

DERECHO DISCIPLINARIO – No traslada a la sede contenciosa administrativa el mismo debate agotado ante las autoridades disciplinarias / JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA – Protege al ciudadano de las conductas de la administración que vayan en contra de la constitución y la ley

De esta manera la posibilidad de demandar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa las providencias que culminan el proceso disciplinario, no implica trasladar, de cualquier manera, a la sede contenciosa administrativa el mismo debate agotado ante las autoridades disciplinarias. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no es una simple extensión del proceso disciplinario, sino que debe ser algo funcionalmente distinto, si es que el legislador consagró el debido proceso disciplinario como el lugar en que debe hacerse la crítica probatoria y el debate sobre la interrelación de la normatividad aplicable como soporte de la sanción, además del principio de la doble instancia, como una de las garantías más importantes para ser ejercidas en el interior del proceso. (...) Entonces, en línea de principio puede predicarse que el control que a la jurisdicción corresponde sobre los actos de la administración, cuando ésta se expresa en ejercicio de la potestad disciplinaria, debe mantenerse al margen de erigirse en un nuevo momento para valorar la prueba, salvo que en su decreto y práctica se hubiere violado flagrantemente el debido proceso, o que la apreciación que de esas pruebas hace el órgano disciplinario resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad. Por lo mismo, el control judicial del poder correccional que ejerce la Procuraduría General de la Nación, no puede ser el reclamo para que se haga una nueva lectura de la prueba que pretenda hacer más aguda y de mayor alcance, pues esa tarea corresponde a las instancias previstas en el CDU. A la jurisdicción le corresponde proteger al ciudadano de alguna interpretación desmesurada o ajena por entero a lo que muestran las pruebas recaudadas en el proceso disciplinario, que como todo proceso, exige que la decisión esté fundada en pruebas, no solo legal y oportunamente practicadas, sino razonablemente valoradas. En síntesis, debe distinguirse radicalmente la tarea del Juez Contencioso que no puede ser una tercera instancia del juicio disciplinario

PODER DISCIPLINARIO – Ámbito de aplicación interna y externa / AMBITO EXTERNO – Ejercido por la procuraduría general de la nación /

Las anteriores referencias jurisprudenciales dan cuenta que de tiempo atrás se ha entendido por ésta Corporación que el poder disciplinario es un poder que se ejerce en sus dos grandes ámbitos de aplicación tanto interna como externa, siendo esta última ejercida por la Procuraduría General de la Nación, y como tal, en cualquiera de las dos manifestaciones es en ejercicio de función administrativa, que se encuentra sujeta al control judicial por parte del Juez de la Administración que lo es el Contencioso Administrativo quien en su ejercicio de control de legalidad y constitucionalidad de la actuación disciplinaria no cuenta con restricción o limitación alguna dada su posición de garante del debido proceso y del derecho de defensa.

CONSEJO DE ESTADO – Funciones / TRIBUNAL SUPREMO DE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Competencia

Las anteriores argumentaciones han de entenderse dentro del contexto de la función asignada al Consejo de Estado como máximo Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, reconocida en el artículo 237-1 de la Carta Política, lo que implica la imposibilidad de atribuirle la facultad de actuar

como “*Corte de Casación Administrativa*”, y asignarle las funciones inherentes a esa institución, dado que la Constitución sólo le señaló competencia como “*Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo*”.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 237 NUMERAL 1

RETIRO DEL SERVICIO – Edad de retiro forzoso / EDAD DE RETIRO FORZOSO – Excepciones / CAUSAL DE MALA CONDUCTA – No comunicar al nominador que cumple con la edad de retiro forzoso

El segundo inciso del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 aludido en las dos disposiciones citadas, hace referencia a los cargos de “Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo”. Debe señalarse de otra parte que de acuerdo con el artículo 120 del Decreto 1950 de 1973 el empleado que “*llegue a la edad de retiro*”, está obligado a comunicarlo a la autoridad nominadora, tan pronto cumpla los requisitos, so pena de incurrir en causal de mala conducta

FUENTE FORMAL: DECRETO 2400 DE 1968 – ARTICULO 29 / DECRETO 1950 DE 1973 – ARTICULO 120

ALCADE ELEGIDO POPULARMENTE – No le aplica la edad de retiro forzoso / ALCALDE ENCARGADO – Edad de retiro forzoso

Luego no existe duda que la edad de retiro forzoso constituye un impedimento para continuar en el ejercicio del cargo, con las excepciones previstas legalmente dentro de las cuales se encuentra el cargo de Alcalde elegido popularmente, dado que la prerrogativa de excepción a la edad de retiro forzoso la genera la forma de acceder al empleo por vía de elección en ejercicio de la soberanía popular, como lo tiene definido la Jurisprudencia y no la designación en encargo, porque la prerrogativa no la genera el empleo de Alcalde sino, se reitera, la forma de acceder al cargo por vía de elección popular.

ALCALDE ENCARGADO – Tomo posesión estado impedido / EDAD DE RETIRO FORZOSO – Contaba con más de 65 años al tomar posesión de alcalde encargado /

Debe decirse que la edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del decreto 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año. Dentro de esta salvedad quedan incluidos aquellos de elección popular, para los cuales se establezca un período fijo, como es el caso del presidente y del vicepresidente de la República, de los miembros de cuerpos colegiados, de los gobernadores o de los alcaldes. En estos casos la razón es la de que no cabría determinar una edad de retiro forzoso para aquellos ciudadanos que por voluntad popular, expresada en las urnas, acto por excelencia a través del cual se expresa la soberanía popular, sean elegidos para un período fijo, ya que mediante ese acto el pueblo directamente está manifestando su deseo de que esa persona -el elegido- y no otra, ocupe el cargo correspondiente y lo desempeñe durante todo el período previamente señalado en

la Carta Política. Para estos cargos la Constitución no prevé edad de retiro forzoso. Ahora este fundamento de soberanía popular solo se predica del modo de acceso al cargo de elección popular por vía electoral, porque es este modo el que da cuenta de la excepción en tanto el elector de manera directa interviene para manifestar su intención y voluntad en favor de determinado candidato para que sea esta y no otra persona quien desempeñe el poder y desarrolle la voluntad popular. Lo anterior traduce que la excepción a la edad de retiro forzoso solo aplica al elegido mediante voto popular, en este caso, para el cargo de alcalde, por lo tanto no aplica para el designado temporalmente durante la suspensión provisional en el desempeño de sus funciones dentro de un proceso disciplinario, fiscal o penal del titular elegido popularmente o mientras se convoca a nuevas elecciones dependiendo la hipótesis fáctica del caso, así sea designado de terna enviada por el partido o movimiento político del suspendido. Debe recordarse que en términos del artículo 106 de la Ley 136 de 1994, el Presidente de la República, en relación con el Distrito Capital de Santafé de Bogotá y los gobernadores con respecto a los demás municipios, para los casos de falta absoluta o suspensión, designarán alcalde del mismo movimiento y filiación política del titular, de terna que para el efecto presente el movimiento al cual pertenezca en el momento de la elección.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2400 DE 1968 – ARTICULO 29 / DECRETO 1950 DE 1973 – ARTICULO 120 / DECRETO 1950 DE 1968

ALCALDE ENCARGADO – Aplicación de la edad de retiro forzoso / PRINCIPIO DE RELEVO GENERACIONAL – El individuo ya ejerció su derecho al trabajo / DERECHO AL TRABAJO – No se vulnera al aplicar la edad de retiro forzoso

El argumento expuesto por el demandante no resulta de recibo, y menos con relación a la posible discriminación en desconocimiento de la Ley 931 de 2004, porque frente al tema ésta Corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse en concepto que resulta de recibo por la Sala, en el sentido de que la circunstancia de que no pueda vincularse a una entidad pública una persona mayor de 65 años, con salvedad de las excepciones legales, no constituye una restricción por razón de la edad para el ingreso al trabajo, que se encuentre prohibida por la Ley 931 de 2004, por cuanto dicha persona tiene derecho a percibir su pensión por vejez, conforme al artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968 y normas pertinentes, y antes bien, ella ya ha ejercido su derecho al trabajo y se debe aplicar el principio de relevo generacional, como lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-351/95, de manera que no se está atentando contra el derecho al trabajo que busca amparar la Ley 931. En este sentido, se deduce también que no se presenta una derogatoria tácita por parte de la Ley 931 de las normas de retiro forzoso, pues éstas se refieren a personas que ya accedieron al trabajo, lo desempeñaron y tienen derecho a una pensión, que es una situación bien distinta de la contemplada en la referida ley.

DEBIDO PROCESO – Pruebas en indagación preliminar / INDAGACION PRELIMINAR – Decreto de pruebas / DERECHO DE DEFENSA Y DEBIDO PROCESO – No vulnerados al acopiar las pruebas a la investigación disciplinaria

Luego para la Sala resulta acreditado que el indagado e investigado fue puesto en conocimiento de la iniciación de la indagación preliminar y de las pruebas que se decretaron en el auto que dispuso iniciar la mencionada indagación y fue invitado a participar en la práctica de las mismas. Lo que quiere decir que las pruebas

fueron legalmente decretadas, practicadas y allegadas a la investigación y amén de que estando posibilitado para participar en su práctica y no lo hizo, las pruebas allegadas al proceso estaban en posibilidad de ser conocidas por el investigado quien el ejercicio de su defensa estaba en condición de controvertirlas actividad procesal que tampoco se dio. Por lo anterior, para la Sala resulta que el acopio de las pruebas cuestionadas se hizo de manera ajustada a la ley y respetando el debido proceso y el derecho de defensa en su decreto, practica y recaudo sin que la ausencia del indagado quien enterado de su práctica no asistió, no resta validez a la actividad probatoria así ejecutada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., primero (1) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00055-00(0180-11)

Actor: ALFONSO MARIA LIBORIO ALVARADO LÓPEZ

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

AUTORIDADES NACIONALES- SENTENCIA ÚNICA INSTANCIA

ASUNTO

Resuelve la Sala la acción de nulidad en única instancia formulada por Alfonso Maria Liborio Alvarado López contra la Nación - Procuraduría General de la Nación.

1. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción que consagra el artículo 84 del Código de lo Contencioso Administrativo, obrando por intermedio de apoderado, el ciudadano Alfonso Maria Liborio Alvarado López solicitó a esta Corporación anule las decisiones de primera y segunda instancia dictadas, respectivamente, por la Comisión Especial Disciplinaria el 23 de enero de 2007, y por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría

General de la Nación el 29 de marzo de 2007, mediante las cuales se le sancionó con destitución del cargo de Alcalde (e) del Municipio de Villavicencio e inhabilidad general para desempeñar cargos públicos por el termino de quince (15) años. ¹

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS.

Como hechos en que fundamenta sus pretensiones, en síntesis, narró los siguientes:

El señor **Alfonso Maria Liborio Alvarado López** fue designado Alcalde (e) del Municipio de Villavicencio por medio del Decreto 0239 del 14 de julio de 2006 de terna presentada al señor Gobernador del Departamento del Meta por el representante legal del Movimiento Nacional.

El 15 de julio de 2006 tomó posesión del cargo de Alcalde encargado, el cual desempeñó hasta el 17 de octubre del mismo año y para la diligencia o acto de posesión señala que allego los documentos exigidos por la ley.

A partir del 1º de agosto de 2006 la Procuraduría General de la Nación, inició investigación disciplinaria en su contra con fundamento en queja presentada el 31 de julio de 2006 que da cuenta que a la fecha de la posesión contaba con más de 65 años de edad, esta última edad de retiro forzoso.

El 2 de noviembre del año 2006, la Procuraduría General de la Nación le formuló cargos por haber tomado posesión como alcalde (e) de Villavicencio el 15 de julio de 2006, pese que para esa fecha se encontraba impedido, como quiera que contaba con más de 65 años de edad, esta última edad de retiro forzoso.

Además que a pesar de contar con la edad de retiro forzoso actuó como primer mandatario de la ciudad de Villavicencio cumpliendo funciones propias del cargo de Alcalde, hasta el 17 de octubre de 2006 y que por ese hecho, se le censura no haberse declarado impedido teniendo la obligación de hacerlo y por consiguiente se abstuvo de renunciar frente a dicha situación.

¹ Fls 289-290

Igualmente se señala que para tomar posesión de Alcalde (e), utilizó un documento público adulterado y que igualmente al rendir diligencia de versión libre, presentó contraseña correspondiente a la cédula de ciudadanía expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil de Villavicencio.

Finalmente haber proporcionado dato inexacto debido a que en el formulario único de la hoja de vida de la función pública indicó que la fecha de nacimiento correspondiente al 17 de enero de 1949 y que en la hoja de vida que se allegó al movimiento nacional para integrar la terna de la cual el Gobernador del Meta debía escoger Alcalde (e), al parecer en forma fraudulenta, indujo en error e informo que la edad era de 63 años, para burlar el límite de retiro forzoso.

Adelantada la investigación, con fecha 23 de enero de 2007, la Procuraduría General de la Nación profirió fallo de primera instancia sancionando con destitución e inhabilidad general de quince (15) años, que apelado fue confirmado en segunda instancia por la Sala Disciplinaria mediante el de fecha 29 de marzo de 2007.

Señala que varias de las pruebas decretadas y practicadas por la Procuraduría General de la Nación sin la intervención y presencia del disciplinado, violan los arts. 92 y 140 de la Ley 734 de 2002.

Igualmente aduce falsedad en apartes del acta que da cuenta de la versión libre que rindió ante la entidad, señalando que estas pruebas al ser tenidas en cuenta dentro del análisis probatorio para proferir los fallos impugnados, hace que estos carezcan de valor jurídico y por tanto deberán ser declarados nulos.²

3. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Estima violados los artículos 15, y 29 de la Constitución Política, y artículos 6, 17, 20, 28 Nral. 6º, 48 Nral 1, 17, 46, 56, 90 párrafo, 92, Nral. 4º, 92, 128, 129, 140, 141, 180 de la Ley 734 de 2002, Ley 931 de 2004 y Decreto 2400 de 1968.

² Flios 1-8 Cuad. Uno

Como cargos presenta: la violación al debido proceso y derecho de defensa.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad demandada dio respuesta oponiéndose a las pretensiones de la demanda en razón a que estima que los actos acusados fueron expedidos en acatamiento de las disposiciones constitucionales y legales que rigen el procedimiento disciplinario.

Argumenta en favor de la defensa que debe tenerse en cuenta la limitante de vinculación a un empleo público de una persona mayor de 65 años (edad de retiro forzoso) conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, señala como pertinente que cada uno de los integrantes de la terna adjunte su hoja de vida, certificación juramentada de no estar incurso en las inhabilidades contempladas de manera precisa tanto para la elección como para la designación de alcaldes, en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, y quien más conocedor de los datos sobre el día mes y año de nacimiento que el mismo investigado.

Señala que el señor Alvarado López era claro conocedor de su edad y de la inhabilidad que ella le generaba para ejercer cargos públicos, así lo constata el simple hecho que se probó de estar realizando el trámite de pensión a que tenía derecho al momento de la designación y posesión fraudulenta.

En sustento de su argumentación trae en cita respuesta de la Sala de Consulta y Servicio Civil de febrero 21 de 1996, y de la Corte Constitucional la C-948 de 2002, para señalar con relación al caso que según la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación quedó demostrada la actitud dolosa del investigado, porque tenía conocimiento que para acceder al cargo de burgomaestre en calidad de encargado mediante acto administrativo del gobernador del departamento del Meta, no podía superar los 65 años de edad, pues en estos eventos no opera la excepción establecida por el legislador respecto de la edad de retiro forzoso, circunstancia por la que utilizó indebidamente la contraseña adulterada. Es decir que a sabiendas de las normas legales sobre la materia, su voluntad estuvo dirigida inequívocamente a desarrollar la conducta ilícita que lo hace merecedor del reproche disciplinario, pues no actuó conforme al deber que legalmente le correspondía.

Señala que el señor Alvarado López ejerció el cargo desde el 15 de julio y hasta el 17 de octubre, pese a que se encontraba impedido para ocupar el cargo, por lo que la Procuraduría ordenó adelantar proceso verbal contra el exfuncionario.³

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El actor presenta en nombre propio alegaciones finales, reitera los argumentos expuestos en la demanda haciendo énfasis que el cargo de alcalde es de elección popular y que jurisprudencialmente se ha determinado que para este cargo no existe límite de edad, precisamente por tratarse de un cargo de elección y considera que el elegido popularmente como el designado transitoriamente, ante cualquier circunstancia política o administrativa, goza de los mismos privilegios y derechos, si se tiene en cuenta que este último es designado de una terna que llega al gobernador del departamento por parte del movimiento o político que eligió al primero y también porque el designado transitoriamente debe ser elegido por un movimiento político, es decir que antes de ser nombrado por decreto debe someterse a una elección por parte de quienes representan una colectividad política y así mismo debe continuar desarrollando el programa de Gobierno propuesto por el elegido por voto popular.⁴

Por su parte el abogado defensor del Ministerio Público reitera su oposición a las pretensiones de la demanda para lo que argumenta como motivo para denegar que está plenamente demostrado que la investigación disciplinaria se adelantó con absoluta sujeción al debido proceso, en tanto se tramitó según las leyes preexistentes al acto que se imputo al disciplinado y fue conducida por la autoridad competente, con observancia de las formas propias de esta clase de actuaciones, con determinación de la conducta investigada de conformidad con el ordenamiento vigente y con la imposición proporcionada de las correlativas sanciones, no existió violación al debido proceso ni ilegalidad en los actos administrativos expedidos por la entidad en desarrollo del mismo.

Señala que en este caso el actor se limitó a narrar unos hechos e invocar unas normas violadas, sin aportar pruebas que demostraran la inocencia del inculpado, ni mucho menos haberse estribado en un error por parte de la Procuraduría General de la Nación al proferir los fallos que condujeron a la sanción disciplinaria

³ Flios 130-138

⁴ Flios 277-285

impuesta.

Respecto del alcance del control jurisdiccional del proceso disciplinario señala que los actos administrativos dictados en el seno de un proceso disciplinario están claramente circunscritos dentro del marco de control jurisdiccional respecto de su legalidad por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa y claramente dentro de las acciones de su competencia.

Por tanto anota que el control de legalidad no puede constituir una tercera instancia, sino que tiene dentro de su funcionalidad, única y exclusivamente la verificación del adelantamiento del mismo bajo las preceptivas del debido proceso y el derecho de defensa y revisar si la aplicación de la normatividad fue la correspondiente, lo que implica que la intervención de la jurisdicción es meramente dirigida hacia una valoración formal del proceso disciplinario. Esto implica que no puede el Juez fungir como intérprete de la ley disciplinaria ni valorar las pruebas que se presentaron al interior del proceso, ya que su intervención implica una revisión de legalidad.

Luego de argumentar en favor del debido proceso, señala que la valoración probatoria realizada por la Procuraduría no fue caprichosa o arbitraria, alude al fundamento jurídico de la calificación de la conducta, a la autonomía del régimen disciplinario, y a la oposición a la violación del principio de tipicidad por aplicación del principio de ilicitud sustancial para con fundamento en el artículo 22 de la Ley 734 de 1995 y de las sentencias de constitucionalidad C-417 de 1993, C-317 de 1997, C-530 de 2003 concluir que sin rayar con la exactitud del derecho penal, en el cual el tipo debe estar debidamente descrito, pues como lo ha dicho la Corte Constitucional en el derecho disciplinario el principio de tipicidad se ve morigerado por la aplicación del sistema de tipos abiertos, ante la imposibilidad de contar con un listado de comportamientos donde se subsuman todas las conductas prohibidas a los servidores públicos, para concluir finalmente que las decisiones tomadas corresponden a un análisis y ponderación de los supuestos facticos del caso.

Por su parte el Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación solicita denegar las súplicas de la demanda y mantener la legalidad de los actos

enjuiciados.⁵

En sustento argumenta frente a cada cargo para referir que objetivamente quedó desvirtuada la presunción de inocencia por los fallos de la entidad en los cuales se sancionó al actor.⁶

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto a dilucidar está dirigido a establecer la legalidad de los actos administrativos impugnados, expedidos por la Procuraduría General de la Nación, por medio de los cuales se declaró disciplinariamente responsable al actor, y como consecuencia impuso sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de 15 años, por haber tomado posesión del cargo de Alcalde encargado de Villavicencio encontrándose impedido para ello por contar con más de 65 años de edad.

Dada la argumentación expuesta por la entidad demandada, se estima pertinente previo a resolver el asunto, hacer alusión a la naturaleza jurídica de los actos disciplinarios y su sujeción plena al control jurisdiccional, para culminar señalando que el control ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa es íntegro y no admite interpretaciones restrictivas, para lo cual reitera la argumentación expuesta en pretérita oportunidad y a ella se remite para sustentar el asunto⁷ y de la que se resumen algunos aspectos como sigue:

6.1. LA NATURALEZA DE LOS ACTOS DISCIPLINARIOS Y SU SUJECIÓN PLENA AL CONTROL JURISDICCIONAL.

Esta Sección ha tenido oportunidad de pronunciarse reiteradamente respecto del tema y reitera los argumentos expuestos pretéritamente⁸ para determinar que corresponde entonces a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, entre otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario se haya

⁵ Folios 286-290

⁶ 682-687 Cuad principal

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA - SUBSECCION A-. Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Bogotá, D.C., dos (02) de mayo de dos mil trece (2013). Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00149-00(1085-2010). Actor: Edgar Ariosto Alvarado González. Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación. UNICA INSTANCIA – AUTORIDADES NACIONALES.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A". CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013). Radicación número: 110010325000201100436-00 (1647-11). Actor: AGUSTIN CHAVEZ PEREZ

ajustado a las garantías constitucionales básicas, es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba, a condición de que dicha prueba sea manifiestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales, o sea, aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa.

También es pertinente el análisis de legalidad, cuando en dicho proceso se ven comprometidos derechos de rango constitucional, como el debido proceso, la presunción de inocencia, el buen nombre, el honor y la dignidad, entre otros.

En suma, a la jurisdicción le corresponde proteger al ciudadano de la arbitrariedad, de la desmesura, de la iniquidad, de la ilegalidad, en fin, de las conductas de la administración que vayan contra la Constitución y la ley, pero dentro del marco señalado precedentemente.

De esta manera la posibilidad de demandar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa las providencias que culminan el proceso disciplinario, no implica trasladar, de cualquier manera, a la sede contenciosa administrativa el mismo debate agotado ante las autoridades disciplinarias. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no es una simple extensión del proceso disciplinario, sino que debe ser algo funcionalmente distinto, si es que el legislador consagró el debido proceso disciplinario como el lugar en que debe hacerse la crítica probatoria y el debate sobre la interrelación de la normatividad aplicable como soporte de la sanción, además del principio de la doble instancia, como una de las garantías más importantes para ser ejercidas en el interior del proceso

Decantado que el juzgamiento de los actos de la administración, no puede sustituir de cualquier manera el poder preferente de la Procuraduría General de la Nación, es menester añadir que ello tampoco implica la intangibilidad de los actos de juzgamiento disciplinario, pues ellos están sometidos a la jurisdicción.

Entonces, en línea de principio puede predicarse que el control que a la jurisdicción corresponde sobre los actos de la administración, cuando ésta se expresa en ejercicio de la potestad disciplinaria, debe mantenerse al margen de erigirse en un nuevo momento para valorar la prueba, salvo que en su decreto y

práctica se hubiere violado flagrantemente el debido proceso, o que la apreciación que de esas pruebas hace el órgano disciplinario resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad. Por lo mismo, el control judicial del poder correccional que ejerce la Procuraduría General de la Nación, no puede ser el reclamo para que se haga una nueva lectura de la prueba que pretenda hacer más aguda y de mayor alcance, pues esa tarea corresponde a las instancias previstas en el CDU.

A la jurisdicción le corresponde proteger al ciudadano de alguna interpretación desmesurada o ajena por entero a lo que muestran las pruebas recaudadas en el proceso disciplinario, que como todo proceso, exige que la decisión esté fundada en pruebas, no solo legal y oportunamente practicadas, sino razonablemente valoradas. En síntesis, debe distinguirse radicalmente la tarea del Juez Contencioso que no puede ser una tercera instancia del juicio disciplinario.⁹

Las anteriores referencias jurisprudenciales dan cuenta que de tiempo atrás se ha entendido por ésta Corporación que el poder disciplinario es un poder que se ejerce en sus dos grandes ámbitos de aplicación tanto interna como externa, siendo esta última ejercida por la Procuraduría General de la Nación, y como tal, en cualquiera de las dos manifestaciones es en ejercicio de función administrativa, que se encuentra sujeta al control judicial por parte del Juez de la Administración que lo es el Contencioso Administrativo quien en su ejercicio de control de legalidad y constitucionalidad de la actuación disciplinaria no cuenta con restricción o limitación alguna dada su posición de garante del debido proceso y del derecho de defensa.

Las anteriores argumentaciones han de entenderse dentro del contexto de la función asignada al Consejo de Estado como máximo Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, reconocida en el artículo 237-1 de la Carta Política, lo que implica la imposibilidad de atribuirle la facultad de actuar como "*Corte de Casación Administrativa*", y asignarle las funciones inherentes a esa institución, dado que la Constitución sólo le señaló competencia como "*Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo*".

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". Sentencia del 3 de septiembre de 2009. Radicación No. 11001-03-25-000-2005-00113-00(4980-05). Actor: Diego Luis Noguera Rodríguez. Demandado: Procuraduría General de la Nación. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Vale la pena recordar la naturaleza jurídica del recurso de casación, de la cual se deduce la imposibilidad de que sea considerada una tercera instancia:

“El recurso de casación es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia (errores in iudicando), sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo (errores in procedendo), y excepcionalmente sobre las bases probatorias que sirvieron de sustentación para dictar la sentencia acusada. De ahí que la casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no pueda entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo”¹⁰.

“La casación es un instituto judicial consistente en (sic) un órgano único en el Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina, sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas por los interesados mediante un remedio judicial (recurso de casación) utilizable solamente contra las sentencias que contengan un error de derecho en la resolución de mérito”¹¹.

“El recurso de casación, en su base política y jurídica, tiene por objeto velar por la recta y genuina aplicación e interpretación de la ley, corrigiendo la infracción de la misma, y logrando en esta misión, al ser ejercida por un mismo y sólo tribunal, la uniformidad de la jurisprudencia. Esta finalidad de interés público, el respeto de la ley, sobrepasa en importancia a aquella otra de orden privado, cual es la reparación de los agravios que se puede inferir a las partes con las resoluciones violatorias de la ley”¹².

De suerte que 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 materialmente jurisdiccional- o que la revisión de legalidad que compete a esta jurisdicción no constituye una tercera instancia, no son de recibo por carecer de sustento jurídico.

6.3. De la edad de retiro forzoso como causal de retiro del servicio

El Decreto Ley 2400 de 1968 contiene disposiciones sobre la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la rama ejecutiva del nivel nacional; este ordenamiento fijó en 65 años la edad de retiro forzoso, para cuyo caso estableció una pensión de vejez, conforme al siguiente tenor:

¹⁰ Torres Romero Jorge Enrique y Puyana Mutis Guillermo. *Manual del recurso de casación en materia penal*. Bogotá, Temis, 1979.

¹¹ Ídem.

¹² Ortuzar Latapiat Waldo. *Las causales del recurso de casación en el fondo en materia penal*. Chile, Editorial jurídica, 1958.

“Art. 31.- *Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión de vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos.*

Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2º del artículo 29 de este decreto.”¹³ (Se refiere a los empleos en los cuales se puede reintegrar al servicio a la persona pensionada).

En similar sentido el artículo 122 del Decreto 1950 de 1973 *“Por el cual se reglamentan los decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”,* señala:

"Art. 122.- La edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del decreto 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año"

El segundo inciso del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 aludido en las dos disposiciones citadas, hace referencia a los cargos de “Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo”.

Debe señalarse de otra parte que de acuerdo con el artículo 120 del Decreto 1950 de 1973 el empleado que *“llegue a la edad de retiro”,* está obligado a comunicarlo a la autoridad nominadora, tan pronto cumpla los requisitos, so pena de incurrir en causal de mala conducta¹⁴.

Ahora bien, cabe recordar que la Corte Constitucional en la Sentencia C-351 de 1995¹⁵ al declarar la constitucionalidad del artículo 31 del Decreto Ley 2400 de

¹³ Art 31 Decreto Ley 2400 De 1968

¹⁴ ARTICULO 120. El empleado que tenga derecho a pensión de jubilación o *llegue a la edad de retiro*, está obligado a comunicarlo a la autoridad nominadora, tan pronto cumpla los requisitos, so pena de incurrir en causal de mala conducta.

El retiro para gozar de pensión de jubilación o de vejez, se ordenará por la autoridad nominadora, mediante providencia motivada, ~~pero no se hará efectiva hasta que no se haya liquidado y ordenado el reconocimiento y pago de la pensión por resolución en firme.~~ (El aparte tachado fue declarado NULO por el Consejo de Estado mediante Sentencia de 20 de septiembre de 1982, Expediente No. 5786, Dr. Álvaro Orejuela Gómez.)

¹⁵ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

1968 frente a los cargos planteados en ese proceso¹⁶ hizo una serie de consideraciones que resulta relevante recordar para efectos del presente proceso.

Al respecto señaló la Corte:

“Como se ha señalado anteriormente, la Carta Política establece la edad de retiro forzoso como una de las causales de retiro para los magistrados de las altas Cortes. De ello no se puede colegir que aunque para este caso concreto se haya fijado tal causal en la Constitución, ello sea excluyente para que, a través de la ley, dicha causal se extienda a otros servidores públicos, o que se establezca como regla general para todos ellos. Quedarían exceptuados aquellos de elección popular, para los cuales se establezca un período fijo, como es el caso del presidente y del vicepresidente de la República, de los miembros de cuerpos colegiados, de los gobernadores o de los alcaldes. En estos casos la razón es la de que no cabría determinar una edad de retiro forzoso para aquellos ciudadanos que por voluntad popular, expresada en las urnas, acto por excelencia a través del cual se expresa la soberanía del pueblo, sean elegidos para un período fijo, ya que mediante ese hecho el pueblo directamente está manifestando su deseo de que esa persona -el elegido- y no otra, ocupe el cargo correspondiente y lo desempeñe durante todo el período previamente señalado en la Carta Política. Para estos cargos la Constitución no prevé edad de retiro forzoso.

El artículo 31 del decreto 2400 de 1968 no ha perdido vigencia con la expedición de la Carta Política de 1991, porque, como se ha establecido, no la contradice. En efecto, la única tacha de inconstitucionalidad que podría impugnarse, en gracia de discusión, es que discrimina a los mayores de determinada edad, impidiéndoles su realización laboral. Pero el legislador como ya se expresó, es autónomo para fijar el tope de edad, porque la Constitución misma prevé estas situaciones, cuando confiere al legislador la potestad de señalar la edad, sin darle ninguna pauta específica. Luego no puede ser inconstitucional una especificación que goza de amparo constitucional.

No existe una discriminación, pues, porque se trata de una figura constitucional, y porque, además, deben brindarse oportunidades laborales a otras personas, que tienen derecho a relevar a quienes ya han cumplido una etapa en la vida. Los cargos públicos no pueden ser desarrollados a perpetuidad, ya que la teoría de la institucionalización del poder público distingue la función del funcionario, de

¹⁶ La Corte Constitucional sintetizó así la acusación formulada en esa ocasión: “De acuerdo con los argumentos del actor, la norma acusada distingue dos clases de ciudadanos: los menores y los mayores de sesenta y cinco años. “Los primeros gozan plenamente de todas las ventajas que otorga la condición de ciudadano, y muy especialmente, la de acceder al desempeño de cargos públicos, en tanto que los segundos soportan todas las cargas de la condición ya dicha, como el pago de impuestos, sin que tengan acceso al desempeño de cargos públicos”.

A juicio del demandante, la norma acusada es contraria al espíritu de la Constitución Política, y en especial, a su artículo 13, que consagra el derecho a la igualdad, y al artículo 25 superior, que consagra el derecho al trabajo, “que se ve cercenado, especialmente para aquellas personas que optaron por el servicio al Estado.” Afirma que “desde luego, a este respecto hay una excepción, pero establecida por la misma Constitución, y es la consagrada en su artículo 233, según el cual los altos funcionarios a que se refiere, por razones que el suscrito no alcanza a entender ni menos compartir, deberán dejar el cargo cuando hayan llegado a la edad de retiro forzoso. No existe en la Constitución ninguna otra excepción, por lo que resulta inconstitucional recortarle, mejor, cercenarle a los ciudadanos mayores de sesenta y cinco años su derecho a participar en el servicio público.”

Finalmente sostiene que la causal de retiro señalada en la norma acusada excede los alcances del artículo 125 de la Carta Política, que prevé dos causales de retiro, y defiere a la ley la determinación de otras causales, ya que dicha la causal en comento afecta a todo un sector de la ciudadanía.

suerte que éste no encarna la función, sino que la ejerce temporalmente. La función pública es de interés general, y en virtud de ello, la sociedad tiene derecho a que se consagren garantías de eficacia y eficiencia en el desempeño de ciertas funciones. Por ello es razonable que exista una regla general, pero no absoluta, que fije una edad máxima para el desempeño de funciones, no como cese de oportunidad, sino como mecanismo razonable de eficiencia y renovación de los cargos públicos.

(...)

Se entiende por igualdad, como ya lo ha manifestado esta Corporación, la proporcionalidad equivalente entre dos o más entes, según un principio de reciprocidad. Y por derecho fundamental, aquel que siendo inherente a la persona, constituye el fundamento de legitimidad del orden jurídico, haciendo que éste sea justo. De lo anterior se colige que el derecho a la igualdad es la facultad que tiene todo ser humano, y en general toda persona, natural o jurídica, a recibir un trato no discriminado por parte de la sociedad civil y del Estado, según el merecimiento común -la racionalidad y la dignidad- y según los méritos particulares, fundados en la necesidad y en el trabajo. La igualdad en abstracto, implica una identidad en la oportunidad, al paso que en lo específico requiere un discernimiento, una diferencia y una proporcionalidad: se iguala lo diverso, no por homologación, sino por adecuación.

Finalmente, en cuanto a la supuesta violación del artículo 13 Superior por parte de la norma acusada, hay que anotar que el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 no deja en estado de indefensión a los mayores de 65 años, ni los discrimina, porque los hace acreedores a la pensión por vejez, dándoles lo debido en justicia. Por otra parte, el Estado no deja de protegerlos, porque les puede brindar apoyo de otras maneras, y sería absurdo que, en aras de proteger la vejez, consagrara el derecho de los funcionarios mayores de 65 años a permanecer en sus cargos, sin importar los criterios de eficiencia y omitiendo el derecho de renovación generacional, que, por lo demás, está también implícito en el artículo 40-7 de la Constitución.”¹⁷

En similar sentido en la sentencia C-563 de 1997¹⁸ la Corte Constitucional al analizar la acusación formulada en ese proceso en contra del artículo 31 del Decreto-Ley 2277 de 1979, "Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente"¹⁹ hizo igualmente específicas consideraciones sobre la justificación que en la Constitución encuentra el establecimiento de una edad de retiro forzoso para los servidores públicos.

Señaló esa Alta Corporación:

“(E)l personal civil al servicio de la rama ejecutiva del poder público (Decreto 2400 de 1968, artículo 1º) deberá ser retirado del servicio, sin posibilidad de reintegro, al cumplir los sesenta y cinco años de edad, según lo dispone el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968. Así mismo, la edad, como causal de retiro forzoso, se encuentra consignada en los regímenes especiales de

¹⁷ Sentencia C-351 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

¹⁸ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁹ Artículo 31.- Permanencia. El educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco años para su retiro forzoso. (se subraya el aparte acusado en ese proceso).

administración de personal aplicables a los servidores de la rama judicial del poder público (Ley 270 de 1996, artículo 149-4), del Ministerio Público (Ley 201 de 1995, artículo 166-f), de la Contraloría General de la República (Ley 106 de 1993, artículo 149-6) y de la Registraduría Nacional del Estado Civil (Decreto 3492 de 1986, artículo 100-d).

4. A juicio de la Corte, la consagración legal de una edad de retiro forzoso del servicio público afecta el derecho al trabajo, pues el servidor público no puede seguir desempeñándose en su cargo. No obstante, si la fijación responde a criterios objetivos y razonables, debe afirmarse que, en principio, resulta proporcional a los fines constitucionales cuyo logro se persigue. En efecto, la posibilidad de retirar a un servidor público de su empleo, una vez ha alcanzado una determinada edad fijada en la ley, es un instrumento de que disponen el legislador y la administración para lograr el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos (C.P., artículos 13 y 40-7) y el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como trabajadores al servicio del Estado (C.P., artículo 25). Así mismo, medidas de esta índole persiguen la efectividad del mandato estatal contenido en el artículo 54 de la Carta Política, según el cual "el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar" que, a su turno, es concordante con las facultades genéricas de intervención del Estado en la economía con la finalidad de "dar pleno empleo a los recursos humanos" (C.P., artículo 334). En suma, es posible afirmar que la fijación de una edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio público, constituye una medida gracias a la cual el Estado redistribuye y renueva un recurso escaso, como son los empleos públicos, con la finalidad de que todos los ciudadanos tengan acceso a éste en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades²⁰.

Ahora bien, cabe señalar que la misma Corte en diferentes decisiones de tutela se ha pronunciado sobre este tema. Así en la Sentencia T-254 de 2002²¹ reiteró que las disposiciones sobre retiro forzoso de los servidores públicos no se aplican a los cargos de elección popular. Allí señaló:

"Como consecuencia del mismo principio, los ciudadanos no pueden ser discriminados por razón de su edad, entre otros motivos, para acceder a los cargos públicos, o para permanecer en ellos, y sólo pueden ser susceptibles de un tratamiento desigual en los casos de excepción que la ley establezca expresamente con justificaciones objetivas y razonables.

Por otra parte, la Constitución Política establece períodos fijos para el ejercicio de los cargos públicos de elección popular y edades mínimas para acceder a algunos de ellos, además de la condición de ciudadano en ejercicio, como por ejemplo en el Art. 172, en relación con los senadores, el Art. 177, respecto de los representantes, y el 191 concerniente al Presidente de la República, pero no establece edades máximas para llegar a tales cargos o para continuar ejerciéndolos. Por tanto, por ser la Constitución norma de normas, de conformidad con lo dispuesto en su Art. 4º, en esta materia no son aplicables las excepciones legales.

Igualmente, conforme a lo establecido en el Art. 1º de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de república

²⁰ Sentencia C-563 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz En similar sentido ver la Sentencia C-1037 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería.

²¹ M.P. Jaime Araujo Rentería

democrática y, en consecuencia, la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público, según lo preceptuado en el Art. 3º de la misma. Por esta razón, la voluntad popular de la mayoría, expresada en virtud de disposiciones constitucionales en las elecciones correspondientes, debe prevalecer sobre el texto de las normas legales que establecen edades de retiro forzoso que sólo se aplican a quienes no han sido elegidos popularmente.”

A su vez en la sentencia T-1208 de 2004 al examinar el caso de una persona discapacitada a quien se le retiró del servicio por haber llegado a la edad de 65 años la Corte en atención a su especial situación y al hecho de que ya había cumplido con los requisitos para acceder a la pensión ordenó la emisión del respectivo bono pensional al empleador y el reconocimiento de la pensión al accionante por parte del seguro social.

Resulta pertinente precisar que en esa ocasión la Sala de Decisión correspondiente, al tiempo que advirtió que la administración estaba claramente legitimada para dar aplicación al artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968 y en consecuencia desvincular del servicio al accionante sin que por ese solo motivo desconociera sus derechos fundamentales, consideró que i) por estar cumplidos por el accionante los requisitos para pensionarse y ii) por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional resultaba procedente ordenar en ese caso el reconocimiento de la pensión respectiva.

Esta Corporación igual ha tenido pronunciamientos reiterados y uniformes en cuanto a que llegada la edad de retiro forzoso no es factible continuar vinculado con la administración salvo los casos expresamente previstos en la misma legislación.²²

Más recientemente en relación con la edad de retiro forzoso esta Sección señaló que de acuerdo con los artículos 29 y 31 del Decreto 2400 de 1968, modificado el primero por el Decreto 3074 del mismo año, y 122 del Decreto 1950 de 1973, los servidores que lleguen a los 65 años de edad deben ser retirados del servicio que venían prestando, siendo claro además que el llegar a dicha edad se constituye en

²² CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: JORGE DANGOND FLOREZ. Bogotá, D. E., once (11) de septiembre (09) de mil novecientos setenta y nueve (1979) Actor: ARMANDO YEPES GARCÉS.

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: JAIME BETANCUR CUARTAS. Santafé de Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa (1990). Radicación número: 347. Actor: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION A Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil doce (2012). Radicación número: 68001-23-31-000-2004-03044-01(2504-11). Actor: AURORA URIBE BADILLO.

un impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de **“Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo.** Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando no sobre pase la edad de sesenta y cinco (65) años.”

En aquella oportunidad se concluyó que el cargo de Secretaria de la Asamblea Departamental es de libre nombramiento y remoción el cual no está exceptuado de la aplicación de las normas sobre administración de personal invocadas como transgredidas por las providencias disciplinarias cuya nulidad se solicitó en ese caso, razón por la que, *” establecido como está que la actora tenía más de 65 años de edad al momento de posesionarse del cargo de Secretaria de la Asamblea Departamental y que las normas sobre edad de retiro forzoso sí le eran aplicables, se negarán las pretensiones de la demanda.”*²³

Luego no existe duda que la edad de retiro forzoso constituye un impedimento para continuar en el ejercicio del cargo, con las excepciones previstas legalmente dentro de las cuales se encuentra el cargo de Alcalde elegido popularmente, dado que la prerrogativa de excepción a la edad de retiro forzoso la genera la forma de acceder al empleo por vía de elección en ejercicio de la soberanía popular, como lo tiene definido la Jurisprudencia y no la designación en encargo, porque la prerrogativa no la genera el empleo de Alcalde sino, se reitera, la forma de acceder al cargo por vía de elección popular.

6.4. El caso concreto

6.4.1. Hechos probados: Con el objeto de resolver el problema jurídico planteado la Sala encuentra probado los siguientes hechos:

²³ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "A" Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON. Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 73001-23-31-000-2002-01326-01(0199-06). Actor: CARMENZA ACOSTA AMOROCHO. Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

- La Comisión Especial que se conformó mediante auto de 1º de agosto de 2006 proferido por el señor Procurador General de la Nación, integrada por la Procuradora Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa y el Director de Investigaciones Especiales de la entidad, el 09 de agosto de 2006 avocó el conocimiento con fundamento en queja presentada por el señor Eduardo González Pardo en la que se da cuenta que el señor Alfonso Maria Liborio Alvarado López, al tomar posesión del cargo, como primer mandatario de Villavicencio, presentó contraseña expedida por el Registrador Especial de la mencionada ciudad, al parecer, con la fecha de nacimiento adulterada, dado que en la documentación allegada para reconocimiento y pago de pensión de jubilación, acreditó el 17 de enero de 1941. Con base en esta información se inició indagación preliminar y ordenó la práctica de pruebas.²⁴

- Comunicada la indagación preliminar al señor Alfonso Maria Liborio²⁵, de manera subsiguiente se realizó visita especial practicada en la Dirección de Talento Humano de la Secretaria de Servicios Administrativos de la Alcaldía de Villavicencio con el objeto de obtener copia de los documentos del señor Alvarado López aportada para tomar posesión del cargo, así como solicitar copia del acta de posesión.²⁶

- Efectuada la recopilación de la documentación respectiva, se acredita que el señor Alfonso Maria Liborio Alvarado López fue designado como Alcalde encargado mediante Decreto 0239 de 14 de julio de 2006, dado que el titular Agustín Gutiérrez Garavito fue suspendido provisionalmente de acuerdo a la Comunicación No. 0119D de 30 de junio de 2006 de la Procuraduría Regional el Meta.²⁷

La entidad investigadora practico visita a la Notaria Tercera del Circuito Notarial de Villavicencio con el objeto de allegar los documentos soportes para la posesión que presentó el Dr. Alfonso Maria Liborio Alvarado, en la que se allegó copia del acta de posesión de fecha 15 de julio de 2006 con la referencia de los documentos que exhibió.²⁸

²⁴ Flio 3-7 Cuaderno Pruebas Anexo 001

²⁵ Flios 8-10 Cuaderno Pruebas Anexo 001

²⁶ Flios 11-14 Cuaderno Pruebas Anexo 001

²⁷ Flios 44 Cuaderno Pruebas Anexo 001

²⁸ Folios 49-71 ibidem .

- Se practicó visita especial a las instalaciones de la Registraduría Nacional del Estado Civil de la localidad con el objeto de allegar copia de los documentos soportes diligenciados y expedidos por esa entidad en torno al trámite dado a la solicitud de Alfonso María Liborio Alvarado López para el duplicado de la cédula de ciudadanía.²⁹

- Se practicó visita a la sección de personal de la Delegación de la Registraduría Nacional del estado Civil del Meta con el objeto de allegar copia de la hoja de vida del Dr. Alfonso María Liborio Alvarado López y del historial de vinculación con la delegación de la Registraduría Nacional del Estado Civil del Departamento del Meta.³⁰

- Igualmente se practicó visita a las instalaciones del Despacho del Gobernador del Meta con el objeto de allegar copia de la hoja de vida presentada por el investigado en el Despacho del gobernador como candidato para ser designado como alcalde encargado de la Alcaldía de Villavicencio y demás documentos relacionados con la designación de alcalde encargado.³¹

- Se recibió versión libre a Alfonso María Liborio Alvarado López, el diez de agosto de 2006, en la que puso de presente al momento de referir a sus generales de ley: 1.- certificación de fecha 5 de julio de 2006 suscrita por el Registrador Especial de Villavicencio (Meta) en la cual se indica que el señor Alvarado López “tramitó cedula de ciudadanía No. 3.286.835 la cual se encuentra en trámite -sic- en la Registraduría Nacional del estado Civil en la ciudad de Bogotá certificación que se expide a solicitud del interesado...”, de fecha 10 de julio de 2006, 2.- Certificado de Registraduría No. 2337 en la cual se indica que la cédula de ciudadanía cuyos datos se relacionan se encuentra vigente según el “ANI” datos que son: nombre: ALFONSO MARIA LIBORIO, apellidos ALVARADO LÓPEZ, CÉDULA DE CIUDADANÍA No. 3.286.835 de Villavicencio, fecha de expedición 24 de febrero de 1962 se indica en dicha certificación que no es válida como documento de identificación válida por 30 días, 3.-) Documento en fotocopia de contraseña que en parte izquierda presenta impresión dactilar y foto en su parte superior señalando Organización Electoral Registraduría Nacional del Estado Civil y y en su parte derecha se infiere como fecha de preparación 5 de julio de 2006,

²⁹ Flios 72-90 Cuaderno Pruebas Anexo 001

³⁰ Flios 91-169 Cuaderno Pruebas Anexo 001

³¹ Flios 170-177 Cuaderno Pruebas Anexo 001

número de identificación No. 3.286.835, código 8, clase de expedición duplicado, a nombre del versionado, lugar de preparación Villavicencio (Meta), lugar y fecha de nacimiento San Juanito (Meta), lugar y fecha de nacimiento San Juan Juanito (Meta), 17 ENE 1949, A+; 4.-) fotocopia de la cédula de ciudadanía No. 3.286.835 de Villavicencio en nombre del versionado; 5.-) fotocopia de la tarjeta profesional de abogado No. 26.359 expedida el 27 de agosto de 1981 a nombre de Alfonso María Liborio Alvarado López.³²

- Se practicó visita a las instalaciones del Despacho de la Dirección Administrativa de pasivos prestacionales de la Gobernación del Meta con el objeto de allegar la documentación que se presentó para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.³³

- El Director Administrativo del área de pasivos prestacionales de la Gobernación del Meta certificó que el señor Alvarado López Alfonso María Liborio es pensionado por cuenta de la Gobernación del mismo departamento desde el 18 de enero de 1991.³⁴

- Se practicó visita a la oficina de coordinación de archivos de identificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil con el fin de explicar el procedimiento de incorporación de información al nuevo sistema de identificación (PMT) de la solicitud de duplicado de la cédula, diligencia atendida por el Director Nacional de identificación de la Registraduría.³⁵

Allegadas las pruebas del caso, la Comisión Especial mediante providencia de 2 de noviembre de 2006, procede a formular pliego único de cargos al señor Alfonso María Liborio Alvarado López, en primer lugar al haber tomado posesión como alcalde (e) de Villavicencio el día 15 de julio de 2006 pese a que para dicha fecha se encontraba impedido como quiera que contaba con más de 65 años de edad, esta última edad de retiro forzoso, por lo que se le imputó como quebrantadas las disposiciones contenidas en el artículo 31 del Decreto 2400 /68, artículo 122 del Decreto 1959 de 1973, y el artículo 34 numeral 9º de la Ley 734 de 2002 que señala como deber: “Acreditar los requisitos exigidos por la ley para la posesión y el desempeño del cargo” y dentro de tal exigencia esta la edad.

³² Flios 178-202 **Cuaderno Pruebas Anexo 001**

³³ Flios 231-251 **Cuaderno Pruebas Anexo 001**

³⁴ Flio 259 **Cuaderno Pruebas Anexo 001**

³⁵ Flios 270-272 y 287-288 **Cuaderno Pruebas Anexo 001**

El segundo cargo formulado que se le endilgo fue haber actuado como primer mandatario local de la ciudad de Villavicencio cumpliendo funciones propias del cargo de alcalde hasta el 17 de octubre de 2006.

El tercer cargo endilgado fue utilizar indebidamente documento público adulterado para tomar posesión del cargo de alcalde encargado en diligencia surtida ante el Notario Tercero de Villavicencio; igualmente, al rendir diligencia de versión libre dentro de las referidas diligencias, presentó contraseña correspondiente a su cédula de ciudadanía, expedida por la Registraduría del estado Civil de Villavicencio, a sabiendas de que la edad correcta de nacimiento corresponde al 17 de enero de 1941 y no de 1949, como quedó consignado en el referido documento (contraseña).

El cuarto cargo señaló que proporcionó dato inexacto, además, presentó documento ideológicamente falso y omitió aclarar la información que tenía relación directa con su vinculación y permanencia, como Alcalde (e), ya que en el formato único de hoja de vida de la Función pública, diligenciado y aportado para efectos de su posesión ante el Notario Tercero de Villavicencio, indicó la fecha de nacimiento corresponde al 17 de enero de 1949; igual situación se predicó respecto de la hoja de vida que allegó al Movimiento Nacional para postularse como candidato a integrar la terna de la cual el Gobernador del Meta debía escoger al alcalde encargado, por lo que al parecer, en forma fraudulenta, indujo en error e informó tener edad inferior a la real [63 años], para burlar el límite de la edad de retiro forzoso.

Igualmente dispuso tramitar por el procedimiento verbal y citar a audiencia para el 16 de noviembre de 2006, así como las pruebas a practicar en la audiencia.³⁶

Surtida la notificación personal³⁷, presentados los descargos³⁸ se celebró audiencia finalmente el 28 de noviembre de 2006 donde se presentó descargos, se solicitó la práctica de pruebas, se oyó la declaración de los testigos presentes, rindió versión el Doctor Omar Vicente Guevara Parada Notario tercero de Villavicencio quien también fue vinculado al proceso e igualmente investigado.³⁹

³⁶ FIs 76- 104 Cuaderno Pruebas Anexo 004

³⁷ FI 108 Cuaderno Pruebas Anexo 004

³⁸ FIs 119-129 Cuaderno Pruebas Anexo 004

³⁹ FIs 140 Vto -141 Cuaderno Pruebas Anexo 004

En la continuación de la diligencia celebrada el 18 de diciembre de 2006 se presentaron alegatos de conclusión tanto del apoderado del doctor Salcedo Torres⁴⁰, como del propio Alvarado López, quien los presentó en nombre propio.⁴¹

En continuación de diligencia de fecha 27 de enero de 2007, se profirió fallo de primera instancia en el que se resolvió:

“DECLARAR responsable disciplinariamente al Dr. JOSÉ MARÍA LIBORIO ALVARADO LÓPEZ –sic- identificado con la C.C. No. 3.286.835 de Villavicencio, en su condición de Alcalde (e) de Villavicencio, por las cuatro conductas reprochadas en el pliego de cargos, excepto el parta del cargo nro. Cuatro consistente en “proporcionar dato inexacto en la hoja de vida que allegó al Movimiento Nacional (Flio 175 cuad. 1)”

*SEGUNDO. Consecuente con lo anterior, se impone al Dr. JOSÉ MARÍA LIBORIOALVARADO LÓPEZ –sic-, sanción de **DESTITUCIÓN**, e inhabilidad general de quince (15) años, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de este acto.*

TERCERO. ABSOLVER de responsabilidad disciplinaria al Dr. JOSE MARÍA LIBORIO ALVARADO LÓPEZ, identificado con C.C. No. 3.286.835 de Villavicencio, en su condición de Alcalde (e) de Villavicencio, en cuanto el aparte del cargo nro. Cuatro consistente en “proporcionar dato inexacto en la hoja de vida que allegó al Movimiento Nacional, al informar que tenía 63 años de edad (f. 175 cuad. 1)”, por las razones expuestas en la parte considerativa de este acto. (...)”⁴²

Recurrida en apelación con fundamento en que *“existen varios conceptos al respecto pero lo importante es tener en cuenta que el cargo de Alcalde lo puede desempeñar cualquier persona mayor de 65 años pues es un cargo, como ya se dijo de elección popular y como tal hace parte de la excepciones –sic- a que se refiere el decreto legislativo 2400 de 1968, sobre cargos o empleos que puedan ocupar personas mayores de 65 años.”*

Alude que aquí *“hay que tener en cuenta que el cargo de Alcalde, así esté ocupado por una persona elegida popularmente o transitoriamente por otra persona encargada, sigue siendo un cargo de Elección Popular pues hay que tener en cuenta que en ambos casos quien ocupe este cargo quien ocupe este cargo lo está haciendo a nombre de una colectividad representada en un Partido o Movimiento Político...”*

Argumenta quebranto al debido proceso por diferentes razones de orden

⁴⁰ Fls 240-252 Cuaderno Pruebas Anexo 004

⁴¹ Fls 262-272 Cuaderno Pruebas Anexo 004

⁴² Fls 328 Vto-329 Cuaderno Pruebas Anexo 004

probatorio y al principio de buena fé. En tanto la comisión desconoció lo preceptuado en el artículo primero del Decreto 583 del 4 de abril de 1995, señalando que para la referida comisión la Ley 931 de 2004 no tiene ninguna aplicación frente al caso en estudio, siendo un error jurídico de interpretación de esta ley que estima muy clara en todo su contenido violándose el derecho a un debido proceso.⁴³

Por providencia de fecha 29 de marzo de 2007 proferida por la Sala Disciplinaria se abstuvo de declarar la nulidad de la actuación disciplinaria seguida contra el investigado Alfonso María Liborio Alvarado López y confirmar los ordinales primero y segundo de la misma providencia de fecha 23 de enero de 2007 mediante el cual se le declaró disciplinariamente responsable.⁴⁴

6.4.2. LOS CARGOS

El motivo de inconformidad frente a las decisiones de sanción lo centra el actor en síntesis en dos argumentos: uno de orden jurídico y otro de orden probatorio.

1.-) El jurídico lo sustenta en que la Ley 931 de 2004 es muy clara al señalar que no puede haber discriminación de ninguna clase, ni por ningún motivo o condición para ser designado o nombrado en un cargo público y prohíbe a los funcionarios públicos y privados exigir cualquier rango de edad para acceder a un cargo público. Alude que es el legislador y no el juez quien tiene la facultad de establecer alguna excepción relacionada con alguna materia legislativa.

Agrega que el cargo de Alcalde es un cargo de elección popular y jurisprudencialmente se ha determinado que para este cargo no existe límite de edad, precisamente por tratarse de un cargo de esa naturaleza y considera que tanto el elegido, como el elegido transitoriamente goza de los mismos privilegios y derechos si se tiene en cuenta que este último es designado de una terna que llega al Gobernador respectivo por parte del movimiento o partido político que eligió al primero y también porque el elegido transitoriamente representa la misma colectividad del elegido inicialmente y debe continuar desarrollando el programa de gobierno propuesto por el elegido popularmente.

⁴³ Fls 333-339 Cuaderno Pruebas Anexo 004

⁴⁴ Fls 352-382 Cuaderno Pruebas Anexo 004

Señala que la edad para ocupar cargos públicos de elección popular es inexistente o sea no hay un límite de edad para acceder a estos cargos.

Para contestar este argumento, debe decirse que la edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del decreto 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año. Dentro de esta salvedad quedan incluidos aquellos de elección popular, para los cuales se establezca un período fijo, como es el caso del presidente y del vicepresidente de la República, de los miembros de cuerpos colegiados, de los gobernadores o de los alcaldes. En estos casos la razón es la de que no cabría determinar una edad de retiro forzoso para aquellos ciudadanos que **por voluntad popular, expresada en las urnas, acto por excelencia a través del cual se expresa la soberanía popular**, sean elegidos para un período fijo, ya que mediante ese acto el pueblo directamente está manifestando su deseo de que esa persona -el elegido- y no otra, ocupe el cargo correspondiente y lo desempeñe durante todo el período previamente señalado en la Carta Política. Para estos cargos la Constitución no prevé edad de retiro forzoso.

Ahora este fundamento de soberanía popular solo se predica del modo de acceso al cargo de elección popular por vía electoral, porque es este modo el que da cuenta de la excepción en tanto el elector de manera directa interviene para manifestar su intención y voluntad en favor de determinado candidato para que sea esta y no otra persona quien desempeñe el poder y desarrolle la voluntad popular.

Lo anterior traduce que la excepción a la edad de retiro forzoso solo aplica al elegido mediante voto popular, en este caso, para el cargo de alcalde, por lo tanto no aplica para el designado temporalmente durante la suspensión provisional en el desempeño de sus funciones dentro de un proceso disciplinario, fiscal o penal del titular elegido popularmente o mientras se convoca a nuevas elecciones dependiendo la hipótesis fáctica del caso, así sea designado de terna enviada por el partido o movimiento político del suspendido.

Debe recordarse que en términos del artículo 106 de la Ley 136 de 1994, el Presidente de la República, en relación con el Distrito Capital de Santafé de Bogotá y los gobernadores con respecto a los demás municipios, para los casos

de falta absoluta o suspensión, designarán alcalde del mismo movimiento y filiación política del titular, de terna que para el efecto presente el movimiento al cual pertenezca en el momento de la elección.

El inciso final de la norma en cita señala: *“El alcalde designado o encargado deberá adelantar su gestión de acuerdo con el programa del Alcalde elegido por voto popular y quedará sujeto a la ley estatutaria del voto programático.”* mas no extiende las prerrogativas del elegido popularmente al designado transitoriamente. A esto se agrega que como en la designación no interviene la soberanía del elector, no se puede pensar que está presente en la conformación de la terna a través del mismo partido o movimiento político del elegido popularmente porque la misma no ha sido manifestada en las urnas como expresión soberana del pueblo.

El argumento expuesto por el demandante no resulta de recibo, y menos con relación a la posible discriminación en desconocimiento de la Ley 931 de 2004, porque frente al tema ésta Corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse⁴⁵ en concepto que resulta de recibo por la Sala, en el sentido de que la circunstancia de que no pueda vincularse a una entidad pública una persona mayor de 65 años, con salvedad de las excepciones legales, no constituye una restricción por razón de la edad para el ingreso al trabajo, que se encuentre prohibida por la Ley 931 de 2004, por cuanto dicha persona tiene derecho a percibir su pensión por vejez, conforme al artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968 y normas pertinentes, y antes bien, ella ya ha ejercido su derecho al trabajo y se debe aplicar el principio de relevo generacional, como lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-351/95, de manera que no se está atentando contra el derecho al trabajo que busca amparar la Ley 931. En este sentido, se deduce también que no se presenta una derogatoria tácita por parte de la Ley 931 de las normas de retiro forzoso, pues éstas se refieren a personas que ya accedieron al trabajo, lo desempeñaron y tienen derecho a una pensión, que es una situación bien distinta de la contemplada en la referida ley.

Por tanto, la Ley 931 de 2004 no derogó, ni expresa ni tácitamente, las normas referentes a la edad de retiro forzoso de los servidores públicos, y en razón a estos argumentos el cargo por este motivo no prospera.

⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: GUSTAVO APONTE SANTOS. Bogotá D. C., diecinueve (19) de julio de dos mil seis (2006).- Radiación número: 11001-03-06-000-2006-00075-00(1764). Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA

2.-) Con relación al segundo de los argumentos, el probatorio, señala, en primer lugar, que se violó el debido proceso, por cuanto los fallos de primera como de segunda instancia proferidos por la Procuraduría General de la Nación fueron proferidos con base en prueba inexistentes según el artículo 140 de la Ley 734 de 2002, mencionando las siguientes:

- Visita practicada a la División de Talento humano de la Secretaria Administrativa de la Alcaldía de Villavicencio – acta que obra a folio 9 del expediente cuaderno No. 1.

- Visita practicada a la Notaria Tercera de Villavicencio, acta que obra al folio 45 del expediente cuaderno No. 1.

- Visita practicada a las instalaciones de la Registraduría Nacional del Estado Civil en Villavicencio, acta que obra al folio 67 del expediente cuaderno No. 1.

- Visita practicada a la Sección de Personal de la Delegación de la Registraduría Nacional en Villavicencio, acta que obra al folio 83 del expediente cuaderno No. 1.

- Visita practicada a la Oficina de Archivo e identidad de la Registraduría Nacional, acta que obra al folio 245 del expediente cuaderno No. 1.

Pruebas estas que señala que fueron decretadas y practicadas sin la intervención y presencia del investigado, violándose de esta manera el numeral 4º del artículo 92 de la Ley 734 de 2002.

Al respecto se dirá que desde el mismo auto que resolvió iniciar indagación preliminar se dispuso decretar pruebas, auto este que fue notificado al indagado mediante Oficio No. 646 de agosto 9 de 2006 en los siguientes términos:

“ASUNTO: Practica de pruebas Exp. 156-146100-06

Respetuosamente me permito comunicarle que mediante auto de fecha 9 de agosto de 2006 proferida por la Dra. FLOR ALBA TORRES RODRIGUEZ, Presidente de la Comisión Especial y el Dr. FERNANDO ALBERTOP RODRIGUEZ CASTRO, Miembro de la Comisión, se ordenó la apertura de Indagación Preliminar – Comisión y a su vez se ordenó la práctica de pruebas las cuales se realizarán a partir del día 9 de agosto de 2006 en la medida en que cada diligencia requiera de tiempo. Lo anterior con el fin de que colabore

a l misma y participe en ella.-“⁴⁶

A su turno se citó a versión libre y se comunicó al indagado mediante Oficio No. 652 de agosto 10 de 2006 en los siguientes términos:

“ASUNTO: Citación Versión Libre

Respetuosamente me permito informarle que en cumplimiento de auto de fecha 9 de agosto de 2006 por el cual se ordenó INDAGACIÓN PRELIMINAR en su contra y se ordenó la práctica de pruebas se ha fijado el día 10 de agosto de 2006 a las 2.00 p.m. diligencia en la que sí es su deseo puede estar asistido de profesional de Derecho en garantía de su derecho a la defensa y demás consignados –sic- en el art. 92 de la Ley 734 de 2002.”

Este oficio fue entregado personalmente al indagado, quien en fé de su recibo firmo y de su puño y letra colocó en manuscrito “agosto 10/2006 Hora 8:10 a.m.”⁴⁷, oficios estos que no se ha cuestionado no haber sido recibidos.

Luego para la Sala resulta acreditado que el indagado e investigado fue puesto en conocimiento de la iniciación de la indagación preliminar y de las pruebas que se decretaron en el auto que dispuso iniciar la mencionada indagación y fue invitado a participar en la práctica de las mismas. Lo que quiere decir que las pruebas fueron legalmente decretadas, practicadas y allegadas a la investigación y amén de que estando posibilitado para participar en su práctica y no lo hizo, las pruebas allegadas al proceso estaban en posibilidad de ser conocidas por el investigado quien el ejercicio de su defensa estaba en condición de controvertirlas actividad procesal que tampoco se dio.

Por lo anterior, para la Sala resulta que el acopio de las pruebas cuestionadas se hizo de manera ajustada a la ley y respetando el debido proceso y el derecho de defensa en su decreto, practica y recaudo sin que la ausencia del indagado quien enterado de su práctica no asistió, no resta validez a la actividad probatoria así ejecutada.

El cargo por esta razón no encuentra sustento y será negado.

En segundo lugar el actor refiere que los actos administrativos sancionatorios que aquí se demandan fueron proferidos con base en la versión libre que rindió ante la Procuraduría General de la Nación, versión que fue conmutada o cambiada,

⁴⁶ Flio 6 Cuaderno Pruebas Anexo 004

⁴⁷ Flios 6, 7 y 8 Cuaderno Pruebas Anexo 004

aludiendo los apartes que estimó en esta condición.

Alude que no hubo valoración integral de la prueba refiriendo a las que estimó no fueron valoradas, así refiere:

- Se dice que su edad es de 58 años, lo que es falso, porque manifestó que tenía 65 años de edad y para demostrarlo, en el momento de la diligencia de versión libre presentó o adjuntó al expediente copia de su partida de bautismo y copia de registro civil de nacimiento e indicar así mismo que su fecha de nacimiento fue el 17 de enero de 1941 y no de 1949, documentos que obran en el expediente a folios 156 y 157 del expediente cuad 1.
- Señala que se identificó con una certificación expedida por la Registraduría Especial de Villavicencio en donde consta que su cédula se encuentra en trámite y a la vez presentó partida de bautismo y su registro civil de nacimiento en el momento de rendir la versión libre ante la Procuraduría, documentos que fueron anexados al expediente, siendo falso que presentó la contraseña de su cédula de ciudadanía como medio de identificación.
- Se cambió el lugar de nacimiento que dijo era San Juanito Meta, el 17 de enero de 1941 y en el acta de versión libre se dice que es natural de Bogotá, Cundinamarca lo que es falso, porque al momento mismo de rendir versión libre estaba demostrando con la partida de bautismo y el registro civil de nacimiento, el lugar y fecha de nacimiento.
- Se modificó el nombre de su esposa e hijos.

Al respecto se dirá que si bien tales circunstancias, algunas de ellas pueden constituir irregularidad en el transcurso de la investigación las mismas no tienen la entidad como para invalidar la actuación dado que no cuentan con la sustancialidad que afecte el debido proceso que se exige para que las mismas generen nulidad de la actuación.

En efecto, en la versión libre se presentó por el indagado para el efecto de la identificación los siguientes documentos 1.- certificación de fecha 5 de julio de 2006 suscrita por el Registrador Especial de Villavicencio (Meta) en la cual se

indica que el señor Alvarado López “tramitó cédula de ciudadanía No. 3.286.835 la cual se encuentra en trámite -sic- en la Registraduría Nacional del estado Civil en la ciudad de Bogotá certificación que se expide a solicitud del interesado...”, de fecha 10 de julio de 2006, 2.- Certificado de Registraduría No. 2337 en la cual se indica que la cédula de ciudadanía cuyos datos se relacionan, se encuentra vigente según el “ANI” datos que son: nombre: ALFONSO MARÍA LIBORIO, apellidos ALVARADO LÓPEZ, CÉDULA DE CIUDADANÍA No. 3.286.835 de Villavicencio, fecha de expedición 24 de febrero de 1962 se indica en dicha certificación que no es válida como documento de identificación válida por 30 días, 3.-) Documento en fotocopia de contraseña que en parte izquierda presenta impresión dactilar y foto en su parte superior señalando Organización Electoral Registraduría Nacional del Estado Civil y en su parte derecha se infiere como fecha de preparación 5 de julio de 2006, número de identificación No. 3.286.835, código 8, clase de expedición duplicado, a nombre del versionado, lugar de preparación Villavicencio (Meta), lugar y fecha de nacimiento San Juanito (Meta), lugar y fecha de nacimiento San Juan Juanito (Meta), 17 ene 1949, A+; 4.-) fotocopia de la cédula de ciudadanía No. 3.286.835 de Villavicencio en nombre del versionado; 5.-) fotocopia de la tarjeta profesional de abogado No 26.359 expedida el 27 de agosto de 1981 a nombre de Alfonso María Liborio Alvarado López.⁴⁸

De allí se infiere, junto con el restante material probatorio que para la fecha en que se produjo la posesión el 16 de julio de 2006, el demandante ya contaba con más de 65 años y allegó como documento a la posesión contraseña que da cuenta de encontrarse en trámite duplicado de la cédula de ciudadanía 3.286.835 figurando allí como fecha de nacimiento el 17 de enero de 1949, fecha esta que igual fue colocada en la hoja de vida que se allegó en la posesión en donde de puño y letra se señala tal fecha de nacimiento y se firma por el abogado Alvarado López en el entendido que bajo la gravedad de juramento se señala que la información allí consignada es veraz. Tal dicho contraría la realidad en tanto la fecha real corroborada con el registro civil de nacimiento⁴⁹ que se allegó como prueba al expediente es 17 de enero de 1941.⁵⁰

Así pues, las irregularidades advertidas por el actor y que en su sentir tuvieron presencia en la versión libre, no cuentan con la sustancialidad que se exige para

⁴⁸ Flios 178-202 Cuaderno Pruebas Anexo 001

⁴⁹ Flio 76 Cuaderno Pruebas Anexo 004

⁵⁰ Flios 44-66 Cuaderno Pruebas Anexo 004

restar validez a la actuación surtida en el proceso disciplinario. Nota la Sala que la prueba obrante en el proceso disciplinario es copiosa y de ella se deduce sin mayor esfuerzo la configuración de la mayoría de edad y no un simple error de digitación en la contraseña, como se pretendió hacer ver como argumento de defensa por el investigado, sino que realmente se tergiversó la verdad sobre su edad de más de 65 años, a sabiendas se usó una información ajena a la realidad sobre el dato de la edad en la contraseña, sino que a más de usarse el dato inexacto para tomar posesión, se reiteró dicha información en la hoja de vida presentada para tomar posesión.

Ahora, el que la falsedad de la contraseña de la cédula no este probada por la justicia penal no es requisito de validez que se exija para la actuación administrativa sancionatoria.

Frente al tema la Corte constitucional ha dicho⁵¹ *“Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues como ya se dijo, el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio”*⁵².

La posibilidad de que un servidor público o un particular, en los casos previstos en la ley, sean procesados penal y disciplinariamente por una misma conducta no implica violación al principio *non bis in ídem*, pues, se trata de dos juicios diferentes que buscan proteger bienes jurídicos diversos y que están encaminados, según exista mérito para ello, a imponer sanciones que se caracterizan por ser de naturaleza jurídica distinta.

Concluyó como evidente que el Congreso de la República no condicionó la aplicación de la norma⁵³ al trámite de un proceso penal y menos aún a la calificación que una autoridad judicial hiciera respecto del comportamiento causante del proceso disciplinario. La disposición atacada obliga al “juez disciplinario” a verificar en la legislación penal si la conducta que ha dado lugar al proceso está descrita objetivamente o tipificada, para posteriormente establecer

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C-720/06

⁵² Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵³ Numeral 1º. del artículo 48 de la ley 734 de 2002

dentro del proceso a su cargo si la misma conducta fue cometida con dolo o culpa, con el propósito de imponer la respectiva sanción atendiendo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 734 de 2002 -Código Disciplinario Único.

De tal manera que la diferencia en cuanto a la naturaleza, principios, características y finalidad de los procesos penal y disciplinario, puede llevar a que por un mismo hecho: **i)** se condene penalmente y se sancione disciplinariamente a la misma persona, **ii)** se le condene penalmente y se le absuelva disciplinariamente, **iii)** se le absuelva penalmente y se le sancione disciplinariamente, o **iv)** se le absuelva penal y disciplinariamente.

Luego no existe la posibilidad de que se requiera penalmente el reconocimiento del delito para que la conducta merezca reproche disciplinario como pretende hacerlo ver el demandante.

Finalmente en cuanto a la falta de apreciación integral o conjunta de las pruebas, habrá de decirse que de acuerdo con el artículo 141 del Código Único Disciplinario *“las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que ésta se fundamenta.”*

Tanto el fallo de primera instancia como el de segunda resultan afortunados en la exposición de las pruebas relevantes para definir el objeto del proceso, y por tanto cumplen a cabalidad con la exigencia legal.

Baste citar los siguientes apartes del fallo de primera instancia para dar cuenta de lo anotado respecto a cada cargo así:

Respecto del cargo uno:

“Se le reprocha el hecho de haber tomado posesión como Alcalde (e) de Villavicencio – el día 15 de julio de 2006-, pese a que a dicha fecha se encontraba impedido, como quiera que contaba con más de 65 años de edad, esta última de retiro forzoso.”

“Del material probatorio allegado a la actuación disciplinaria, se tiene por demostrado que a la fecha de posesión, el investigado ALVARADO LÓPEZ, contaba con más de 65 años de edad, lo cual se desprende de la fotocopia de la cédula de ciudadanía número 3.286.835; registro civil de nacimiento y la fotocopia de la tarjeta biográfica existente en el D.A.S., que demuestran que su fecha de nacimiento, corresponde al 17 de enero de 1941, documentos visibles a folios 24, 76, 227 y 228 cuad.”

1, respectivamente, hecho que fue corroborado en la versión libre, visible en los folios 133 y siguientes.”⁵⁴

Respecto del cargo dos:

“No obstante a contar con la edad de retiro forzoso, ha actuado como primer mandatario local de la Ciudad de Villavicencio, es decir, ha cumplido las funciones que le son propias al cargo de alcalde, hasta el día 17 de octubre último. Por tanto, se le censura el hecho de no haberse declarado impedido teniendo la obligación de hacerlo y, por ende, se abstuvo de renunciar frente a dicha situación”

“Lo afirmado encuentra respaldo probatorio en el acta de posesión, visible a folio 454 del plenario, diligencia que se cumplió ante el Notario 3º de Villavicencio, el día 15 de julio de 2006 (F. 44 cuad 1), cargo que se desempeñó hasta el 17 de octubre de 2006, conforme a la certificación expedida por la Directora de Talento Humano de la Alcaldía, aportada a folio 181 cuad. 2. Se tiene por demostrado que, efectivamente, el investigado ALVARADO LÓPEZ, actuó como primer mandatario local de Villavicencio, valga decir, cumplió las funciones inherentes al cargo, pese a la existencia de una causal de impedimento, como quiera que contaba con edad superior s 65 años, frente a lo cual estaba obligado a renunciar y, no abstuvo de hacerlo.”⁵⁵

En cuanto al cargo tres:

“Utilizar indebidamente documento público adulterado, para tomar posesión del cargo de alcalde encargado, diligencia que cumplió ante el notario 3º de Villavicencio; igualmente, al rendir diligencia de versión libre dentro de las presentes diligencias (F. 134), presentó la contraseña correspondiente a su cédula de ciudadanía, expedida por la Registraduría del Estado Civil de Villavicencio, cuya copia obra en el folio 52 del plenario, a sabiendas de que la edad correcta de nacimiento corresponde al 17 de enero de 1941 y no 1949, como quedó consignado en el referido documento (contraseña)”.

Para la Comisión queda plenamente demostrado que, efectivamente, la contraseña correspondiente al nro. 3.286.835, perteneciente al disciplinado ALVARADO LÓPEZ fue adulterada, en la fecha de nacimiento, en concreto, , en el último dígito del año de nacimiento, toda vez que, como se estableció, la fecha real de nacimiento corresponde al 17 de enero de 1941 y allí se hizo aparecer 1949. En la diligencia de versión libre, rendida en las presente actuación, -SIC- atribuyó dicha irregularidad a funcionarios de la Registraduría del Estado Civil, al respecto explicó “[c]uando a mí se me entregó la contraseña en la Registraduría, la verdad es que uno recibe el desprendible, lo doblé y lo hacha -SIC- en el bolsillo sin ponerse uno a observar si todo estaba en regla o no, eso sucedió en mi caso (...)fue la que presenté en la Notaría, sin pensar que llevaba una fecha diferente de nacimiento a la que realmente tengo” (fs 137 fte. Cuad. 1). Sin embargo, advierte la Comisión, que con el testigo perito de la Registraduría – Dr. Rubén Darío Quinceno Machado-, cuyo dictamen se escuchó en audiencia, que contó con la asistencia de los disciplinados y que no fue objetado en su momento, tal como se evidencia en la correspondiente grabación, se demostró todo lo contrario,

⁵⁴ Flio 291 Cuaderno Pruebas Anexo 004

⁵⁵ Flio 303 Cuaderno Pruebas Anexo 004

es decir, que la controvertida adulteración, no es imputable a la Organización Electora.

Ahora bien, considera la Comisión que la conducta imputada en las presentes diligencias, consistió en la indebida utilización del documento adulterado (contraseña), sin que se haya indagado y reprochado sobre el tema de la autoría material de dicha falsedad, con todo tal hecho es objeto de investigación, por parte de la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior, con sede en Villavicencio (f.290 cuad); (...) ⁵⁶

Igualmente se procedió con ocasión del cargo cuarto:

“Usted proporcionó dato inexacto, además, presentó documento ideológicamente falsos y omitió aclarar la información que tenía relación directa con su vinculación y permanencia, como Alcalde (e) de Villavicencio ya que, en el formato único de la hoja de vida de la Función Pública, diligenciado y aportado para efectos de su posesión ante el notario tercero de Villavicencio, indicó que fecha de nacimiento corresponde al 17 de enero de 1949 (f. 62); igual situación se predica respecto de la hoja de vida que allegó al Movimiento al Movimiento –SIC- Nacional (f. 175), para postularse como candidato a integrar la terna de la cual el gobernador el Meta debía escoger al alcalde encargado, usted, al parecer, en forma fraudulenta, indujo a error e informó edad menor a la real [63 años], para burlar el límite de la edad de retiro forzoso.(...)”

(...) de donde se infiere la obligación de elaborar “personalmente, el formato y diligenciado en debida forma, lo cual significa, que los datos consignados corresponden a la realidad. Así que no resulta admisible y justificado para la Comisión Especial, n que dicho error fue consignado por la señorita Andrea Carolina Muñoz Laverde, previa consulta de la contraseña y, en su lugar, exima de responsabilidad al implicado Dr. ALVARADO LÓPEZ, pues se reitera, era su deber gestionarlo en forma directa y debió verificar la veracidad de información suministrada a estampar su firma.

En segundo lugar, dicho formato fue firmado por el mismo investigado, hecho que aceptó en su versión (f. 133) y, pese a ello, consignó dato inexacto, como es, la fecha de nacimiento -17 de enero de 1949-, cuando en realidad corresponde al 17 de enero de 1941 (fs. 62)

En tercer lugar, resalta la Comisión Especial que en el texto del mismo formato de hoja única trae impresa la siguiente información “*Para todos los efectos legales, **certifico que todos los datos por mí anotados, en el presente formato único de hoja de vida, son veraces***” (artículo 5 de la Ley 190/95).(f. 65 Negrillas y subrayas del Despacho) y, como se enunció, la fecha de nacimiento no corresponde a la realidad, hecho que demuestra, una vez más, el ánimo de engañar respecto de la verdadera edad y burlar así, el tope máximo de la edad de retiro forzoso.” ⁵⁷

Para la Sala resulta cumplida a satisfacción la valoración probatoria bajo las reglas de la sana crítica, dado que el objeto de prueba del proceso dirigió la apreciación probatoria y el razonamiento del mérito asignado a cada prueba pertinente para acreditar la verdad de la situación investigada. Ahora bien, en segunda instancia el

⁵⁶ Flio 305 Cuaderno Pruebas Anexo 004

⁵⁷ Flio 313 Cuaderno Pruebas Anexo 004

razonamiento se efectuó con mayor detalle⁵⁸, tendiente a descartar nulidades que se dedujeron propuestas en la apelación del investigado, como quebranto al debido proceso y al derecho de defensa.

El que no se haya hecho mención a las pruebas aportadas por el actor tendiente a demostrar supuestas equivocaciones en la digitación de cédulas de ciudadanía, no implica que hubiesen sido desconocidas, dado que el material probatorio y los hechos demostrados por estos medios de prueba contenían mayor fuerza probatoria y por consiguiente mayor peso de credibilidad respecto de las aportadas por el investigado Alvarado López tendientes a demostrar un yerro que en el caso era evidente que no existía y ello se deduce del análisis en conjunto de todo el material probatorio allegado, lo cual de suyo relevaba de hacer manifestación concreta y expresa frente a medios de prueba inútiles para excluir responsabilidad del investigado.

Por lo tanto los argumentos de defensa sobre los que se pretende estructurar el cargo no encuentran sustento probatorio y en su lugar habrá de declararse impróspero el cargo por violación al debido proceso y al derecho de defensa.

En criterio de la Sala, suficientes resultan estos argumentos para denegar las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, 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.

FALLA

NEGAR las pretensiones de la demanda, por los argumentos aquí expuestos.

En firme, archívese previas las anotaciones del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la

⁵⁸ Flio 308-378 Cuaderno Pruebas Anexo 004

fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO