuación fiscal en contra el accionante, cuando el contratista hizo el reembolso de lo que se le había irregularmente pagado por prestaciones, pero, de modo alguno, este hecho era causal para archivar el trámite disciplinario, ni mucho menos para no sancionar.

En atención a lo dicho, no tiene asidero este motivo de disconformidad del cargo.

**C-** Finalmente, en los puntos **iii)** y **iv)** del cargo, sostiene que existió violación al debido proceso porque, de una parte, en los cargos no se describió ni determinó la conducta investigada, ni se especificó en cuál modalidad de las dos consagradas el artículo 48-31 de la Ley 734 de 2002 incurrió, si en la etapa precontractual o contractual, limitando su derecho de defensa y, de la otra, porque la autoridad disciplinaria excedió los términos de la investigación.

En primer lugar dirá la Corporación, la oportunidad que tenía el demandante para plantear la existencia de cualquier eventual causal de nulidad de las establecidas en el artículo 143 *ibídem*<sup>18</sup>, si consideraba que se le menoscabó su derecho de defensa o que existían irregularidades sustanciales que afectaban el debido proceso, era hasta antes de haberse proferido la decisión disciplinaria de segunda instancia<sup>19</sup>, lo que no hizo; de lo que se sigue que dicha posibilidad le precluyó. Por lo tanto es un cuestionamiento que no puede ser atendido en sede jurisdiccional, como causa para comprometer la presunción de legalidad que ampara los actos demandados.

En segundo lugar, dispone el parágrafo del artículo 143 de la Ley 734 que “[l]os principios que orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación, consagrados en el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán a este procedimiento”<sup>20</sup>, y

---

<sup>18</sup> “Artículo 143. **Causales de nulidad.** Son causales de nulidad las siguientes:

1. La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo.
2. La violación del derecho de defensa del investigado.
3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

**Parágrafo.** Los principios que orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación, consagrados en el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán a este procedimiento.”

<sup>19</sup> Dice el artículo 146 de la Ley 734 de 2002:

“Artículo 146. **Requisitos de la solicitud de nulidad.** La solicitud de nulidad podrá formularse antes de proferirse el fallo definitivo, y deberá indicar en forma concreta la causal o causales respectivas y expresar los fundamentos de hecho y de derecho que la sustenten.”

<sup>20</sup> En relación a esta remisión que hace el parágrafo del artículo 143 del C.D.U., al Código de procedimiento Penal, el doctrinante y ex Procurador Delegado, Fernando Brito Ruíz, en su libro “Régimen Disciplinario”, editorial Legis, edición 2013, pág.98-99, explica:

“Dicha remisión a la a ley procesal penal obliga a hacer una integración con las disposiciones que al respecto trae este estatuto. En consecuencia, es indispensable examinar esas normas. Una primera cuestión, que se

conforme lo dispuesto en los numerales 3 y 4 del artículo 310 de la Ley 600 de 2000, no puede invocar la nulidad quien haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, y el actor no sólo presentó descargos, sino que en su alegatos de conclusión y recurso de apelación guardó silencio sobre estos puntos que ahora plantea en sede judicial, ni mucho menos solicitó la nulidad de la actuación disciplinaria; sumado que, conforme el principio de convalidación consagrado en el mencionado artículo, los actos irregulares quedan confirmados por el consentimiento presunto o expreso del afectado con la actuación ilegal, cuando no se expone la supuesta irregularidad de la actuación dentro de los términos establecidos para ello, precluyéndole su oportunidad, como sucedió en este caso concreto, tal y como se anotó.

En gracia de discusión, visto el contenido del auto de cargos, no es cierto que en él no se hubiera descrito y determinado cuál era conducta investigada. Por el contrario, en los cargos, no sólo se le precisa que el motivo objeto de reproche era haber acordado el pago de prestaciones sociales a un contratista, sino que se ilustra de manera suficiente cuáles disposiciones legales y constitucional infringía, y la falta en que podría haber incurrido y el grado de culpabilidad.

Así mismo, no pasa de ser un argumento artificioso, sostener que en el auto de cargos no se especificó en cuál de las dos modalidades establecidas en el artículo 48-31 de la Ley 734 de 2002 incurría, si lo era en la etapa precontractual o contractual. Y es artificioso el planteamiento porque es evidente, sin mayor esfuerzo para la razón, que se trató de una conducta desplegada en la suscripción, máxime que los contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión, como lo fue el 050 de 2003, no implican una etapa precontractual de licitación o convocatoria pública, sino que se trató de una contratación directa. Tan es así que en el encabezamiento del contrato -visible a fl.24-, se dice que se firma de conformidad con el artículo 13<sup>21</sup> del Decreto 2170 de

---

puede decir que actualmente se encuentra dilucidada, tiene que ver con el Código Procesal Penal aplicable. Esto se indica porque la Ley 600 de 2000, que era la que regía, fue derogada por la Ley 906 de 2004. Sin embargo, como es ampliamente conocido, este último Código instaura el sistema penal acusatorio, el cual no es aplicable al proceso disciplinario, en la forma en que está actualmente concebido. Ello ha llevado a disponer, como se constata en la Circular 010 de 2010 del Procurador General, que los aspectos de orden procesal que rigen el derecho disciplinario, en lo que estén regulados por normas de la ley procesal penal, se resuelven atendiendo las disposiciones de la ley 600 de 2000". [*Hace anotación que el artículo 50 de la Ley 1474 de 2011, previó de manera expresa que los medios de prueba en materia disciplinaria se practicarán de acuerdo con las reglas de la Ley 600 de 2000, lo cual zanja por vía positiva la dificultad legal que se registraba al respecto*]. Luego anota: "El artículo 310, que fija los principios que rigen dicha declaratoria de nulidad, impera en el proceso disciplinario, por expresa disposición normativa".

<sup>21</sup> En lo pertinente decía el artículo 13 del Decreto 2170 de 2002:

2002, reglamentario de la Ley 80 de 1993.

Finalmente, y también en gracia de discusión, si bien es cierto que el artículo 156 del C.D.U., antes de la modificación que introdujo la Ley 1474 de 2011, disponía que el término de la investigación será de seis meses, contados a partir de la decisión de apertura, no lo es menos que la prueba en la que se sustentó el auto de cargos en el *sub examine*, fue practicada e incorporada dentro del lapso establecido para rituar la investigación, la que -primordialmente- consistió en la información que a través de oficio No. 80440-499 del 20 de septiembre de 2004, hizo llegar la Contraloría General de la República, al cual adjuntó el contrato de prestación de servicios No. 050 de 2003 en el que se había pactado la ilegalidad tantas veces mencionada que, en últimas, es lo que configuraba la falta a nivel disciplinario. Por lo tanto, el hecho que haber transcurrido 16 meses, entre la fecha de apertura de la investigación y la fecha del auto de cargos, en sí mismo no implica una irregularidad de tal entidad que hubiera comprometido su derecho al debido proceso. Otro cantar hubiera sido que el auto de cargos se sustentara en pruebas que la autoridad disciplinaria haya decretado y practicado por fuera del término legal establecido para realizar la investigación, lo que no ocurrió. Y en tal hipotético evento, tenía que haber planteado la nulidad dentro de los términos legalmente consagrados para ello, lo que tampoco hizo.

Resultado de lo anotado, estos puntos del cargo único tampoco tienen viabilidad alguna.

### **Conclusión.**

Consecuencia de la ausencia de fundamento del cargo, y que la presunción de legalidad que ampara los actos cuestionados no sufre menoscabo, se impone la negación de las súplicas de la demanda.

### **Decisión**

---

*“Para la celebración de los contratos a que se refiere el literal d) del numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador de] gasto deberá dejar constancia escrita.*

*De igual forma se procederá para la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, los que sólo se realizarán cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar...”*

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**

**NEGAR** las pretensiones de la demanda dentro del proceso promovido por JOSÉ DE JESÚS ORTIZ DUARTE contra la NACIÓN- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**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**