

PROCESO DISCIPLINARIO – Técnico administrativo del Ministerio de Agricultura / CONDUCTA – Peculado por apropiación / INVESTIGACION DISCIPLINARIA – Términos / VENCIMIENTO DE TERMINO DE INVESTIGACION – Prorroga hasta por la mitad del término / TERMINOS PROCESALES – Cumplimiento / ACCION DISCIPLINARIA – Termino de prescripción / INVESTIGACION DISCIPLINARIA – No se vulneración de los términos procesales

De lo anterior se deduce que la etapa de investigación disciplinaria cuenta con un término razonable y general de seis (6) meses a partir de la decisión de apertura, para formular cargos o archivar las diligencias, sin embargo, en los casos en que se adelante investigación por las faltas contenidas en el artículo 48 numerales 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 de la Ley 734 de 2002 será de doce (12) meses, término que podrá aumentarse en una tercera parte cuando dentro de una misma actuación se investiguen varias faltas o sean dos (2) o más los investigados. De igual manera, esta norma señala que vencido el término de la investigación (6 meses o 12 meses según el caso), el operador disciplinario puede optar por archivar las diligencias o adoptar la decisión de cargos, siempre y cuando se den los presupuestos legales para ello, por ende, en caso de que hicieren falta pruebas que pudieren incidir en el proceso se prorrogará la investigación hasta por la mitad del término, es decir, por tres (3) meses más para los eventos en que no se investiguen las faltas descritas en los artículos 48 numerales 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 de la Ley 734 de 2002 para los cuales, como se dijo, será de seis (6) meses adicionales si se trata de una sola falta o un solo investigado. Del asunto materia de estudio tenemos que, el auto de investigación fue proferido el 16 de agosto de 2005, la entidad formuló cargos el 6 de enero de 2006 encontrándose dentro del término que la citada norma establece, observándose el transcurrir de tan solo cuatro (4) meses y veintiséis (26) días desde su vinculación al proceso disciplinario hasta la calificación de la investigación, lo que evidencia la no existencia de vulneración a los términos señalados para esta etapa de la investigación disciplinaria y por ende del derecho fundamental invocado.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 30 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 48 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 156

VALORACION PROBATORIA – Atipicidad de la conducta / PRINCIPIO DE TIPICIDAD – Antecedente jurisprudencial / ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA – Peculado por apropiación / DECLARATORIA DE NULIDAD DE LOS ACTOS – Ausencia de los elementos del tipo penal por el que sanciono / FALSA MOTIVACION – No existe medio probatorio que indique que la propiedad del bien es del Ministerio de Agricultura

Es por ello que, haciendo una valoración de las pruebas antes relacionadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, encuentra la Sala que se presenta la atipicidad de la conducta peculado por apropiación, por la que fue sancionado el actor en consideración a lo siguiente: Son coincidentes en sus declaraciones tanto del disciplinado como el señor contratista Pedro Alonso Castiblanco Ramírez, que los bienes por los cuales se inició y culminó el proceso disciplinario con los actos acusados corresponden a bienes reemplazados por garantía, hecho este que es ratificado por el Ministerio en la contestación de la demanda, por consiguiente estos fueron objeto de una donación que le hizo el aludido contratista al disciplinado, por considerar que eran de su propiedad en razón al reemplazo de los mismos con ocasión de la efectividad de la garantía que realizó en cumplimiento de la orden de servicio No. 093 del 1 de septiembre de 2004 suscrita

para el mantenimiento y reparación del sistema eléctrico de los sanitarios del referido Ministerio. En ese sentido, hay ausencia de los elementos del tipo penal por el que se le sancionó, razón por la cual necesariamente ha de imponerse su absolución y consecuentemente la declaratoria de nulidad de los actos acusados por medio de las cuales se le sancionó con destitución e inhabilidad en el ejercicio del cargo y accederse al correspondiente restablecimiento del derecho, en los términos que más adelante se precisaran. Se reitera, que es atípica la conducta por la que se le sancionó, pues en el presente caso no existe medio probatorio que indique que la propiedad del bien esté en cabeza del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, condición ésta necesaria para encuadrar la conducta del disciplinado en el tipo penal endilgado, conllevando a que los actos acusados estén revestidos de falsa motivación, pues se fundamentaron en un hecho que a la postre no concuerda con la realidad. Por lo expuesto, la Sala no encuentra correspondencia entre la conducta del actor con el supuesto normativo descrito en el Código Penal artículo 397 "Peculado por Apropiación", es decir, se presentó la denominada atipicidad, por lo que no era procedente la sanción, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Nacional, nadie puede ser juzgado, o mejor, disciplinado por hechos, conductas o comportamientos que no estén previamente descritos como falta en la Ley, y por esa razón el cargo formulado por el demandante y el Ministerio Público está llamado a prosperar.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 29

INHABILIDAD – General y especial / ESCALA DE SANCIONES – Tipo de falta y grado de responsabilidad / OPERADOR DISCIPLINARIO – Impuso una sanción de inhabilidad simple / LIMITE DE LA SANCION – imprecisión al establecer una sanción que no enmarca dentro los límites que establece el artículo 46 de la Ley 734 de 2002 / PRESUNCION DE LEGALIDAD – Desvirtuada / REINTEGRO – Al cargo igual o equivalente

Visto lo anterior, tenemos que el operador disciplinario en las decisiones de primera y segunda instancia, simplemente determinaron que la sanción a imponer el señor Melquisedec Moreno era de simple inhabilidad, sin precisar si esta correspondía a una general o especial como se establece en la normatividad en cita, así mismo, dio operador, incurre en la imprecisión al momento de establecer el límite de la sanción, por cuanto, fijó ésta por un término de cinco (5) años, situación ésta que no se enmarca dentro de los límites que establece el artículo 46 del C.D.U. (...) De acuerdo con lo expresado, las decisiones atacadas no se ajustaron a la normatividad establecida en la ley disciplinaria para efectos de determinar la clase de sanción y la fijación de los límites de la misma, por cuanto no se precisaron el tipo de inhabilidad que estaban imponiendo al investigado, y se infringió la ley en cuanto estableció una sanción que no está consagrada en el Código Disciplinario Único, ni para la inhabilidad general, ni la especial, lo que denota la vulneración del principio de legalidad anteriormente señalado, configurándose una irregularidad adicional en los actos demandados. En consecuencia, al quedar desvirtuada la presunción de legalidad, la Sala decretará la nulidad de las decisiones contenidas en los auto del 25 de julio de 2007 y 31 de diciembre de 2007, proferidas por Secretario General y el Ministro del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, respectivamente, por medio de las cuales se declaró al señor Melquisedec Moreno Mosquera disciplinariamente responsable y lo sancionó con destitución e inhabilidad general por 5 años y la Resolución No. 000028 de 28 de enero de 2008, suscrita por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, que ejecutó la sanción disciplinaria.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 44 / LEY 734 DE 2002 –
ARTICULO 46

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00078-00(0298-12)

Actor: MELQUISEDEC MORENO MOSQUERA

**Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO
RURAL**

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección Segunda de la Corporación de 15 de julio de 2014, para dictar Sentencia de Única Instancia¹. En consecuencia, le corresponde a la Sala adoptar la decisión correspondiente, dentro de la controversia planteada.

DEMANDA

Pretensiones.-

Por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Melquisedec Moreno Mosquera presentó demanda² encaminada a obtener la nulidad de los siguientes actos:

¹ Mediante Auto de 16 de abril de 2012, al resolver sobre la remisión del proceso por competencia efectuada por el Juzgado Décimo Administrativo de Descongestión de Bogotá, esta Corporación avocó el conocimiento del asunto en Única Instancia (folios. 295 a 298, Cuaderno principal).

² Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho del 30 de mayo de 2008 (folios. 119 a 129, Cuaderno principal).

(i) Fallo Disciplinario de Primera Instancia³ de 25 de julio de 2007, proferido por el Secretario General – Control Interno del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que sancionó al demandante en su condición de Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 14, con destitución e inhabilidad por el término de 5 años.

(ii) Auto⁴ de 31 de diciembre de 2007, expedido por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, que desató el recurso de apelación interpuesto contra la anterior decisión y la confirmó.

(iii) Resolución No. 000028⁵ de 28 de enero de 2008, suscrita por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, que ejecutó la sanción disciplinaria impuesta al accionante.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó: (i) reintegrarlo al cargo que venía desempeñando al momento del retiro o a otro de igual o superior categoría; (ii) pagar los salarios y demás prestaciones sociales dejados de percibir como consecuencia del retiro del servicio y hasta cuando sea reincorporado al empleo; (iii) declarar que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio para todos los efectos legales y prestacionales; (iv) dar cumplimiento a la Sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.; y (v) condenar en costas a la parte accionada.

Fundamentos fácticos.-

El señor Melquisedec Moreno Mosquera afirmó que prestó sus servicios en el Ministerio de Agricultura desde el 10 de enero de 1984 hasta el 31 de enero de 2008⁶, fecha en que fue destituido del cargo que ocupaba como Técnico Administrativo.

³ Folios 261 a 323 del expediente disciplinario

⁴ Folios 352 a 363 del expediente disciplinario

⁵ Folios 386 a 388 del expediente disciplinario

⁶ Memorando del 31 de mayo de 2008, por medio del cual le comunicaron al señor Melquisedec Moreno Mosquera la Resolución 000028 del 28 de enero de 2008.

Explicó que el 5 de mayo de 2005 retiró del Ministerio de Agricultura unos tubos que le obsequió el contratista Pedro Alonso Castiblanco Ramírez; sin embargo, la oficina de seguridad informó que el actor se había llevado unos fotoceldas o fluxómetros de los baños.

Indicó que el mencionado contratista en el año 2005 realizó un mantenimiento del sistema eléctrico de los sanitarios y cambió algunas piezas para garantizar su funcionamiento y le obsequió algunas de los elementos reemplazados.

El accionante señaló que se hizo inspección ocular a todos los baños del edificio donde laboraba, en la cual se encontró que el sistema eléctrico de éstos estaba completo. Además, se halló una bolsa en la que reposaban objetos con los que se podían ensamblar 2 sistemas electrónicos completos.

El demandante expuso que no se demostró que hubiera hurtado objetos pertenecientes al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, pues la inspección no arrojó que faltaran elementos. Además, no se probó que las fotoceldas fueran de propiedad de dicha entidad.

Concluyó que podría “ser responsable de alguna falta menor al obrar por negligencia o faltar a los procedimientos”.

Normas violadas y concepto de violación.-

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Código Contencioso Administrativo, artículos 85, 206 y siguientes; Ley 734 de 2002, artículos 4, 6, 9, 13, 18, 20, 23, 28, 128 y 129.

El accionante argumentó que los actos administrativos demandados desconocieron su derecho al debido proceso, pues excedieron el término de seis

meses establecidos por la Ley 734 de 2002 para realizar la investigación disciplinaria.

También sostuvo que se desconocieron los términos previstos por el legislador para proferir pliego de cargos, practicar pruebas y expedir el fallo disciplinario, ya que la actuación administrativa tardó dos años.

El actor indicó que debe existir absoluta certeza de la comisión de la falta disciplinaria; sin embargo, las pruebas allegadas al expediente administrativo permiten advertir la existencia de una duda en relación con la conducta investigada.

Al respecto expresó que la diligencia de inspección ocular arrojó como resultado que no faltaban piezas en los baños del edificio donde funcionaba el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, es decir, que las obras contratadas se ejecutaron a cabalidad y se utilizaron los elementos comprados por dicha entidad.

Agregó que el contratista Pedro Alonso Castiblanco declaró que le regaló unos tubos al señor Melquisedec Moreno Mosquera porque *“eran propiedad suya como contratista de dicho contrato de mantenimiento, que las piezas obsequiadas hacían parte de la garantía del contrato y por tal razón no tenían por que proveerlas el Ministerio sino el contratista”*.

Concluyó que los elementos de juicio recaudados permiten concluir que el demandante no incurrió en la falta disciplinaria reprochada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, actuando por intermedio de apoderada judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos (fls. 312 a 319):

Explicó que de acuerdo con las declaraciones del contratista Pedro Alonso Castiblanco no es claro que él le hubiera regalado unos tubos al accionante. Además, incurrió en contradicciones al rendir testimonio.

Indicó que el actor no fue sancionado por sustraer elementos instalados en los

baños del edificio del Ministerio de Agricultura y desarrollo Rural, sino por llevarse unos elementos que fueron cambiados por garantía.

Expresó que el demandante era el interventor del contrato en virtud del cual se cambiaron los mencionados elementos, razón por la que tenía conocimiento de que los objetos reemplazados eran de propiedad del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Precisó que el Auto de apertura de investigación disciplinaria fue proferido el 16 de agosto de 2005 y el pliego de cargos el 6 de enero de 2006, es decir que la etapa de investigación no tardó más de seis meses. Además, la Ley no prevé un término para decidir sobre las pruebas solicitadas en la presentación de descargos.

Concluyó que al accionante se le respetó el debido proceso y que la sanción disciplinaria obedeció al análisis de las pruebas allegadas al plenario, las cuales evidenciaron el desconocimiento de sus deberes funcionales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- El apoderado del **demandante** recorrió el traslado para alegar, reiterando los argumentos desarrollados en el escrito de la demanda, de los cuales se destacan los siguientes (fls. 352 a 356):

Indicó que las pruebas aportadas al expediente disciplinario adelantado contra el demandante evidenciaban su inocencia frente a los hechos investigados.

Precisó que nunca se demostró que los elementos sustraídos fueran de propiedad del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Al respecto, explicó que mediante Orden de Prestación de Servicios No. 093 de 1 de septiembre de 2004, se contrató con el señor Pedro Alonso Castiblanco García para el mantenimiento y

reparación del sistema electrónico sanitario de dicha entidad.

Explicó que el contratista cambió algunos elementos que estaban desgastados e inservibles por otros nuevos. Además, las piezas reemplazadas pertenecían al contratista, quien podía disponer libremente de éstas, tal como lo hizo al obsequiárselas al accionante.

Agregó que no se demostró que el disciplinado hubiera actuado con dolo y, por el contrario, actuó con el convencimiento de que hacía lo correcto.

La apoderada de la **Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural**, presentó alegatos de conclusión en los siguientes términos (fls. 357 a 359):

Expresó que el actor incurrió en una falta disciplinaria al sustraer de las instalaciones del Ministerio unos elementos pertenecientes a dicha entidad. Además, era el supervisor del contrato en que se reemplazaron unos elementos por otros y tenía conocimiento que las piezas reemplazadas debían reintegrarse al Ministerio, tal como se pacta usualmente en los contratos de obra.

Reiteró que la actuación disciplinaria se ajustó al debido proceso y respetó las garantías establecidas por el legislador en materia sancionatoria.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación, al rendir concepto solicitó acceder a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos (fls. 361 a 366):

Explicó que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural celebró un contrato de obra, en virtud del cual se cambiaron unos elementos del baño del edificio donde funcionaba la entidad; sin embargo, nunca se pactó que los objetos reemplazados

debieran entregarse al Ministerio, situación que permite concluir que las piezas que tomó el actor eran de su propiedad.

Agregó que los aludidos elementos constituían material de desecho y por lo tanto no había razón para guardarlos en las instalaciones del Ministerio.

Sostuvo que el contratista le regaló dichas piezas al accionante, situación que dio lugar a que considerara que estaba actuando conforme a derecho.

Advirtió que al actor se le sancionó con destitución e inhabilidad por el término de 5 años, pese a que la Ley 734 de 2002, establece que la inhabilidad general corresponderá a un mínimo de 10 años y la especial oscila entre 1 y 12 meses. Además, no se expusieron los motivos para dosificar la sanción ni se indicó si la inhabilidad era especial o general, es decir, que se quebrantaron los principios de legalidad y proporcionalidad de la pena.

Concluyó que la sanción de destitución resultaba desproporcionada frente al hecho generador, esto es, la sustracción de unos objetos defectuosos y que nunca habían ingresado al inventario del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue presentada ante los Juzgados Administrativos de Circuito (reparto), por el demandante el 30 de mayo de 2008, el Juzgado Veinticinco (25) Administrativo en auto del 19 de diciembre de 2008⁷, admitió la demanda instaurada y ordenó las notificaciones de rigor.

El Juzgado Veinticinco (25) Administrativo en auto del 13 de octubre de 2011⁸, resolvió enviar el proceso a los Juzgados Administrativos de Descongestión para

⁷ Folio 139 Cuaderno Principal.

⁸ Folio 289 Cuaderno principal.

su redistribución.

El Juzgado Diez (10) Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C., en auto del 21 de noviembre de 2011⁹, resolvió remitir por competencia el presente proceso al Consejo de Estado Sección Segunda.

El Consejo de Estado en auto del 16 de octubre de 2012¹⁰, avocó el conocimiento del proceso y posteriormente por auto del 16 de agosto de 2012¹¹, admitió la demanda instaurada y ordenó las notificaciones de rigor.

El ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en escrito radicado el 16 de octubre de 2012¹², presentó los argumentos que sustentaron la contestación de la demanda.

El Consejo de Estado en auto del 29 de noviembre de 2012¹³, ordenó abrir el proceso a pruebas y mediante auto del 18 de marzo de 2014¹⁴, corrió traslado a las partes para alegar en conclusión.

El demandante¹⁵ y la demandada¹⁶, en escritos radicados el 30 de mayo y 13 de junio de 2014 respectivamente presentaron sus alegatos de conclusión y el Ministerio Público¹⁷ allegó su concepto el 1 de julio de 2014.

El consejo de Estado, en auto del 15 de julio de 2015¹⁸, informó que los alegatos

⁹ Folios 290 – 291 Cuaderno Principal.

¹⁰ Folios 295 – 298 Cuaderno Principal.

¹¹ Folios 302 – 303 Cuaderno Principal.

¹² Folios 312 – 319 Cuaderno Principal.

¹³ Folios 321 – 323 Cuaderno Principal.

¹⁴ Folio 351 Cuaderno Principal.

¹⁵ Folios 352 – 356 Cuaderno Principal.

¹⁶ Folios 357 – 359 Cuaderno Principal.

¹⁷ Folios 361 – 366 Cuaderno Principal.

¹⁸ Folio 367 Cuaderno Principal.

de las partes y el concepto del Ministerio Público fueron presentados en tiempo.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 101, parágrafo 5º del Código de Procedimiento Civil no se observa causal de nulidad que conlleve a invalidar todo lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia, previa las siguientes consideraciones.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico.-

Consiste en establecer si los actos administrativos acusados, proferidos por el Secretario General – Control Interno del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, mediante los cuales sancionaron disciplinariamente al demandante con destitución e inhabilidad por el término de 5 años, son ilegales por haberse expedido contrariando el debido proceso del actor, específicamente por no haber cumplido con los términos del proceso disciplinario e incurrir en indebida valoración probatoria.

La Sala procede entonces a estudiar en su orden los cargos formulados, con los cuales el actor pretende se declare la nulidad de los actos acusados.

Lo probado en el proceso.

- A folio 1 del expediente disciplinario, obra comunicación del 6 de mayo de 2005, mediante la cual el Supervisor de Seguridad de la empresa de vigilancia VISE Ltda., puso en conocimiento del Coordinador del Grupo de Servicios Administrativos del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural que el día 5 del mismo mes y año el señor Melquisedec Moreno Mosquera, retiró de las instalaciones del Ministerio unos repuestos marca SLOAN.
- A folios 15 – 20 del expediente disciplinario, obra auto de investigación disciplinaria proferido por la Secretaria General – Oficina de Control Interno

del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural el 16 de agosto de 2005.

- A folios 36 – 39 del expediente disciplinario, obran orden de servicio N°. 093 del 1 de septiembre de 2004 y cotización de mantenimiento del 17 de agosto de 2004 presentada por el señor Pedro Alonso Castiblanco.
- A folio 40 del expediente disciplinario, obra informe final de la orden de servicio N° 093 del 1 de septiembre de 2004, suscrita por el señor Melquisedec Moreno Mosquera en la que reseñó que se recibe a satisfacción los trabajos realizados y que la garantía otorgada es de 6 meses contados a partir del 14 de septiembre de 2004.
- A folios 47 – 48 del expediente disciplinario, obra diligencia juramentada de la señora Nelsy Cotes Méndez, quien en su calidad de profesional especializada de la Dirección de Planeación y Seguimiento Presupuestal manifestó que con relación al procedimiento que se le daba a las piezas que eran reemplazadas de los equipos del Ministerio estas se enviaban al almacén para darle de baja, ya que era función del almacén decidir sobre ellas.
- A folios 65 – 67 del expediente disciplinario, obra diligencia juramentada del señor Néstor Eduardo Velásquez González, quien en su calidad de profesional especializado de la Dirección de Desarrollo Tecnológico y Protección Sanitaria del Ministerio indicó que no tiene conocimiento que exista un procedimiento para reemplazar las piezas de los equipos del Ministerio, pero que si existía la orden dada a los vigilantes para que no permitieran el retiro de equipos de las instalaciones sin la debida autorización del Coordinador de Servicios Administrativos.
- A folios 77 – 80 del expediente disciplinario, obra acta del 26 de septiembre de 2005 de inspección ocular practicada en las instalaciones del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en la cual se relacionó los bienes encontrados en el stric telefónico del piso 5°.
- A folios 87 – 88 del expediente disciplinario, obra diligencia juramentada del señor Large Rivera Martínez, quien en su calidad de vigilante de la empresa VISE Ltda., indicó que el señor Melquisedec Moreno Mosquera el 5 de mayo de 2005 salió el Ministerio con una bolsa negra que contenía dos cilindros de color negro marca SLOAN que corresponde a la parte superior

de los sanitarios.

- A folios 90 – 91 del expediente disciplinario, obra diligencia juramentada del señor Guillermo Castro Vargas, quien en su calidad de Supervisor de Vigilancia de la empresa VISE Ltda., manifestó que los vigilantes de turno le informaron del retiro de los elementos por parte del señor Melquisedec Moreno Mosquera, lo cual reseño en el informe del 6 de mayo de 2005.
- A folios 92 – 93 del expediente disciplinario, obra diligencia juramentada del señor Javier Acosta Calderón, quien en su calidad de vigilante de la empresa VISE Ltda., indicó que el señor Melquisedec Morenos Mosquera retiro 2 fotoceldas manifestando ser su propiedad.
- A folios 103 – 104 del expediente disciplinario, obra diligencia juramentada del señor Pedro Alonso Castiblanco Ramírez, quien en su calidad de contratista del Ministerio, manifestó que le parece que se trasladaron unas piezas de elementos sanitarios del tercer al quinto piso.
- A folios 108 – 134 del expediente disciplinario, obra auto de pliego de cargos del 6 de enero de 2006, proferido por el Secretario General del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural contra el señor Melquisedec Moreno Mosquera por la infracción de las siguientes normas: Primer cargo: artículo 397 del Código Penal¹⁹, artículos 27; 34 numerales 1, 2, 7, 8, 21 y 22; 35 y 48 numeral 1º de la Ley 734 de 2002²⁰. Segundo cargo: artículos 27; 34 numerales 1, 2, 7, 8, 21 y 22; 35 numerales 1, 3, 13 y 35 de la Ley 734 de 2002 y Tercer cargo: artículos 27, 34 numerales 1, 14 y 16 de la Ley 734 de 2002.
- A folios 140 – 143 del expediente disciplinario, obra escrito de descargos allegados por el apoderado del demandante el 20 de enero de 2006, en el cual presentó los argumentos jurídicos de la oposición al auto de cargos y solicitó la práctica de pruebas.
- A folios 196 – 199 del expediente disciplinario, obra acta de inspección ocular practicada en las instalaciones del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural el 24 de mayo de 2006, en la cual se determinó que la

¹⁹ Ley 599 de 2000, artículo 387. Peculado por Apropiación.

²⁰ Ley 734 de 2002, artículos 27 Acción y omisión; 34 Deberes; 35 Prohibiciones y 48 Faltas Gravisimas.

totalidad de los sistemas electrónicos ubicados en las instalaciones de los baños del Ministerio son 36, que en el stric telefónico ubicado en el baño de los hombres del 5º piso se encontraron piezas que permiten armar 2 sistemas electrónicos y que faltan 4 sensores o fotoceldas.

- A folios 213 – 215 del expediente disciplinario, obra diligencia juramentada del señor Jaime Rodríguez Gongora, quien manifestó que de acuerdo con la inspección efectuada en los baños del Ministerio se determinó el faltante de 5 electroválvulas.
- A folios 218 – 220 del expediente disciplinario, obra diligencia juramentada del señor Pedro Alonso Castiblanco Ramírez, quien en su calidad del contratista del Ministerio, informó que le había regalado al señor Melquisedec Moreno Mosquera unas piezas de aparatos cambiados en el Ministerio, esas partes eran de su propiedad reemplazados por garantía.
- A folios 227 – 232 del expediente disciplinario, obra alegatos de conclusión allegados el 30 de octubre de 2006 por el apoderado del demandante en el que reiteró la inocencia de su defendido y solicitó la preclusión de la investigación.
- A folios 261 – 323 del expediente disciplinario, obra fallo de primera instancia del 25 de julio de 2007, proferido por el Secretario General del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que declaró disciplinariamente responsable al señor Melquisedec Moreno Mosquera, imponiéndole la sanción de destitución e inhabilidad por 5 años para ejercer cargos y funciones públicas.

Lo anterior porque en su calidad de funcionario del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural retiró bienes de propiedad de dicho Ministerio sin contar con autorización para el efecto e incumplió deberes funcionales como servidor público.

- A folios 326 – 330 del expediente disciplinario, obra recurso de reposición presentado el 6 de agosto de 2007 por el apoderado del demandante en contra del fallo de primera instancia. En este recurso el apoderado argumentó la indebida valoración probatoria por parte del Ministerio y el cumplimiento de sus deberes y obligaciones como interventor de la orden de servicio.

- A folios 352 – 363 del expediente disciplinario, obra fallo del 31 de diciembre de 2007 proferido por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, el cual resolvió un recurso de apelación impetrado contra el fallo de primera instancia de esa misma autoridad y confirmó la destitución e inhabilidad.
- A folios 386 – 388 del expediente disciplinario, obra Resolución N° 000028 del 28 de enero de 2008, por medio de la cual el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural ejecutó la sanción impuesta al señor Melquisedec Moreno Mosquera.

ANÁLISIS DE LA SALA

Primer Cargo: Incumplimiento de los términos de la investigación disciplinaria.

El demandante considera, en síntesis, que como la etapa de la investigación tiene un término perentorio de seis (6) meses (artículo 156 de la ley 734 de 2002), dentro del cual el operador disciplinario evaluará y adoptará la decisión de cargos o de archivo de las diligencias, el desconocimiento de ese límite temporal, además de constituir una vulneración del derecho fundamental al debido proceso, vulnera de forma flagrante dicha disposición.

Afirma que el auto de investigación disciplinaria es del 16 de agosto de 2005, el que formuló pliego de cargos es del 6 de enero de 2006, el que abrió a pruebas es del 6 de mayo de 2006, lo cual evidencia que los términos para el procedimiento investigativo y sancionatorio, tardo dos (2) años, violando lo dispuesto para el efecto en la ley 734 de 2002.

Respecto de la primera afirmación tenemos que la ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario vigente tanto para la época de los hechos materia de investigación, en su artículo 156, preceptuó:

“El término de la investigación disciplinaria será de seis meses, contados a partir de la decisión de apertura.

En los procesos que se adelanten por las faltas descritas en el artículo 48, numerales 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 de este código, la investigación disciplinaria no se podrá exceder de doce meses. Este término podrá aumentarse hasta en una tercera parte, cuando en la misma actuación se investiguen varias faltas o a dos o más inculpados.

Vencido el término de la investigación, el funcionario de conocimiento la evaluará y adoptará la decisión de cargos, si se reunieren los requisitos legales para ello o el archivo de las diligencias. Con todo si hicieren falta pruebas que puedan modificar la situación se prorrogará la investigación hasta por la mitad del término, vencido el cual, si no ha surgido prueba que permita formular cargos, se archivará definitivamente la actuación. (...).”

De lo anterior se deduce que la etapa de investigación disciplinaria cuenta con un término razonable y general de seis (6) meses a partir de la decisión de apertura, para formular cargos o archivar las diligencias, sin embargo, en los casos en que se adelante investigación por las faltas contenidas en el artículo 48 numerales 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 de la Ley 734 de 2002 será de doce (12) meses, término que podrá aumentarse en una tercera parte cuando dentro de una misma actuación se investiguen varias faltas o sean dos (2) o más los investigados.

De igual manera, esta norma señala que vencido el término de la investigación (6 meses o 12 meses según el caso), el operador disciplinario puede optar por archivar las diligencias o adoptar la decisión de cargos, siempre y cuando se den los presupuestos legales para ello, por ende, en caso de que hicieren falta pruebas que pudieren incidir en el proceso se prorrogará la investigación hasta por la mitad del término, es decir, por tres (3) meses más para los eventos en que no se investiguen las faltas descritas en los artículos 48 numerales 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 de la Ley 734 de 2002 para los cuales, como se dijo, será de seis (6) meses adicionales si se trata de una sola falta o un solo investigado.

Del asunto materia de estudio tenemos que, el auto de investigación fue proferido

el 16 de agosto de 2005²¹, la entidad formuló cargos el 6 de enero de 2006 encontrándose dentro del término que la citada norma establece, observándose el transcurrir de tan solo cuatro (4) meses y veintiséis (26) días desde su vinculación al proceso disciplinario hasta la calificación de la investigación, lo que evidencia la no existencia de vulneración a los términos señalados para esta etapa de la investigación disciplinaria y por ende del derecho fundamental invocado.

Ahora bien, en cuanto a lo manifestado por el demandante con relación a la violación de los términos del proceso disciplinario, es importante precisar que éste comporta el desarrollo y cumplimiento de diferentes etapas hasta materialización de la decisión que ponga fin al mismo.

Es por ello que, la determinación de los términos procesales lleva implícito el derecho a obtener una pronta y oportuna decisión de las autoridades, no solo administrativas sino judiciales, es decir a ser juzgado en un proceso sin dilaciones injustificadas, al cumplimiento de sus etapas y a los términos procesales.

Por consiguiente, para efectos de establecer el término durante el cual debe desarrollarse la actuación disciplinaria es necesario remitirse a lo dispuesto en el artículo 30 de la citada ley, que señala:

Artículo 30. Términos de Prescripción de la Acción Disciplinaria. La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto. (...)
(Disposición vigente para la fecha del proceso disciplinario)

Al respecto el Consejo de Estado²² ha manifestado que la prescripción que: “(...) es un mecanismo de orden público en virtud del cual, por el vencimiento del término legalmente previsto para tal fin, cesa la potestad del Estado para imponer

²¹ Folios 15 - 20

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez (e), veintisiete (27) de febrero de dos mil catorce (2014), radicación número: 11001-03-25-000-2012-00888-00(2728-12)

una sanción, en este caso de carácter disciplinario; a la vez que constituye una sanción frente a la inactividad de la administración, también tiene conexión esencial con el derecho del procesado a que se le defina su situación jurídica en un término determinado, puesto que si quedara sujeto en forma indefinida a una imputación, vulneraría el debido proceso previsto en el artículo 29 Superior (...)”

Así las cosas, en aras de determinar si hubo o no violación por parte del operador disciplinario de los términos procesales para conducir y culminar el referido proceso, es necesario establecer si este se desarrolló dentro del término prescriptivo señalado en la citada norma, por consiguiente como la conducta reprochada al señor Melquisedec Moreno Mosquera es de carácter instantáneo, y específicamente fue ejecutada el 5 de mayo de 2005 y hasta el 14 de enero de 2008 le fue notificado el Fallo de Segunda Instancia, se concluye que no han transcurrido los 5 años que la Ley le confiere al Estado para investigar las faltas que por acción u omisión cometan los servidores públicos.

Ahora bien, descendiendo al caso particular del demandante, se tiene que, que el proceso disciplinario no excedió los términos previstos en la ley 734 de 2002, razón por la cual no hay lugar a una violación al debido proceso por cuanto no se presentó dilación en el trámite del mismo.

En efecto, como se observa en el cuadro siguiente, en el desarrollo del actuación disciplinaria existieron múltiples garantías establecidas a favor del disciplinado para que conozca la actuación y ejerza su derecho de contradicción, pues no se evidencia vulneración de los términos procesales, ni de los derechos fundamentales del demandante, ya que se encuentra acreditado que el demandante presentó sus descargos, tuvo oportunidad de solicitar y aportar pruebas, nombrar apoderado para que ejerciera su derecho de defensa, recurrir la decisión de primera instancia, además se le notificaron todas las actuaciones procesales, aspectos que evidencian el respeto por la normatividad tanto sustancial como procedimental, garantizando la intervención del interesado durante el transcurso del proceso desde su inicio hasta su culminación.

Fecha	Actuación	Folio
-------	-----------	-------

6 de mayo de 2005	Queja que da lugar a investigación preliminar	Folio 1
16 de agosto de 2005	Auto de investigación disciplinaria	Folios 15 - 20
17 de agosto de 2005	Memorando aviso formal investigación disciplinaria.	Folio 21
15 de septiembre de 2005	Diligencia de declaración del indiciado.	Folios 49 - 53
26 de septiembre de 2005	Acta de inspección ocular practicada en las instalaciones del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.	Folios 77 - 80
6 de enero de 2006	Auto de pliego de cargos	Folios 108 - 134
10 de enero de 2006	Solicitud de copias del expediente por parte del indiciado	Folio 135
10 de enero de 2006	Diligencia de notificación personal del auto de cargos.	Folio 136.
12 de enero de 2006	Entrega de copias del expediente al indicado	Folio 137.
20 de enero de 2006	Respuesta al pliego de cargos por parte del apoderado del indiciado.	Folios 140 - 143
16 de febrero de 2006	Solicitud de práctica de pruebas por parte del apoderado.	Folio 149
3 de mayo de 2006	Auto que decide sobre las pruebas de descargos.	Folio 150 - 152
11 de octubre de 2006	Auto traslado a las partes para que presenten alegatos de conclusión.	Folio 221
30 de octubre de 2006	Constancia secretarial y alegatos presentados por el apoderado del iniciado.	Folios 226 - 232

25 de julio de 2007	Fallo de primera Instancia.	Folios 261 - 323
30 de julio de 2007	Diligencia de notificación personal.	Folio 325
6 de agosto de 2007	Recurso de apelación contra la anterior decisión	Folios 326 - 330
31 de diciembre de 2007	Auto que resuelve el recurso de apelación	Folios 352 - 363

En ese orden de ideas, el cargo formulado por el demandante no está llamado a prosperar.

Segundo Cargo: Indebida valoración probatoria.

Al respecto, el demandante indicó que debe existir absoluta certeza de la comisión de la falta disciplinaria para ser sancionado; sin embargo, las pruebas allegadas al expediente administrativo permiten advertir la existencia de duda en relación con la comisión de la falta que por contera debió ser resuelta en su favor.

El anterior cargo lo fundamenta de la siguiente forma:

“(...) En la inspección ocular llevada a cabo en las instalaciones que fueron objeto de mantenimiento y reparación, de conformidad con la Orden de Servicios Nª 093 de septiembre de (sic) 1 de 2004, se encontró que los materiales que fueron proporcionados por el Ministerio de Agricultura se encontraban completos, es decir, que lo comprado por el MINISTERIO para la realización de dichas obras, concuerda con la obra ejecutada, y por lo tanto no registra faltantes de dicho material.

(...) en las declaraciones rendidas por el señor PEDRO ALONSO CASTIBLANCO, subcontratista de la empresa Consuhuca S.A, dentro de la orden de servicios N. 093 del 1 de septiembre de 2004, manifiesta (sic) en varias oportunidades que los tubos que le regalo al señor MELQUISEDEC, eran propiedad suya como contratista de

dicho contrato de mantenimiento, que las piezas obsequiadas hacían parte de la garantía del contrato y por tal razón no tenían por que proveerlas el MINISTERIO sino el Contratista. Por tal razón, al ser el propietario de dichas piezas podía hacer uso de ellas como a bien dispusiera, y si quería regalarlas estaba en su derecho de hacerlo.

(...) es claro entonces, que de las pruebas recogidas a lo largo del proceso se deduce, que el objeto sobre el cual se basó la investigación disciplinaria NO EXISTE, ya que las piezas que supuestamente fueron ROBADOS o SUSTRAIDOS (sic) por mi defendido no son de propiedad del MINISTERIO DE AGRICULTURA (...)"

Por su parte y en relación con el mismo cargo, el señor Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación, solicitó decretar la nulidad de los actos acusados y acceder a las pretensiones de la demanda fundamentado además de la falta de la valoración probatoria en la atipicidad de la conducta "*peculado por apropiación*" endilgada al actor y por la que fue sancionado, lo cual cimentó en los siguientes argumentos:

"(...) no señalan en parte alguna que el contratista tuviera la obligación de entregar al Ministerio el material remplazado, lo cual no da la razón a la demandada en cuanto a su afirmación de que los respuestos sacados por el actor eran de su propiedad; esto sin dejar de lado que se probó que tales elementos no entraron al almacén ni fueron registrados como de propiedad de esa institución, tal como lo indicaron las partes en sus escritos; pues no era solamente afirmar que hacían parte de una contratación y por ello pasaban al Ministerio, pues si era material de desecho, no había razón alguna para mantenerlo y cuidar de ese material (...)"

En relación con el principio de la tipicidad la Corte Constitucional ha señalado que: "*el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a la sanción de carácter penal o disciplinario*"²³.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-921 de 2001.

Según los actos acusados, la conducta del actor se adecuó a la descripción ilegal o ilícita del comportamiento que el legislador señaló en el artículo 397 del Código Penal, que señala:

“Peculado por apropiación. Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de (...), e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. (...)”

En ese orden, procede la Sala a establecer si se presentó la tipicidad o adecuación de la descripción que contiene la Ley – norma transcrita – frente al hecho en concreto que se encuentra demostrado en el proceso disciplinario.

Al proceso se arrimaron los siguientes medios de pruebas:

- Orden de servicio No. 093 del 1 de septiembre de 2004, adjudicada al señor Pedro Alonso Castiblanco, en cuyo contenido se determinó que: (fls. 171 – 172 C. Principal)

Objeto: Prestación de servicios para el mantenimiento y reparación del sistema eléctrico sanitario (incluidos materiales y repuestos), de los baños instalados en las oficinas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, ubicado en el edificio Pedro A. López, según cotización presentada, la cual hace parte integral de la presente orden de servicio.

Obligaciones del Contratista: El contratista se compromete para con el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, a lo siguiente:

1. Realizar el mantenimiento y reparación del sistema eléctrico sanitario (incluido materiales y repuestos), de los baños instalados en las oficinas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, (...) de acuerdo con la cotización

presentada, la cual hace parte integral de la presente Orden de Servicio.

2. Corregir sin costo adicional alguno para el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, cualquier desperfecto que se presente en relación con los trabajos ejecutados.
3. Cambiar sin costo adicional alguno para el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural los repuestos y/o materiales que presenten defectos de fabricación.
(...)

GARANTIA: El contratista se obliga a garantizar los trabajos realizados objeto de la presente Orden de Servicios por un término de seis (06) meses, después de haber sido instalados los repuestos y/o materiales y de haber realizado el mantenimiento, según la cotización presentada, (...)"

Se observa, que del texto transcrito no le asiste al contratista la obligación de entregar a nombre del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural los repuestos y/o materiales reemplazados con ocasión a la garantía²⁴ otorgada por éste por la prestación servicio de mantenimiento y/o reparación del sistema eléctrico de los sanitarios. Por cuanto la obligación contractual consiste es en garantizar las condiciones de calidad del servicio prestado, que este se materialice en la continua y eficiente prestación del mismo.

Es por ello, que en tratándose de este tipo de garantías, le corresponde al contratista la reparación totalmente gratuita de los defectos del bien objeto del contrato y la obligación de sustituir éste por otro de iguales características en razón a la efectividad de la misma.

- Planilla de servicio de puesto del 25 de mayo de 2005, en la cual se reseña lo siguiente: (fls. 162 – 163 C. Principal)

²⁴ Decreto 140 de 20011, artículo 7o. "Garantía legal. Es la obligación, en los términos de esta ley, a cargo de todo productor y/o proveedor de responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos.

En la prestación de servicios en el que el prestador tiene una obligación de medio, la garantía está dada, no por el resultado, sino por las condiciones de calidad en la prestación del servicio, según las condiciones establecidas en normas de carácter obligatorio, en las ofrecidas o en las ordinarias y habituales del mercado. (...)"

“19:10 A la hora hace apertura el sr. Melquisedec Moreno del cuarto de teléfonos y retira unos repuestos sanitario “sloan” indicando que son personales, la igual deja en consigna un llavero con 03 llaves de ese cuarto.

19:10 A esta hora el señor Melquisedec retira 2 dos foto celda el cual manifestó que son personalmente del sin mostrar una factura o una orden”.

- Diligencia de declaración jurada realizada al señor Pedro Alonso Castiblanco Ramírez el 8 de agosto de 2005, de la cual se destaca: (fls. 179 – 180 C. Principal)

“(…) PREGUNTADO: Sírvase manifestar si presto los servicios de mantenimiento y reparación del sistema eléctrico y sanitario durante el año inmediatamente anterior. CONTESTO: Si, se realizó el mantenimiento de las griferías electrónicas. (...) PREGUNTADO: Recuerdo haber dispuesto de algún material de los equipos SLOAN como inservibles para ser arrojados a la basura. CONTESTO: No, cuando ustedes contrataron el mantenimiento las partes a ser cambiadas debían ser reintegradas al Ministerio junto con las pilas que suministraba el Ministerio, baterías de recambio, eso fue por orden del señor Melquisedec, como la orden de trabajo nuestra tiene una garantía de 6 meses hubo aparatos a los que no se había contemplado cambiar piezas, comenzaron a mostrar deterioro en las piezas y por garantía yo cambie unas piezas que no eran ya garantía pero esto no estaba estipulado en el contrato, esas piezas yo las cambie porque tenía que garantizar el funcionamiento por 6 meses. Esas piezas quedaron acá yo no dije que las botaran a la basura tampoco, porque en definitiva esas piezas vienen a ser mías, sin embargo este señor Melquisedec Moreno me estuvo molestando para que le retirara esas cosas de acá yo dilate un poco la situación, porque me parecía que debían permanecer acá de esa manera yo podía en un futuro rescatar algo de eso para el mismo Ministerio, el señor Melquisedec me dijo que ya que no sacaba las piezas que si yo podía regalarle algo de eso, aclaro que esto fue este año y a lo cual yo le dije que sí. (...) PREGUNTADO: Recuerda o está en capacidad de describir a qué tipo de elementos hizo referencia el señor Melquisedec moreno Mosquera. CONTESTO: Él me dijo unos tubos que tiene ahí, de esas partes de los fluxómetros. (...)”

- Diligencia de declaración rendida por el señor Melquisedec Moreno

Mosquera Ramírez el 15 de septiembre de 2005, de la cual se extracta lo siguiente: (fls. 181 – 184 C. Principal)

“(…) PREGUNTADO: Sírvase indicar al despacho las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que usted hizo el retiro de los elementos o accesorios de sanitarios marca SLOAN. CONTESTO: La fecha no me acuerdo (…) yo retire 2 tubos que tenía guardado el día no me acuerdo, la hora 6:30 de la tarde le mostré al vigilante del primer piso lo que retiraba y le comuniqué que eran de mi propiedad. (…) PREGUNTADO: Sírvase indicar al despacho si contaba usted con la autorización correspondiente para retirar las dos fotoceldas para el sistema eléctrico sanitario marca SLOAN. CONTESTO: Aclaro que los tubos que yo retire estaban unidos a dos cocas negras vacías marca SLOAN, por lo cual no solicite a mi jefe inmediato autorización de retiro porque esos 2 tubos me habían sido regalados por el señor que realizó los trabajos en el Ministerio (…) PREGUNTADO: Sírvase indicar al despacho en qué fecha la menos aproximada usted solicitó al señor Castiblanco que le regalara algunos elementos de los reemplazados en la ejecución de la orden de servicio 093/2004. CONTESTO: En la orden de servicio mencionada en su pregunta no se reemplazaron equipos electrónicos solamente se hizo un traslado de 2 equipos del baño 3 de hombres al baño 5 de hombres. En la orden de servicio no se ordenó reemplazar equipos. El año pasado después que el señor Castiblanco reemplazo por garantía unas piezas incluyendo tubos de 2 orinales y al ver que no venía por ellos porque eran de su propiedad yo le manifesté que me los regalara (…) me dijo se te sirven cógelos . (…)

- Diligencia de declaración rendida bajo la gravedad de juramento por el señor Pedro Alonso Castiblanco Ramírez el 8 de agosto de 2005, de la cual se reseña lo siguiente: (fls. 185 – 186 C. Principal)

“(…) PREGUNTADO: Sírvase expresar al despacho si se ratifica en lo afirmado por usted en la entrevista realizada del 8 de agosto de 2005 (…) CONTESTO: Si me ratifico. PREGUNTADO: Sírvase clarificar al despacho si le consta el traslado de los elementos sanitarios de los baños del tercer piso para instalarlos en el quinto piso, en concreto dos sistemas sanitarios electrónicos completos, o haber sido contratado para efectuar esa labor. CONTESTO: Pasar dos aparatos del tercero al quinto la verdad me parece que sí, movimos unas piezas del tercero al quinto con exactitud no

recuerdo. PREGUNTADO: Sírvase manifestar al despacho si tiene algo más que agregar, corregir o suprimir a lo expresado por usted en la presente diligencia. CONTESTO: Desde mi posición técnica las partes reemplazadas no servían para nada, estos aparatos no sirven para nada. (...)"

Denota, las anteriores declaraciones identidad en los hechos y circunstancias de los elementos reemplazados por el contratista con ocasión de la garantía otorgada en orden de servicio No. 093 de 2004 y la destinación final que le dieron a los mismos por parte del señor Melquisedec Moreno Mosquera.

Es por ello que, haciendo una valoración de las pruebas antes relacionadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, encuentra la Sala que se presenta la atipicidad de la conducta *peculado por apropiación*, por la que fue sancionado el actor en consideración a lo siguiente:

Son coincidentes en sus declaraciones tanto del disciplinado como el señor contratista Pedro Alonso Castiblanco Ramírez, que los bienes por los cuales se inició y culminó el proceso disciplinario con los actos acusados corresponden a bienes reemplazados por garantía, hecho este que es ratificado por el Ministerio en la contestación de la demanda²⁵, por consiguiente estos fueron objeto de una donación que le hizo el aludido contratista al disciplinado, por considerar que eran de su propiedad en razón al reemplazo de los mismos con ocasión de la efectividad de la garantía que realizó en cumplimiento de la orden de servicio No. 093 del 1 de septiembre de 2004 suscrita para el mantenimiento y reparación del sistema eléctrico de los sanitarios del referido Ministerio.

En ese sentido, hay ausencia de los elementos del tipo penal por el que se le sancionó, razón por la cual necesariamente ha de imponerse su absolución y consecuentemente la declaratoria de nulidad de los actos acusados por medio

²⁵ Contestación de la demanda por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en la cual respecto del hecho N° 8 manifestó: "(...) Es claro que la Oficina de Control Interno encontró que todas las piezas de los baños estaban completas, ya que como se expresó en la aclaración al hecho 4.2. los elementos sustraídos del Ministerio corresponden a unas piezas cambiadas por garantía a partir de las cuales se podían hacer 2 sistemas completos; por lo que, es claro que los sistemas electrónicos, para la fecha de la inspección Ocular, se encontraban en perfecto estado, por mantenimiento. En ningún momento del proceso disciplinario se cuestionó el hecho de que el ciudadano MELQUISEDEC hubiera sustraído bienes instalados en los baños, sino precisamente, los elementos cambiados por garantía. (...)" (Subrayado fuera de texto)

de las cuales se le sanciona con destitución e inhabilidad en el ejercicio del cargo y accederse al correspondiente restablecimiento del derecho, en los términos que más adelante se precisaran.

Se reitera, que es atípica la conducta por la que se le sancionó, pues en el presente caso no existe medio probatorio que indique que la propiedad del bien esté en cabeza del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, condición ésta necesaria para encuadrar la conducta del disciplinado en el tipo penal endilgado, conllevando a que los actos acusados estén revestidos de falsa motivación, pues se fundamentaron en un hecho que a la postre no concuerda con la realidad.

Por lo expuesto, la Sala no encuentra correspondencia entre la conducta del actor con el supuesto normativo descrito en el Código Penal artículo 397 "*Peculado por Apropiación*", es decir, se presentó la denominada atipicidad, por lo que no era procedente la sanción, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Nacional, nadie puede ser juzgado, o mejor, disciplinado por hechos, conductas o comportamientos que no estén previamente descritos como falta en la Ley, y por esa razón el cargo formulado por el demandante y el Ministerio Público está llamado a prosperar.

Adicionalmente, debe la Sala señalar en atención a lo reseñado en el concepto del Ministerio Público, respecto de la infracción del principio de legalidad, contenido en el artículo 4º de la Ley 734 de 2002²⁶, que:

De conformidad con lo previsto en el Art. 29 de la Constitución Política, "nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa(...)". Esta disposición consagra el principio de legalidad en materia sancionatoria, en razón a que tanto las conductas ilícitas como las sanciones correspondientes deben estar determinadas en ley anterior a la ocurrencia de los hechos respectivos.

Es por ello que la Ley 734 de 2002, establece en su artículo 44, las clases de

²⁶ "Artículo 4º. LEGALIDAD. El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización".

sanciones a que está sometido el servidor público, así:

“Artículo 44. Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima. (...) (Subrayado fuera de texto)

Con fundamento en el tipo de falta y el grado de culpabilidad de quien ha incurrido en ella, el artículo 44 de la Ley consagra una escala de sanciones aplicables. Así, cuando la falta es gravísima –por encontrarse enunciada en el artículo 48- y se realiza con dolo o culpa gravísima.

Por su parte el artículo 46 del referido ordenamiento legal, dispone:

“Artículo 46. Límite De Las Sanciones. La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente. (...)

 (Subrayado fuera de texto)

Esta inhabilidad general consiste en la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función por un término que deberá fijarse en el fallo disciplinario, y que no podrá ser menor de diez (10) años ni mayor de veinte (20) años.

Ahora bien, en el caso en estudio, se observa que el operador disciplinario al momento de establecer las clases de sanción y el límite de la misma, dispuso:

“TERCERO: DECRETAR la inhabilidad del sancionado MEQUISIEDEC MORENO por CINCO (5) AÑOS, PARA EJERCER CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS”.²⁷

Visto lo anterior, tenemos que el operador disciplinario en las decisiones de

²⁷ Decisión de primera instancia, confirmada por el artículo tercero de la decisión de segunda instancia. (folios 101 y 117 cuaderno principal).

primera y segunda instancia, simplemente determinaron que la sanción a imponer el señor Melquisedec Moreno era de simple inhabilidad, sin precisar si esta correspondía a una general o especial como se establece en la normatividad en cita, así mismo, dio operador, incurre en la imprecisión al momento de establecer el límite de la sanción, por cuanto, fijó ésta por un término de cinco (5) años, situación ésta que no se enmarca dentro de los límites que establece el artículo 46 del C.D.U.

Al respecto la Corte Constitucional²⁸ ha indicado con relación al principio de legalidad que:

“(…) Esta Corporación ha afirmado que el principio de legalidad, como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, hace parte de las garantías del debido proceso, pues permite conocer previamente las conductas prohibidas y las penas aplicables, tanto en materia penal como disciplinaria. Este principio además protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y administrativa y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionatorio del Estado. Por eso es común que los tratados de derechos humanos y nuestra Constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (artículo 29. Esta Corte también ha señalado que el debido proceso comprende el principio constitucional de la legalidad de la conducta sancionada y de la pena a imponer. (…) (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo expresado, las decisiones atacadas no se ajustaron a la normatividad establecida en la ley disciplinaria para efectos de determinar la clase de sanción y la fijación de los límites de la misma, por cuanto no se precisaron el tipo de inhabilidad que estaban imponiendo al investigado, y se infringió la ley en cuanto estableció una sanción que no está consagrada en el Código Disciplinario Único, ni para la inhabilidad general, ni la especial, lo que denota la vulneración del principio de legalidad anteriormente señalado, configurándose una irregularidad adicional en los actos demandados.

En consecuencia, al quedar desvirtuada la presunción de legalidad, la Sala decretará la nulidad de las decisiones contenidas en los autos del 25 de julio de 2007 y 31 de diciembre de 2007, proferidas por Secretario General y el Ministro del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, respectivamente, por medio de las

²⁸ Sentencia C-124/03

cuales se declaró al señor Melquisedec Moreno Mosquera disciplinariamente responsable y lo sancionó con destitución e inhabilidad general por 5 años y la Resolución No. 000028 de 28 de enero de 2008, suscrita por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, que ejecutó la sanción disciplinaria.

A título de restablecimiento del derecho, se ordena al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural reintegrar al demandante a un cargo de igual o equivalente jerarquía y al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha del retiro y hasta cuando se haga efectivo el reintegro. Igualmente, se ordenará la desanotación de la sanción en el registro de antecedentes disciplinarios.

Las sumas que resulten a favor del actor, se actualizarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, dando aplicación a la fórmula que se señala en la parte resolutive de esta providencia.

Finalmente debe de indicarse que, si bien la Resolución No. 000028 del 28 de enero de 2008, es un acto de ejecución de la sanción disciplinaria, atendiendo a la Jurisprudencia del Consejo de Estado, debe entenderse que sobre estos también recaer el pronunciamiento judicial sobre la legalidad en la medida en que comportan una proposición jurídica compleja con los fallos disciplinarios que modifica la situación jurídica del demandante.

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

FALLA

Primero: DECLÁRASE LA NULIDAD de las decisiones contenidas en los fallos de primera instancia del 27 de julio de 2007 y segunda instancia del 31 de diciembre de 2007, proferidos por el Secretario General y el Ministro del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural respectivamente por medio de las cuales se declaró al señor Melquisedec Moreno Mosquera disciplinariamente responsable y

lo sancionó con destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos y funciones públicas por el término de cinco (5) años y la Resolución No. 000028 de 28 de enero de 2008, suscrita por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, que ejecutó la sanción disciplinaria.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos acusados y a título de restablecimiento del derecho, condénese a la Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha del retiro y hasta cuando se haga efectivo el reintegro.

Las sumas que resulten a favor del actor se actualizarán en su valor, como lo ordena el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha en que se debió hacer el pago por el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Segundo: DECLÁRASE para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del actor, entre la fecha del retiro, y la fecha en que se produzca el reintegro al cargo.

Tercero: ORDENÁSE la desanotación de la sanción en el registro de antecedentes disciplinarios.

A la sentencia se dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese y, una vez ejecutoriada esta Sentencia, archívense las diligencias. Cúmplase.

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

GERARDO ARENAS MONSALVE