

PODER PREFERENTE DISCIPLINARIO – Finalidad / SANCION DISCIPLINARIA – Aplicación del debido proceso

En materia disciplinaria, la Constitución Nacional consagró un poder preferente a favor de la Procuraduría General de la Nación, por lo que a esta institución le corresponde, porque así lo dispuso el constituyente, ejercer de modo general la actividad correccional de los funcionarios del Estado. Este poder preferente implica, como es sabido, que la Procuraduría General de la Nación desplaza a los demás órganos internos de las instituciones del Estado que puedan ejercer actividad disciplinaria. La atribución del poder disciplinario a la Procuraduría General de la Nación, garantiza la imparcialidad en el juzgamiento, pues esa autoridad, a quien la Constitución confió esa tarea, es ajena orgánicamente a las autoridades y estructuras en que se originan los actos de la investigación, posición distante que garantiza su absoluta neutralidad. La función que cumple la Procuraduría General de la Nación, además de garantizar la imparcialidad, lleva implícita una ventaja adicional: la especialidad. Esta circunstancia implica la creación de una jurisprudencia disciplinaria de importancia, que desde luego se nutre de otras áreas del saber como el derecho penal, para crear una dogmática del derecho disciplinario que ya tiene tradición en Colombia. Así las cosas, como ninguna parte de la actividad de las autoridades debe estar al margen de los valores que pregona la constitución, es apenas natural que el debido proceso se deba aplicar a todas las actividades y desde luego a la administración de las sanciones disciplinarias, porque en ellas están comprometidos derechos fundamentales de los enjuiciados. Entonces, las sanciones no se administran de cualquier modo, sino con sujeción al debido proceso, tal como éste fue concebido por el legislador en el Código Disciplinario Único, y por tanto, sometido al examen del juez constitucional para ver su apego a la Carta Política. Así, la garantía básica de protección de los derechos del sujeto sometido a la acción disciplinaria, está confiada al proceso disciplinario en el cual puede el inculpado ejercer todos los medios de réplica, pedir las pruebas que puedan beneficiarlo, obtener su decreto y práctica, así como controvertir los medios demostrativos que puedan inculparlo, presentar alegatos y en general participar de modo activo en la construcción del proceso. Puestas en esta dimensión las cosas, las resoluciones por las que se impone una sanción, son el fruto de la participación de los sujetos en el marco de un proceso con plenitud de garantías, tal como ha sido concebido en el Código Disciplinario Único, expresión del legislador sobre lo que considera es o debe ser el debido proceso.

DECISIONES DISCIPLINARIAS - Control por la jurisdicción contenciosa administrativa. Alcance / JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - No es una tercera instancia del juicio disciplinario

Las prerrogativas procesales propias del juicio disciplinario, excluyen que se pueda trasladar, de cualquier manera, a la sede contenciosa administrativa el mismo debate agotado ante la autoridad disciplinaria. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad, 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. Bajo esta perspectiva, el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especial cualificación y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba como si de una tercera instancia se tratara. Corresponde entonces a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, entre

otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario se haya ajustado a las garantías constitucionales y legales, es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba manifiestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales, o sea, para aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios básicos rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa. 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 haya hecho 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 C.D.U. y es en principio ajena a la actividad de la jurisdicción. En síntesis, debe distinguirse radicalmente la tarea del Juez Contencioso que no puede ser una tercera instancia del juicio disciplinario, y tal cosa se ha pretendido con la demanda contencioso administrativa de que hoy se ocupa la Corporación, demanda que por tanto está condenada al fracaso.

DECISION DISCIPLINARIA – Notificación. Efectos / CADUCIDAD DE LA ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO EN MATERIA DISCIPLINARIA – Conteo del término

El debate jurídico ronda entonces en torno a si con la expedición del acto administrativo que decidió el recurso de reposición, único posible en este caso, quedó sellada definitivamente la suerte del implicado y por tanto si a partir de ese momento él debía acudir ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa dentro del estricto plazo de cuatro meses. A este propósito, recuérdese que el artículo 98 de la Ley 200 de 1995 establecía que “las providencias que resuelvan los recursos de apelación o de queja, así como la consulta, quedarán en firme el día en que sean suscritos por el funcionario correspondiente”. Puestas así las cosas, podría pensarse, como lo plantea la demandada, que con la expedición del fallo del 20 de marzo de 2002, que decidió el recurso de reposición y contra el cual ya no procedía ningún recurso, se inició perentoriamente el término que tenía el sancionado para demandar la nulidad de los actos administrativos. En suma, para la parte demandada la expedición de la providencia final, por la que el propio Procurador General de la Nación decidió el recurso horizontal de reposición, quedó en firme una vez expedido y desde ahí debía contarse el término de caducidad, en aplicación del artículo 98 de la Ley 200 de 1995. No obstante, la Corte Constitucional en la Sentencia C-1076 del 5 de diciembre de 2002 se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 119 de la Ley 734 de 2002, cuyo contenido es idéntico al artículo 98 de la Ley 200 de 1995. Dictaminó entonces, que las decisiones de segunda instancia mediante las cuales se resuelven los recursos de apelación y queja, lo que sería aplicable a los fallos de única instancia, quedan ejecutoriadas, no con la simple suscripción de la misma, sino que es menester que se haga la notificación. En síntesis, para el Juez constitucional, aunque la decisión sea en única instancia o ya no sea recurrible, no basta la expedición del acto, como sugiere la demandada, sino que es menester alguna forma de notificación. Conclúyese entonces que la sola expedición del acto no basta para que se inicie el conteo del término de caducidad, y como no se sabe la suerte de los oficios enviados, ninguna de esas circunstancias puede ser

tomada como referente inicial para contar el término de caducidad. Así las cosas, la única certeza de que el demandante conoció de la existencia del acto, surge de la nota suscrita el 9 de mayo de 2002, mediante la cual devolvió las copias de las decisiones, incluida la definitiva de 20 de marzo de 2002. En síntesis, si la única manera de inferir que el demandante sabía de la existencia de la sanción data del 9 de mayo de 2002, día de devolución de las copias, y la demanda contenciosa administrativa se presentó el 22 de agosto, no hay la caducidad de la acción que plantea la parte demandada, pues no pasaron los cuatro meses previstos en el artículo 136 del C.C.A.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 119 / LEY 200 DE 1995 - ARTICULO 98

PRESCRIPCION DE LA ACCION DISCIPLINARIA POR OMISION DE FUNCIONES - Conteo del término desde la dejación del cargo

Protesta la parte demandante porque no se decretó la prescripción de la acción disciplinaria, a pesar de que para cuando se tomó la determinación sancionatoria ya habían pasado cinco años desde cuando tuvieron ocurrencia los hechos. A este propósito obsérvese que la actuación de que se acusa al demandante comprende el periodo que va desde el 20 de diciembre de 1996 hasta el 2 de febrero de 1998, época en que ejerció las funciones de Director de la institución. Recuérdese que varios de los cargos tratan de omisión en el ejercicio de las funciones, como dejar de demandar o impugnar los actos, de lo cual se sigue que hasta el último día de ejercicio del cargo el sancionado fue omiso y estaba incurso en una falta permanente. Así las cosas, contando desde la dejación del cargo ocurrida el 2 de febrero de 1998, de existir la prescripción ella se consumaría el 2 de febrero de 2003. El sancionado con pena de destitución quedó enterado de la decisión por conducta concluyente el día 9 de mayo de 2002. Además el 22 de agosto del mismo año 2002, aquel presentó la demanda contencioso administrativa contra el acto sancionatorio. Entonces, como la prescripción se consumaría en febrero de 2003, no es posible declarar la prescripción, si el sancionado supo del acto sancionatorio el 9 de mayo de 2002, antes de que se consumara la prescripción alegada. Si el demandante interpuso la acción contenciosa administrativa contra el fallo disciplinario definitivo, y lo hizo antes de que se cumplieran cinco años contados desde los hechos, cómo decir que no sabe de su existencia y que también ignora que el fallo se produjo antes de que sobreviniera la prescripción.

PODER PREFERENTE EN MATERIA DISCIPLINARIA – Limitación de la doble instancia

Los artículos 275 y 277 de la Constitución Nacional consagran que el Procurador General de la Nación es el supremo vigilante de la conducta oficial, y que por ello puede ejercer el poder preferente desplazando por sí a otras autoridades. Esa prerrogativa constitucional fue desarrollada en el artículo 3º de la Ley 200 de 1995 y en el numeral 17 del artículo 7º del Decreto 262 de 2000. Es evidente entonces que el procedimiento elegido por el Procurador General de la Nación para ejercer el poder preferente, no es la expresión de un capricho suyo, sino la realización de un mandato constitucional que le autoriza a obrar de ese modo. Y si bien ese procedimiento puede limitar la doble instancia, es de ver que el artículo 31 de la Carta Política tiene establecido que inclusive la ley puede consagrar excepciones a la doble instancia, excepción que en este caso viene amparada no en la ley, sino en la propia Carta Política, que al otorgar la potestad del poder preferente y excluyente en manos del Procurador General de la Nación estableció para ese trámite una sola instancia. Pero si la anterior justificación fuera insuficiente, el

ejercicio del poder preferente no deja al ciudadano abandonado frente al posible error de la administración, pues justamente para controlar ese poder está la acción contencioso administrativa. Con este argumento, la Corte Constitucional, en la sentencia C 429 de 2 de mayo de 2001, con Ponencia del H. Magistrado Jaime Araujo Rentería halló que era constitucional el numeral 17 del artículo 7º del Decreto 262 de 2000, que consagra el poder preferente ejercido en una sola instancia por el Procurador General de la Nación.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 275 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 277 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 31 / LEY 200 DE 1995 - ARTICULO 37 / DECRETO 262 DE 2000 - ARTICULO 7 NUMERAL 17

EJERCICIO DEL PODER PREFERENTE DISCIPLINARIO – No requiere notificación

Alega el demandante que la decisión por medio de la cual el Procurador General de la Nación ejerció el poder preferente no fue notificada a las partes. A este propósito obsérvese que el artículo 89 de la Ley 2002 de 1995 establecía cuáles providencias se notifican de modo especial y allí no aparece la necesidad de notificar la resolución por medio de la cual el Procurador General de la Nación atrajo para sí la competencia. Por lo demás, cualquier vicio al respecto quedó saneado, pues con la actuación que realizó el inculpado con posterioridad en el proceso se entiende notificado por conducta concluyente a la luz del artículo 89 de la Ley 200 de 1995 entonces vigente. Si el demandante acudió ante la Procuraduría y allí no protestó por el ejercicio del poder preferente no puede ahora extrañarse de que no estaba enterado de tal cosa.

FUENTE FORMAL: LEY 200 DE 1995 - ARTICULO 89

PRUEBA TRASLADADA – No requiere la anuencia del disciplinado

A juicio del demandante, la prueba trasladada proveniente de la Contraloría General de la República es ilegítima pues “no se practicó por petición del Dr. Zabaleta Rodríguez y el traslado no se hizo con su audiencia.” A contrario de lo que arguye el demandante, la prueba trasladada no requería de su permiso o de su anuencia, pues dentro de las facultades investigativas de la Procuraduría General de la Nación está la de recoger los elementos de prueba necesarios para llenarse de razones, en este caso para adosar al expediente lo actuado por la Contraloría General de la República, que como se sabe sirvió de noticia para dar curso a la investigación disciplinaria. Esta actuación fue conocida y combatida por el demandante a lo largo del proceso disciplinario y lo fue en el juicio fiscal, de modo que no puede ahora tachar esa prueba bajo el pretexto de que es clandestina, si es que por doble partida estuvo presente en su práctica y contradicción. Además, este informe técnico pudo ser desvirtuado por el demandado a lo largo del proceso disciplinario, pues se mencionó de manera recurrente, inclusive de modo expreso en la imputación y de él se ocupó el demandante en los descargos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “B”

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá. D.C., primero (1º) de octubre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 11001-03-25-000-2002-0240-01(4925-02)

Actor: MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES

Procede la Sala a decidir en única instancia, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral impetrada por el señor Manuel Heriberto Zabaleta Rodríguez contra la Nación– Procuraduría General de la Nación.

LA DEMANDA

MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ solicitó declarar la nulidad de los actos administrativos emitidos por la Procuraduría General de la Nación como conclusión de la actuación disciplinaria adelantada en contra de aquel:

- La Resolución de 18 de enero de 2002, suscrita por el Procurador General de la Nación, por medio de la cual sancionó disciplinariamente al demandante y dispuso su destitución y como pena accesoria la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de cinco años.
- La Resolución de 20 de marzo de 2002, emitida por el Procurador General de la Nación, que decidió adversamente el recurso de reposición interpuesto contra la decisión de 18 de enero de 2002 y negó la nulidad procesal propuesta.
- La Resolución No. 332 de 31 de octubre de 2001 expedida por el Procurador General de la Nación, por medio de la cual asumió en única instancia las investigaciones disciplinarias seguidas contra el imputado, en cuanto con ese

acto administrativo se interrumpió la competencia de quien adelantaba el juicio disciplinario en primera instancia; de igual manera se hizo uso del poder preferente y por tanto suprimió la posibilidad de la doble instancia.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, el demandante pidió a título de restablecimiento del derecho:

- Se declare que los actos administrativos cuya anulación se deprecia no producen efectos legales; en consecuencia, carecen de validez todos los registros y anotaciones originados en los mismos, los que por tanto deben ser anulados o cancelados para todos los efectos legales.

- Que la sentencia se cumpla dentro de los términos y condiciones establecidas en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Las pretensiones tienen apoyo en los hechos que enseguida se compendian:

La Procuraduría General de la Nación, mediante la decisión emitida el 18 de enero de 2002, sancionó disciplinariamente al demandado en su condición de Director del Fondo del Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, FONCOLPUERTOS, imponiéndole como pena principal la destitución del cargo y como accesoria la de inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de cinco años. Esta providencia fue objeto del recurso de reposición, decidido adversamente a los intereses del hoy demandante.

La entidad acusa que el inculpado, en su condición de Secretario General de “Foncolpuertos”, avaló con su firma el reconocimiento y pago de algunas resoluciones suscritas por el Director de la entidad señor Hernando Rodríguez Rodríguez.¹

También fue objeto de censura, porque en su condición de Director General de Foncolpuertos, expidió los actos administrativos² mediante los cuales autorizaba reajustes de mesadas, ordenaba el pago convenido en actas de conciliación, así como el cumplimiento de los fallos proferidos por los Juzgados Laborales de la ciudad de Barranquilla.

¹ Resoluciones Nos. 00653 de 20 de marzo de 1996, 700 de 22 de marzo de 1996, 1281 de 25 de junio de 1996, 1916 de 17 de septiembre de 1996.

² Resoluciones Nos. 2733 de diciembre de 1996, 2552 de 27 de diciembre de 1996, 0263 de 6 de marzo de 1997, 0462 de 18 de abril de 1997, 0733 de 28 de mayo de 1997.

La Procuraduría General de la Nación se abstuvo de proseguir la imputación disciplinaria respecto de las Resoluciones Nos. 2733 de 30 de diciembre de 1996, y 2552 de 27 de diciembre de 1996, al aceptar las explicaciones que sobre ellas hizo el imputado.

Respecto de las Resoluciones 00653, 700, 1281 y 1916 de 1996, en las que fungían como Directores Hernando Rodríguez Rodríguez y María Fresia Suárez, suscritas por el hoy demandante en su condición de Secretario General, aunque fueron mencionadas en el pliego de cargos en su contra, *“no hubo fallo condenatorio alguno y por ende la sustracción de materia impide cualquier impugnación jurídica así en el auto de cargos se hubiera hecho reparos al desempeño oficial del encartado Secretario General de la entidad investigada.”* (folio 164) Ante esta circunstancia en la demanda contencioso administrativa no se hizo petición alguna respecto de ellas.

En lo que concierne a la Resolución No. 2733 de 30 de diciembre de 1996, el demandante plantea que apenas acató la decisión judicial dispuesta por el Juzgado 6º Laboral del Circuito, como conclusión de un proceso ejecutivo en el que se siguieron todos los ritos procedimentales, juicio seguido en época anterior a la fecha en que el demandante Manuel Heriberto Zabaleta Rodríguez asumió la función de Director de Foncolpuertos. Por lo mismo, si el proceso judicial ya estaba concluido *“es insólita, arbitraria y desproporcionada”* la afirmación de que con la Resolución se buscaba *“favorecer el extrabajador”*.

En relación a la Resolución No. 2552 de 27 de diciembre de 1996 que trata de la situación pensional del Señor Forbes Rye, reitera el demandante que cumplió una decisión judicial tomada antes de que él asumiera el cargo, así mismo, niega haber hecho algún reconocimiento o prestación en beneficio del trabajador, diferente a las dispuestas por el juez en los fallos que sirvieron de soporte para el pago.

En lo que tiene que ver con las Resoluciones Nos 0263, 0763 y 0462 reitera el demandante que en ellas lo que verdaderamente hizo fue proferir un acto administrativo cumpliendo las decisiones de los jueces. Así, en palabras del demandante *“la nota común de todas las resoluciones traídas al proceso*

disciplinario, incoado por la Procuraduría es la de que fueron dictadas en obediencia a una orden judicial”.

Para el demandante, el fallo disciplinario omitió precisar cuáles fueron las actas de conciliación y las providencias judiciales que reconocieron derechos sin fundamento legal, por lo mismo, el fallo está basado en la “vaguedad”, además de que no precisa cuáles fueron las disposiciones quebrantadas. Igualmente reprocha el accionante que le hubieran castigado por reconocer las agencias en derecho, siendo que ese rubro fue objeto de concesión en el proceso judicial.

Aunque no hubo previa acusación sobre esta materia, al actor se le condenó, según dice, a título de dolo con fundamento en los testimonios de Marco Antonio Lasso y Daniel Aza Olarte, quienes en su momento declararon que como ellos no tenían acceso a la clave de los computadores, no podían controlar los pagos que ya se habían hecho, para de ese modo evitar el doble cobro de la misma obligación en desmedro de los intereses de la entidad.

Además de lo anterior, la imputación que se hizo al acusado es muy genérica, pues no se precisa ni concreta en qué procesos se consumó el detrimento del patrimonio público, por la cancelación de intereses por la tardanza en el pago de las mesadas.

El demandante encuentra un motivo adicional de reproche en que se hubiera omitido recibir el testimonio del Dr. Fernando Noel García Romero.

Prosigue su ataque planteando que se le aplicó una especie de responsabilidad objetiva, prohibida por el artículo 14 de la Ley 200 de 1995; así mismo, a su juicio no se hizo una imputación individual mediante la citación de la norma aplicable en cada caso, se desconoció la ejecutoria de las decisiones judiciales, no se dio traslado de los dictámenes periciales, se pretermitió la doble instancia, se admitió indebidamente la prueba trasladada, dejó de aplicarse la prescripción sucedida, se hizo mal la notificación de la Resolución 332 de 2001, en tanto no se advirtió de la posibilidad de recursos, y finalmente se ejecutó la pena, a pesar de que no estaba en firme la decisión.

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La Constitución Nacional, en los artículos 4º, 6º, 13, 29, 31, 121, 209 y 228.

La Ley 200 de 1995 en los artículos 14, 34, 87, 88, 92 – 5 y 93 – 1º a 6º

El Decreto Ley 262 de 2000.

El Código de Procedimiento Civil en los artículos 175, 185, y 392.

El Código Contencioso Administrativo en los artículos 28, 29, 35, 36, 38, 44, 45, 47, 48, 76 – 6 y 7, 62 y 84.

Aduce que se violó el artículo 34 de la Ley 200 de 1995, ya que los hechos presuntamente irregulares deben investigarse dentro del lapso de los cinco años, de forma que realmente en ese período el proceso disciplinario debía concluir mediante fallo ejecutoriado. En consecuencia, la decisión que resolvió el recurso de reposición, fue proferida el 20 de marzo de 2002, cuando ya habían prescrito las acciones disciplinarias en relación con las Resoluciones números 2733 y 2552 de 1996, así como respecto de la Resolución No. 0263 de 6 de marzo de 1997. Empero, el acto que desató el recurso no le fue notificado. Con base en las anteriores circunstancias reclama se declare que operó el fenómeno de la prescripción.

Se refiere a que la sanción no está en firme y por ello no puede ejecutarse, al carecer del “*sello de la ejecutividad*”. Pues si no se ha notificado en legal forma, así esté ejecutoriada, la providencia no tiene la fuerza vinculante ni la obligatoriedad de su ejecución y mal podría cumplirse.

Acusa que hubo violación al principio del debido proceso previsto en el artículo 29 de la C.N., atendiendo que el fallo condenatorio se estructuró sobre el informe de la Contraloría General de la Nación. Añade que dicho informe no corresponde a ninguno de los medios de prueba taxativamente señalados en el artículo 175 del C.P.C., y adicionalmente objeta porque de dicha prueba no se le dio traslado al disciplinado, para que éste pudiera contradecirlo e impugnarlo; con este proceder, añade, la entidad demandada violó el derecho a la defensa.

En el pliego de cargos –prosigue- se omitió señalar por separado la prueba o pruebas en que cada uno de los cargos se funda. Esta circunstancia tornó más difícil la labor de defensa y entorpeció la claridad del debate, con evidente perjuicio

a la garantía de acceso a la administración de justicia, contemplada en el artículo 229 de la C.N.

Expuso por añadidura que en el fallo condenatorio no se indicaron las razones jurídicas por las cuales se negó el decreto de las pruebas solicitadas por la defensa, así como criticó porque la decisión carece de un análisis ponderado de las pruebas.

En cuanto a las agencias en derecho, reprueba que esta imputación sólo se puede predicar de dos de las Resoluciones proferidas durante su gestión administrativa, además, sostiene el demandante “que se le está sancionando teniendo en cuenta una disposición que fue declarada inexecutable y que en el momento de los cargos y del fallo, y actualmente no rige, esto equivale a decir que se le está sancionando aplicando retroactivamente una norma que carece de fuerza vinculante”, pues la decisión de la Corte Constitucional contenida en la Sentencia C-539 de 1999 cambió las reglas legales en esa materia.

Con relación a la doble instancia, aduce que la Procuraduría General de la Nación, con base en una potestad discrecional expidió la Resolución No. 332 de 31 de octubre de 2001, y asumió el conocimiento de las actuaciones disciplinarias adelantadas en contra del hoy demandante, con lo cual redujo las garantías del implicado. (Radicado No. 028-31320 y 028-32132) Con ese proceder, la entidad demandada irrumpió de plano en el proceso, hizo uso del poder preferente empero, al demandante jamás se le notificó, pese a que esa decisión le afectaba directamente, lo que conllevó a que el proceso que inicialmente gozaba del beneficio de la doble instancia, posteriormente quedara reducido a una sola en desmedro de las garantías del procesado. Es decir, se le dio un trámite mixto que no ha sido consagrado en la ley.

Seguidamente alega el actor, que las decisiones adoptadas por la Procuraduría merecen la censura que se les endilga, toda vez que se expidieron sin un soporte que permitiera verificar la exactitud de las cifras mencionadas en las ordenes judiciales y las actas de conciliación. La acusación contra el imputado se extendió a que no pidió la nulidad de las actas de conciliación y las providencias judiciales de reconocimiento de derechos a favor del señor Arturo Forbes, siendo que no estaba obligado a ello porque se trataba de órdenes emitidas por los jueces.

Para desquiciar la anterior afirmación de la Procuraduría General de la Nación, el actor pone de presente que la administración está inhabilitada para deslegitimar la

independencia de la jurisdicción, en cuanto a sus decisiones se refiere, pues no puede modificar las sentencias. No entiende la razón por la cual se aplicó la sanción, cuando el desacierto estaba en cabeza de cada uno de los jueces, y no de la entidad que dirigía el sancionado, quien en últimas sólo se limitaba a cumplir la orden judicial. Por último agrega, que ni la oficina jurídica de Foncolpuertos, ni el coordinador de prestaciones, tampoco los abogados encargados de la vigilancia de los expedientes, y mucho menos los empleados de las áreas de control que verifican los pagos y su monto, informaron al director la irregularidad de las decisiones que cuestiona el órgano que ejerció la potestad disciplinara.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Procuraduría General de la Nación se opuso a las pretensiones de la demanda para lo cual planteó los siguientes argumentos y consideraciones:

Caducidad de la acción. Refiere la demandada que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caduca al vencimiento del plazo de cuatro meses contados a partir del día siguiente al de su publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según sea el caso, todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A.

La providencia del 20 de marzo de 2002 proferida por la Procuraduría General de la Nación, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el fallo del 18 de enero de 2002, quedó en firme el mismo día 20 de marzo de 2002, según lo establecido en la certificación expedida por la Viceprocuraduría el 16 de marzo de 2004.

Por tanto, el fallo sancionatorio quedó en firme el mismo día 20 de marzo de 2002, cuando fue suscrita la decisión por el Procurador General de la Nación.

Por consiguiente, el accionante debió presentar la demanda dentro de los cuatro meses siguientes, esto es, a más tardar el día 20 de Julio de 2002; lo que quiere decir que al momento de acudir a la jurisdicción con su reclamo, lo que sucedió el 14 de agosto de 2002, ésta acción ya había caducado.

Sobre el debido proceso. Para la demandada no se violó esta garantía, tampoco hay ilegalidad en los actos administrativos, pues como se evidencia de la revisión de las actuaciones surtidas por la Procuraduría General de la Nación, al contrario de lo que afirma el demandante, la investigación disciplinaria se adelantó con absoluta sujeción a las formas procesales, ya que se tramitó según las leyes preexistentes al acto que se imputó al disciplinable, por la autoridad competente, con observancia de las formas propias de esa clase de actuaciones, con determinación de la conducta investigada de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente y con la imposición proporcionada de las correlativas sanciones.

Aduce el demandante que la Resolución de 20 de marzo del 2002, que desató el recurso de reposición contra el fallo del 18 de enero de 2002, no se ha notificado debidamente, y que a pesar de su insistencia no ha sido posible recibir esa notificación. No obstante, a juicio de la demandada existe la constancia de ejecutoria de la mentada providencia, en el folio 209. Añade que de conformidad con el artículo 98 de la Ley 200 de 1995 " *... las providencias que resuelvan los recursos de apelación o de queja, así como la consulta quedarán en firme el día en que sean suscritos por el funcionario correspondiente ...* ", de lo cual se sigue que la decisión sancionatoria quedó en firme el 20 de marzo de 2002. Y a juicio de la demandada no es aplicable el pronunciamiento de la Corte Constitucional, que condicionó los efectos jurídicos de las decisiones de segunda instancia a la notificación, sencillamente por ser ese fallo constitucional posterior a los hechos.³

No es cierto entonces aquello de que no se ha notificado debidamente, pues la resolución del Despacho del Procurador quedó en firme el mismo día 20 de marzo del 2002 cuando se expidió, en tanto contra ella no procedía ningún recurso.⁴

A su vez, el numeral 17 del Art. 7º del Decreto 262 de 2000, permite al Procurador General de la Nación, en uso del poder preferente que consagra la Constitución Política, asumir el conocimiento de los procesos disciplinarios "*... cuando la importancia o trascendencia del asunto requiera su atención personal.*" Dicha facultad la puede asumir en cualquier estado del proceso, máxime si se tiene en cuenta que el Procurador General ejerce la vigilancia superior de la conducta oficial de los servidores públicos.

³ Se invocó las sentencias C-1076 del 5 de diciembre de 2002 y C-641 del 13 de agosto de 2002

⁴ Artículo 101 de la Ley 200 de 1995 consagra: "La providencia que decide la reposición no es susceptible de recurso alguno ... "

En lo que se refiere al informe de la Contraloría, que a juicio del demandante no se dio traslado, en la decisión de la Procuraduría General de la Nación se explicó suficientemente el trámite dado al mismo, pues el implicado sí participó en el proceso fiscal seguido ante la Contraloría General de la República.

La demandada aclara que en el fallo de fecha 20 de marzo de 2002, sí se indican suficientemente los trámites adelantados en lo referente a la solicitud de pruebas, se hicieron todos los esfuerzos para convocar al testigo Fernando Noel García, solicitado por el disciplinado Zabaleta Rodríguez; no obstante para esta actividad probatoria no se obtuvo la colaboración del propio solicitante de la prueba.

En cuanto a la práctica de la Inspección a la Tesorería de Foncolpuertos advierte la demandada que esa prueba no fue formalmente solicitada y en poco cambiaría la realidad probatoria que incrimina suficientemente al demandante.

Invoca la demandada en su resistencia a las pretensiones, la reiterada jurisprudencia, en torno a que la falta de práctica de una prueba no vulnera el derecho de defensa ni genera, *per se*, nulidad de la actuación, pues para que ello sea predicable es menester que la prueba invocada sea conducente, pertinente y además que tenga incidencia definitiva en el sentido de la decisión. A ello se añade que el auto de pruebas no fue recurrido y las demás pruebas, especialmente las originadas en la Fiscalía, cumplieron las condiciones de publicidad de modo que el demandante pudo controvertir toda la actividad investigativa.

Rechaza la Procuraduría General de la Nación que se haya omitido la individualización y descripción de cada una de las conductas, las pruebas que las soportan y las normas infringidas. En consecuencia, a su juicio está suficientemente explicado cuáles fueron las pruebas en que se fundamentó la decisión y las irregularidades imputadas, así como la descripción de la conducta, las normas violadas, la naturaleza de la falta, el castigo que le corresponde y el título de la imputación hecha en el juicio disciplinario contra del demandante.

La parte demandada defiende el privilegio constitucional y legal que tiene el Procurador General de la Nación para ejercer el poder preferente y atraer a su competencia directa los procesos disciplinarios que se encuentren en otras

instancias, sin que ello pueda ser sometido a recurso alguno. Desde luego que ese privilegio constitucional reduce el juzgamiento a una sola instancia, pero por la máxima jerarquía en la materia y por autorización del propio constituyente.

De la misma manera, la demandada rechaza la idea de que al caso sean aplicables las normas de derecho privado y enfatiza que si las condenas son totalmente ilegítimas, de lo cual ya dio cuenta la Fiscalía General de la Nación, cómo sería posible predicar mora de las obligaciones fruto de actuaciones ilegales y aplicar intereses, si es que la sanción por mora está subordinada a la mala fe del empleador, quien fue víctima de un fraude y no es de ningún modo un patrono incumplido.

ALEGATOS

En la oportunidad señalada por la ley para la presentación de los alegatos finales, concurrió la parte demandada para plantear, en síntesis, los mismos argumentos que sirvieron de soporte a la oposición vertida en la contestación de la demanda. Así, luego de referirse de manera general a la caducidad de la acción contenciosa administrativa, es enfática en sostener que el fallo sancionatorio quedó en firme el 20 de marzo de 2002, fecha en la cual fue suscrita la decisión por el señor Procurador General de la Nación, y por ende, el actor debió presentar la demanda contenciosa dentro de los cuatro meses siguientes, es decir, a más tardar el 20 de julio de 2002, para la demandada una vez revisada la actuación, es evidente que la demanda tan solo fue presentada el 14 de agosto de 2002, cuando la acción ya había caducado.

Para ella no hubo tampoco violación al debido proceso, en tanto que la notificación de la decisión de 18 de enero de 2002, le fue puesta en conocimiento al apoderado del inculpado el 11 de febrero de 2002. Luego la providencia que resolvió el recurso de reposición alcanzó firmeza el 20 de marzo de la misma anualidad, fecha en *“que fue suscrita la decisión por el señor Procurador General de la Nación”*.

El señor Procurador General de la Nación en desarrollo del artículo 3º de la Ley 200 de 1995 C.D.U. avocó de oficio el conocimiento de las actuaciones disciplinarias que cursaban en contra del hoy demandante, debido a la importancia y trascendencia de los asuntos, que por consiguiente requerían de su tramite

directo. Al hacer uso de este derecho preferente no se violó el debido proceso, sino que se ejerció un fuero constitucional.

En cuanto a las pruebas reiteró los argumentos presentados en la contestación de la demanda, luego de ello concluyó que en el proceso disciplinario se admitieron y practicaron las pruebas adecuadas para determinar, comprobar y esclarecer los hechos que dieron lugar a las sanciones.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Por otra parte, el Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, solicitó denegar las pretensiones de la demanda; en su sentir no hubo trasgresión alguna al derecho fundamental al debido proceso, ni a la Ley 200 de 1995, tampoco se presentaron las nulidades denunciadas en el proceso disciplinario y, por ende, los actos enjuiciados mantienen incólume la presunción de legalidad de que se hallan investidos.

El Ministerio Público quiere resaltar que las decisiones enjuiciadas de fechas 18 de enero y 20 de marzo del 2002, según constancia secretarial de la Viceprocuraduría General, la última decisión quedó en firme el 20 de marzo de 2002, lo que significa sin la menor duda, que fue proferida dentro del término de los cinco años que prevé la ley. Además, quedó evidenciado que el apoderado del actor se le notificó personalmente la primera decisión el 11 de febrero de 2002 y la segunda el 21 de marzo de 2002, mediante oficio de esa fecha, según da cuenta el informe secretarial. Se remite a los artículos 34 y 98 de la Ley 200 de 1995, legislación vigente para la época de los hechos.

Se investigó al demandante por conductas que se desplegaron entre el 20 de diciembre de 1996 y el 2 de febrero de 1998, lo cual quería decir que el ente de control debía tomar las decisiones y notificarlas al disciplinado hasta el 2 de febrero de 2003, y así se hizo, pues las determinaciones se adoptaron un año antes del término prescriptivo, a la luz del artículo 34 del C.U.D.

Mediante sentencia C-1076 de 2002 del 5 de diciembre de 2002, la Corte Constitucional declaró exequible el inciso 2º del artículo 119 de la Ley 734 de 2002, siempre y cuando se entienda que los efectos jurídicos se surten a partir de

la notificación de las providencias. Este mandato normativo es igual al fijado en el inciso segundo del artículo 98 de la Ley 200 de 1995.

Aduce que no es cierto, que se haya omitido la notificado la decisión, pues como ya se dijo, la decisión que resolvió el recurso de reposición le fue notificada el 21 de marzo de 2002, mediante oficio de esa fecha, suscrito por la secretaría de la Viceprocuraduría General. Esgrime que el actor confunde las figuras de firmeza de los actos, con su ejecutoria. Las Resoluciones acusadas adquirieron firmeza, conforme el numeral 2º del artículo 62 del C.C.A., por ende, de acuerdo con el artículo 64 *ibidem*, tienen carácter ejecutivo y ejecutorio.⁵

Agrega además, que la prueba trasladada tiene pleno valor probatorio, toda vez que la actuación disciplinaria se originó cabalmente en el informe oficial de la Controlaría General de la República, el cual fue debidamente conocido por el actor, pues se refirió a él en los alegatos de descargos y lo controvertió de modo permanente en el proceso. Este informe, fue la base de la investigación disciplinaria adelantada en contra del inculpado, quien tuvo oportunidad de conocer esa actuación fiscal, a tal punto que, como ya se dijo fue controvertido, atacado y se opuso con vehemencia a la aplicación de sus efectos y conclusiones.

Al pronunciarse sobre el contenido del pliego de cargos, aclara que la estructura del proceso penal y la del derecho disciplinario son diferentes. Mientras que el derecho penal protege bienes jurídicamente tutelados contra el peligro o el daño social generados por el delito, la finalidad del proceso disciplinario es la buena marcha y el buen nombre de la gestión pública. Entonces, ambas acciones son totalmente independientes. La Corte Constitucional ha establecido también las diferencias sustanciales entre el derecho disciplinario y el derecho penal para lo cual cita la sentencia C-244 de 1996 del 30 de mayo de 1996.

También aseveró el Ministerio Público que al demandante se le formularon de manera concreta las conductas en que incurrió, así como las normas en las que estaban tipificadas, las que realizó en su condición de servidor público.

El concepto del Ministerio Público es consonante con lo dicho por la demandada, en cuanto a la supuesta violación al principio de la doble instancia, pues resalta

⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 16 de julio de 1998. Radicado No. 14761. M.P. Dra. Dolly Pedraza de Arenas.

que el actor desconoce el contenido del inciso 2º del numeral 17 del Decreto 262 de 2000 que señala que los procesos disciplinarios que asuma el Procurador General de la Nación serán de única instancia. Dicha normatividad que fue declarada exequible mediante la sentencia C-429 de 2 de mayo de 2001, se aplicó de modo adecuado a las circunstancias del caso.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico del que enseguida se ocupa la Corporación, reclama el examen de los siguientes aspectos principales: 1.- el control jurisdiccional sobre las decisiones disciplinarias, 2.- la caducidad de la acción, 3.- la prescripción de la acción disciplinaria, 4.- la supuesta supresión de la doble instancia, 5.- sobre la prueba trasladada, 6.- acerca de la responsabilidad objetiva, y 7.- de las razones generales de la impugnación y la objeciones por violación al debido proceso y a la indebida valoración probatoria.

Como premisas fácticas constitutivas del reclamo particular que hoy plantea el demandante, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- Obra copia autentica de las Resoluciones de 18 de enero y 20 de marzo de 2002 proferidas por el Procurador General de la Nación, por medio de las cuales dispuso sancionar con la destitución del cargo e inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de cinco años al señor Manuel Heriberto Zabaleta Rodríguez, como autor de las faltas disciplinarias allí descritas. (Cuaderno No. 3)

- Obra copia auténtica de los antecedentes administrativos de las Resoluciones sin numero de fechas 18 de enero y 20 de marzo de 2002, proferidas dentro del proceso disciplinario No. 28-31320 de 1999, en siete cuadernos originales de 280, 280, 464, 270, 1102,175, 30 folios y siete cuadernos de anexos con 260, 221, 119,126, 243, 69, 275 folios.

1.- El control jurisdiccional sobre las decisiones disciplinarias. En materia disciplinaria, la Constitución Nacional consagró un poder preferente a favor de la Procuraduría General de la Nación, por lo que a esta institución le corresponde, porque así lo dispuso el constituyente, ejercer de modo general la actividad correccional de los funcionarios del Estado. Este poder preferente implica, como

es sabido, que la Procuraduría General de la Nación desplaza a los demás órganos internos de las instituciones del Estado que puedan ejercer actividad disciplinaria. La atribución del poder disciplinario a la Procuraduría General de la Nación, garantiza la imparcialidad en el juzgamiento, pues esa autoridad, a quien la Constitución confió esa tarea, es ajena orgánicamente a las autoridades y estructuras en que se originan los actos de la investigación, posición distante que garantiza su absoluta neutralidad.

La función que cumple la Procuraduría General de la Nación, además de garantizar la imparcialidad, lleva implícita una ventaja adicional: la especialidad. Esta circunstancia implica la creación de una jurisprudencia disciplinaria de importancia, que desde luego se nutre de otras áreas del saber como el derecho penal, para crear una dogmática del derecho disciplinario que ya tiene tradición en Colombia.

Así las cosas, como ninguna parte de la actividad de las autoridades debe estar al margen de los valores que pregona la constitución, es apenas natural que el debido proceso se deba aplicar a todas las actividades y desde luego a la administración de las sanciones disciplinarias, porque en ellas están comprometidos derechos fundamentales de los enjuiciados. Entonces, las sanciones no se administran de cualquier modo, sino con sujeción al debido proceso, tal como éste fue concebido por el legislador en el Código Disciplinario Único, y por tanto, sometido al examen del juez constitucional para ver su apego a la Carta Política. Así, la garantía básica de protección de los derechos del sujeto sometido a la acción disciplinaria, está confiada al proceso disciplinario en el cual puede el inculpado ejercer todos los medios de réplica, pedir las pruebas que puedan beneficiarlo, obtener su decreto y práctica, así como controvertir los medios demostrativos que puedan inculparlo, presentar alegatos y en general participar de modo activo en la construcción del proceso. Puestas en esta dimensión las cosas, las resoluciones por las que se impone una sanción, son el fruto de la participación de los sujetos en el marco de un proceso con plenitud de garantías, tal como ha sido concebido en el Código Disciplinario Único, expresión del legislador sobre lo que considera es o debe ser el debido proceso.

Las prerrogativas procesales propias del juicio disciplinario, excluyen que se pueda trasladar, de cualquier manera, a la sede contenciosa administrativa el mismo debate agotado ante la autoridad disciplinaria. Dicho de otra manera, el

juicio que se abre con la acción de nulidad, 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.

Bajo esta perspectiva, el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especial cualificación y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba como si de una tercera instancia se tratara.

Decantado que el juzgamiento de los actos de la administración, no puede sustituir de cualquier manera el poder preferente que ejerce 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.

En el proceso disciplinario pueden estar comprometidos derechos de rango constitucional, por solo mencionar algunos, es importante resaltar que pueden ser quebrantados el derecho al debido proceso, a la presunción de inocencia, al buen nombre, al honor y a la dignidad. Además de ello, las sanciones constituyen un reproche legal y social, así como llevan a la limitación de otros derechos como a elegir y ser elegidos, a la participación y al ejercicio de los derechos políticos y en general a ejercer cargos y participar en la vida pública de la Nación.

Corresponde entonces a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, entre otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el tramite disciplinario se haya ajustado a las garantías constitucionales y legales, es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba manifiestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales, o sea, para aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios básicos rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa.

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 haya hecho 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 C.D.U. y es en principio ajena a la actividad de la jurisdicción.

A manera de ejemplo, cuando las instancias disciplinarias se empeñan en tener como probado un hecho sin que haya el más leve rastro de su existencia; o si pasan de largo en presencia de un hecho exculpatario demostrado plenamente, y si esas omisiones o suposiciones de la prueba tienen la fuerza para hacer cambiar la decisión, podría la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ejercer un poder controlador de la actividad correccional que ejerce el órgano competente. Desde luego ello descarta que ante la jurisdicción se pueda plantear una simple discrepancia sobre la percepción de la prueba, o ensayar una lectura distinta hecha en clave del interés del sancionado, sino que en la acción contenciosa se debe demostrar, sin acudir a esforzados razonamiento, que la decisión es contraevidente, lo que debe hacerse sin acudir a complicadas elucubraciones.

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, de acuerdo a los cánones de la sana crítica.

En síntesis, debe distinguirse radicalmente la tarea del Juez Contencioso que no puede ser una tercera instancia del juicio disciplinario, y tal cosa se ha pretendido con la demanda contencioso administrativa de que hoy se ocupa la Corporación, demanda que por tanto está condenada al fracaso.

Bajo esta perspectiva se desarrollaran las excepciones propuestas por la Procuraduría General de la Nación.

2.- Sobre la caducidad de la acción. La Procuraduría General de la Nación propuso la excepción de caducidad de la acción contenciosa administrativa, con fundamento en que el demandante no acudió oportunamente a esta jurisdicción.

Para resolver la excepción de caducidad que ha sido propuesta es menester primero sentar los límites temporales que marcan los actos administrativos acusados, para lo cual se precisa que en últimas el acto que puso fin al proceso disciplinario que es objeto de ésta demanda fue proferido el 20 de marzo de 2002.

El debate jurídico ronda entonces en torno a si con la expedición del acto administrativo que decidió el recurso de reposición, único posible en este caso, quedó sellada definitivamente la suerte del implicado y por tanto si a partir de ese momento él debía acudir ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa dentro del estricto plazo de cuatro meses. A este propósito, recuérdese que el artículo 98 de la Ley 200 de 1995 establecía que *“las providencias que resuelvan los recursos de apelación o de queja, así como la consulta, quedarán en firme el día en que sean suscritos por el funcionario correspondiente”*. Puestas así las cosas, podría pensarse, como lo plantea la demandada, que con la expedición del fallo del 20 de marzo de 2002, que decidió el recurso de reposición y contra el cual ya no procedía ningún recurso, se inició perentoriamente el término que tenía el sancionado para demandar la nulidad de los actos administrativos.

En suma, para la parte demandada la expedición de la providencia final, por la que el propio Procurador General de la Nación decidió el recurso horizontal de reposición, quedó en firme una vez expedido y desde ahí debía contarse el término de caducidad, en aplicación del artículo 98 de la Ley 200 de 1995.

No obstante, la Corte Constitucional en la Sentencia C-1076 del 5 de diciembre de 2002 se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 119 de la Ley 734 de 2002, cuyo contenido es idéntico al artículo 98 de la Ley 200 de 1995. Dictaminó entonces, que las decisiones de segunda instancia mediante las cuales se resuelven los recursos de apelación y queja, lo que sería aplicable a los fallos de única instancia, quedan ejecutoriadas, no con la simple suscripción de la misma, sino que es menester que se haga la notificación. En síntesis, para el Juez constitucional, aunque la decisión sea en única instancia o ya no sea recurrible, no basta la expedición del acto, como sugiere la demandada, sino que es menester alguna forma de notificación.

Además de lo decidido por el juez Constitucional, así ya se hayan agotados los recursos contra la decisión, ello no exime que se haga saber la decisión al interesado, noticia indispensable, entre otras cosas, para que el afectado pueda hacer uso oportuno de la acción contenciosa administrativa como manda el artículo 136 del C.C.A.

En este caso, a pesar de que fueron enviadas las comunicaciones intentando notificar las decisiones conclusivas del proceso disciplinario, no hay constancia de que efectivamente hubieran sido recibidas por el destinatario. Así, obra en el expediente, folio 127 del cuaderno 1º, el Oficio No. 414 de 21 de marzo de 2002, remitido en el expediente 028-31320, al señor Manuel Heriberto Zabaleta Rodríguez haciéndole saber de la confirmación del fallo sancionatorio. Dicho oficio fue remitido el 22 de marzo de 2002 en la Oficina Murillo Toro de "Adpostal" con el recomendado número 118976. No obstante, como no hay la debida constancia de que esa comunicación haya sido recibida por el interesado, no es posible dar por sabida la existencia de la resolución desde esa fecha y no puede contarse desde ahí el término de caducidad.

También se frustró la notificación procurada mediante la misiva que obra en el folio 150, comunicación enviada al Ministro del Trabajo con el propósito de que se ejecutara la sanción de destitución, pues tampoco aparece acreditado que se hubiera entregado la comunicación, por lo que no puede darse por ejecutada la sanción en esa fecha, ni desde ahí contar el plazo de caducidad de que trata el artículo 136 del C.C.A., para interponer la acción contenciosa administrativa.

Conclúyese entonces que la sola expedición del acto no basta para que se inicie el conteo del término de caducidad, y como no se sabe la suerte de los oficios enviados, ninguna de esas circunstancias puede ser tomada como referente inicial para contar el término de caducidad. Así las cosas, la única certeza de que el demandante conoció de la existencia del acto, surge de la nota suscrita el 9 de mayo de 2002, mediante la cual devolvió las copias de las decisiones, incluida la definitiva de 20 de marzo de 2002.

En síntesis, si la única manera de inferir que el demandante sabía de la existencia de la sanción data del 9 de mayo de 2002, día de devolución de las copias, y la demanda contenciosa administrativa se presentó el 22 de agosto, no hay la

caducidad de la acción que plantea la parte demandada, pues no pasaron los cuatro meses previstos en el artículo 136 del C.C.A.

3.- Sobre la prescripción de la acción disciplinaria. Protesta la parte demandante porque no se decretó la prescripción de la acción disciplinaria, a pesar de que para cuando se tomó la determinación sancionatoria ya habían pasado cinco años desde cuando tuvieron ocurrencia los hechos.

A este propósito obsérvese que la actuación de que se acusa al demandante comprende el periodo que va desde el 20 de diciembre de 1996 hasta el 2 de febrero de 1998, época en que ejerció las funciones de Director de la institución. Recuérdese que varios de los cargos tratan de omisión en el ejercicio de las funciones, como dejar de demandar o impugnar los actos, de lo cual se sigue que hasta el último día de ejercicio del cargo el sancionado fue omiso y estaba incurso en una falta permanente. Así las cosas, contando desde la dejación del cargo ocurrida el 2 de febrero de 1998, de existir la prescripción ella se consumaría el 2 de febrero de 2003.

Recuérdese que el 20 de marzo de 2002 se decidió definitivamente el proceso disciplinario, y que no hay constancia de entrega de las comunicaciones enviadas por correo certificado para hacer saber la decisión final del proceso, pues no se sabe si llegaron a su destino las comunicaciones al sancionado (folio 127), y para ejecutar la sanción (folio 150). A pesar de ello, es lo cierto que en varias ocasiones, folios 139, 141 y 143, el demandante hizo alusión expresa a la decisión de 20 de marzo de 2002 por medio de la cual se le impuso la sanción definitiva. Así de modo inequívoco en la nota suscrita por el demandante el 9 de mayo de 2002, este devuelve las copias de las decisiones, incluida la definitiva de 20 de marzo de 2002, porque a su juicio carecían de la constancia de ejecutoria. Puestas en esta dimensión las cosas, el 9 de mayo de 2002 operó la notificación al sancionado por conducta concluyente de que trata el artículo 98 de la Ley 200 de 1995 vigente para entonces.

En ese contexto, el sancionado con pena de destitución quedó enterado de la decisión por conducta concluyente el día 9 de mayo de 2002. Además el 22 de agosto del mismo año 2002, aquel presentó la demanda contencioso administrativa contra el acto sancionatorio. Entonces, como la prescripción se consumaría en febrero de 2003, no es posible declarar la prescripción, si el sancionado supo del acto sancionatorio el 9 de mayo de 2002, antes de que se

consumara la prescripción alegada. Si el demandante interpuso la acción contenciosa administrativa contra el fallo disciplinario definitivo, y lo hizo antes de que se cumplieran cinco años contados desde los hechos, cómo decir que no sabe de su existencia y que también ignora que el fallo se produjo antes de que sobreviniera la prescripción.

Síguese de ello que no operó la prescripción y por tanto el reclamo a ese respecto está condenado al fracaso.

4.- Sobre la supresión de la doble instancia. Se acusa que el proceso venía tramitándose con vocación de tener dos instancias, no obstante, cuando el Procurador General de la Nación asumió la competencia mediante la Resolución No. 332 de 31 de octubre del año 2001, al así proceder el trámite quedó reducido a una sola instancia, resolución ésta que además no fue comunicada a las partes.

Los artículos 275 y 277 de la Constitución Nacional consagran que el Procurador General de la Nación es el supremo vigilante de la conducta oficial, y que por ello puede ejercer el poder preferente desplazando por sí a otras autoridades. Esa prerrogativa constitucional fue desarrollada en el artículo 3º de la Ley 200 de 1995 y en el numeral 17 del artículo 7º del Decreto 262 de 2000. Es evidente entonces que el procedimiento elegido por el Procurador General de la Nación para ejercer el poder preferente, no es la expresión de un capricho suyo, sino la realización de un mandato constitucional que le autoriza a obrar de ese modo. Y si bien ese procedimiento puede limitar la doble instancia, es de ver que el artículo 31 de la Carta Política tiene establecido que inclusive la ley puede consagrar excepciones a la doble instancia, excepción que en este caso viene amparada no en la ley, sino en la propia Carta Política, que al otorgar la potestad del poder preferente y excluyente en manos del Procurador General de la Nación estableció para ese trámite una sola instancia.

Pero si la anterior justificación fuera insuficiente, el ejercicio del poder preferente no deja al ciudadano abandonado frente al posible error de la administración, pues justamente para controlar ese poder está la acción contenciosa administrativa. Con este argumento, la Corte Constitucional, en la sentencia C 429 de 2 de mayo de 2001, con Ponencia del H. Magistrado Jaime Araujo Rentería halló que era constitucional el numeral 17 del artículo 7º del Decreto 262 de 2000, que consagra

el poder preferente ejercido en una sola instancia por el Procurador General de la Nación.

De otro lado, alega el demandante que la decisión por medio de la cual el Procurador General de la Nación ejerció el poder preferente no fue notificada a las partes. A este propósito obsérvese que el artículo 89 de la Ley 2002 de 1995 establecía cuáles providencias se notifican de modo especial y allí no aparece la necesidad de notificar la resolución por medio de la cual el Procurador General de la Nación atrajo para sí la competencia. Por lo demás, cualquier vicio al respecto quedó saneado, pues con la actuación que realizó el inculpado con posterioridad en el proceso se entiende notificado por conducta concluyente a la luz del artículo 89 de la Ley 200 de 1995 entonces vigente. Si el demandante acudió ante la Procuraduría y allí no protestó por el ejercicio del poder preferente no puede ahora extrañarse de que no estaba enterado de tal cosa.

5.- Sobre la prueba trasladada. A juicio del demandante, la prueba trasladada proveniente de la Contraloría General de la República es ilegítima pues *“no se practicó por petición del Dr. Zabaleta Rodríguez y el traslado no se hizo con su audiencia.”*

A contrario de lo que arguye el demandante, la prueba trasladada no requería de su permiso o de su anuencia, pues dentro de las facultades investigativas de la Procuraduría General de la Nación está la de recoger los elementos de prueba necesarios para llenarse de razones, en este caso para adosar al expediente lo actuado por la Contraloría General de la República, que como se sabe sirvió de noticia para dar curso a la investigación disciplinaria. Esta actuación fue conocida y combatida por el demandante a lo largo del proceso disciplinario y lo fue en el juicio fiscal, de modo que no puede ahora tachar esa prueba bajo el pretexto de que es clandestina, si es que por doble partida estuvo presente en su práctica y contradicción. Además, este informe técnico pudo ser desvirtuado por el demandado a lo largo del proceso disciplinario, pues se mencionó de manera recurrente, inclusive de modo expreso en la imputación y de él se ocupó el demandante en los descargos.

Lo propio ocurre con el informe pericial rendido por Pedro Moreno Sanabria, que de todos modos no fue el fundamento central de la decisión y por lo mismo así se pudiesen hacer objeciones contra este medio probatorio, por no haber sido la

única prueba de la culpa, la acusación sería inane, pues el informe pericia es marginal y al ser suprimido del expediente no desvirtuaría, por ejemplo, la acusación de que el demandante obstruyó el acceso a los computadores lo que impidió controlar el doble pago de los beneficios laborales, acusación que nada tiene que ver con los supuestos defectos de la pericia.

6.- Sobre la responsabilidad objetiva. Acusa el demandante que la Procuraduría aplicó la responsabilidad objetiva en contravía del artículo 14 de la Ley 200 de 1995, *“al ligar esta figura con el cumplimiento de los fallos judiciales por parte de Zabaleta”*.

Como puede verse, en esta escueta acusación el demandante no desarrolló de ninguna manera las razones por las que considera que se aplicó la responsabilidad objetiva contra expresa prohibición del artículo 14 de la Ley 200 de 1995.

No obstante, examinada las providencias sancionatorias, la original y la que decidió el recurso de reposición, a contrario de lo planteado por el demandante, se observa que en ellas el Procurador General de la Nación hizo una frondosa explicación de porqué se imputó a título de dolo; a manera de ejemplo, (folio 940) la sanción proviene de *“la actitud consciente de la voluntad del inculpado de querer obrar en forma antijurídica, porque no podía pasar por alto que esta resolución carecía de soportes y sin embargo la suscribió ordenando la cancelación de una suma considerable, consciente de que no se mencionaban los factores ni los años que se estaba reconociendo, como puede observarse de la misma, donde no aparece motivación alguna.”*

La acusación de dolo y mala fe se extiende a que el inculpado no suministró las claves necesarias para el acceso a los computadores a fin de poder evitar los dobles pagos por el mismo concepto. Así lo declararon Marco Antonio Lasso y Daniel Aza Olarte y de ello hizo eco la Procuraduría General de la Nación para imputar y sancionar, no por responsabilidad objetiva, sino a título de culpa y dolo, a despecho de lo que alega ahora el demandante.

7.- De las razones generales de la impugnación y la objeciones por violación al debido proceso y a la valoración probatoria.

7.1.- Como los cargos comprenden la irregularidad de las Resoluciones números 2733, 2252, 0263, 0462, 0733 el demandante impugna los actos sancionatorios reconociendo que *“nota común de todas las resoluciones traídas al proceso disciplinario, incoado por la Procuraría, es la que fueron dictadas en obediencia a una orden judicial, luego de formalizarse ante los despachos judiciales respectivos los expedientes de carácter laboral”*.

Añade el demandante que sólo ocupó el cargo de director entre el 23 de diciembre de 1996 y el 2 de febrero de 1998, por lo que ninguna responsabilidad tiene por la expedición de la Resolución No.2733 del 3 de diciembre de 1996. Igualmente señala que el fallo disciplinario *“no precisa las actas de conciliación y las providencias judiciales que reconocían derechos sin fundamento legal alguno. Esto quiere decir que sobre la vaguedad se ha estructurado una decisión condenatoria. El fallo carece del fundamento normativo del supuesto deber incumplido. El fallo especula sobre el particular pero no precisa la disposición quebrantada”*.

Como se aprecia en esta genérica acusación lo que el demandante hace es coincidir en aquello de la exclusión de la responsabilidad en la expedición de algunas de las resoluciones y la inclusión de otras, en atención al tiempo en que el inculcado ejerció el cargo. No obstante esa distinción entre las resoluciones dictadas por el implicado y las tomadas por otros, aparece esclarecido en la resolución dictada por la Procuraduría General la Nación, que nítidamente excluyó la responsabilidad por algunas de las resoluciones que fueron dictadas por otros funcionarios y distinguió claramente cuándo éste fungió como Secretario de la entidad y cuándo como Director. Y aunque incluyó alguna tomada antes de que el inculcado se posesionara como Director de la entidad, lo hizo porque éste sí tiene compromiso disciplinario en la ejecución de la resolución como de manera explícita se revela en los cargos. Por lo demás la demanda en este punto apenas muestra el malestar del inculcado con la decisión, pero no un yerro de tal magnitud que exija la aniquilación de los actos administrativos.

Claramente las decisiones hoy demandadas le reprochan al sancionado, no tanto por haber cumplido decisiones judiciales, sino por haberlo hecho sin controlar y evitar que se duplicaran los cobros del mismo acto a favor de la misma persona, se incluyeran intereses moratorios indebidamente, no se hubieran impugnado las decisiones y por no haber exigido el cumplimiento de la ejecutoria de algunas que

debían ser sometidas al grado jurisdiccional de consulta. Igualmente se le reprocha por no haber permitido las claves de acceso a los computadores para poder evitar el doble cobro de la misma resolución, lo cual no se explica simplemente diciendo, como se hizo en los descargos y se plantea hoy ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que el sancionado solo acataba decisiones judiciales. Por supuesto que además de exigir el cumplimiento del grado jurisdiccional de consulta, el implicado debió proponer el recurso de revisión y en general impugnar los actos y no cumplir ciegamente y sin revisión alguna las decisiones en desdoro del patrimonio público.

7.2.- Objeta el demandante que la sanción se ejecutó sin estar en firme la providencia. Para la Corporación, no aparece en el expediente prueba o constancia alguna de que la sanción haya sido ejecutada, por lo que carece de razón el demandante al plantear este reclamo, en tanto era carga suya demostrar el supuesto fáctico de su pretensión, en este caso que la sanción sí fue ejecutada y que lo fue antes de quedar ejecutoriado el fallo disciplinario.

7.3.- El reclamo del demandante se extiende a una supuesta indebida valoración de la prueba, plantea así que no fue vista en su conjunto, que mirada de otro modo conduciría a un resultado distinto; no obstante el demandante se queda en simples generalizaciones acerca de la actividad probatoria, criticando algunos de los medios recaudados, pero pasando

de largo ante pruebas contundentes que señalan de modo inequívoco su compromiso y responsabilidad. No señala el demandante como es que conformado el panorama probatorio desde otra perspectiva esencialmente distinta, que la Procuraduría no vio, según dice el actor, podría llegarse a determinar su inocencia.

Síguese de todo lo dicho que la razón no asiste al demandante y que su esfuerzo fue vano para quebrar la presunción de legalidad y acierto que acompañan los actos de la administración, expedidos en este caso con su expresa participación como sujeto procesal en el juicio disciplinario.

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

DECLARASE no probada la excepción de caducidad propuesta por la parte demandada por las razones expuestas en la parte considerativa de esta decisión.

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda incoada por el ciudadano Manuel Heriberto Zabaleta Rodríguez,

Cópiese, notifíquese y, una vez en firme este proveído archívense las presentes diligencias. Cúmplase

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA