

COMPETENCIA DEL JUEZ ADMINISTRATIVO RESPECTO DE LOS PROCESOS DISCIPLINARIOS – Analisis de legalidad de los actos proferidos / JUZGAMIENTO DISCIPLINARIO – De manera restrictiva / ANALISIS DE LEGALIDAD – de los derechos de rango constitucional

La Corporación ha sostenido en diversos pronunciamientos que en materia disciplinaria, la revisión de legalidad de estas decisiones dadas las prerrogativas procesales propias de ese procedimiento, no debe repetir el debate agotado ante la autoridad administrativa competente. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad y restablecimiento, no es una simple extensión del trámite disciplinario, sino que es funcionalmente distinto. El control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especialidad y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba, como si se tratara de una tercera instancia. Empero, tampoco implica la intangibilidad de los actos de juzgamiento disciplinario, pues ellos están sometidos a la jurisdicción, aunque no de cualquier manera, sino con marcadas restricciones. 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 básicas, es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba, a condición de que dicha prueba sea manifiestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales, o sea, aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa. También es pertinente el análisis de legalidad, cuando en dicho proceso se ven comprometidos derechos de rango constitucional, como el debido proceso, la presunción de inocencia, el buen nombre, el honor y la dignidad, entre otros.

BANCO AGRARIO DE COLOMBIA – Naturaleza Jurídica / CATEGORIA DE LOS FUNCIONARIOS DE EMPRESAS DE ECONOMIA MIXTA – Trabajadores oficiales y empleados públicos / TRABAJADORES OFICIALES Y EMPLEADOS PUBLICOS – Quienes desarrollan su labor en empresas de economía mixta / TRABAJADORES OFICIALES – Tienen categoría de servidores públicos / POTESTAD DISCIPLINARIA – Sobre los servidores públicos / SUJETOS DISCIPLINABLES CONFORME AL CODIGO DISCIPLINARIO UNICO – Los empleados oficiales de las sociedades de economía mixta

El BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. es una Sociedad de Economía Mixta del Orden Nacional, según consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia; sociedad en la cual el Estado colombiano es titular de quince millones novecientos noventa y nueve mil novecientos noventa y siete (15.999.997) acciones de las diez y seis millones (16.000.000) de acciones que conforman el capital social, lo que significa, que su participación corresponde al 99.99998125%, conforme a la certificación expedida por el Secretario General del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. fechada el 24 de junio de 2009. Dentro del mismo concepto, el Decreto 3135 de 1968 artículo 5 inciso 2 estableció dos categorías de funcionarios: Trabajadores Oficiales, vinculados por contrato de trabajo y empleados públicos, vinculados por una relación legal y reglamentaria. También dispuso, que en los estatutos de la entidad se precisarían que actividades de dirección o confianza deben ser desarrolladas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. Esto significa que la potestad disciplinaria se manifiesta sobre los servidores públicos, esto es, sobre aquellas personas naturales que prestan una función pública bajo la subordinación del Estado, incluida

una relación derivada de un contrato de trabajo. En efecto, en aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona, se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la Administración y la aludida persona. Por ello la Corte Constitucional ya había señalado que el “régimen disciplinario cobija a la totalidad de los servidores públicos, que lo son, de acuerdo al artículo 123 de la Constitución, los miembros, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. En ambos contratos en la cláusula décima primera, se les obliga a suscribir un acta especial de compromiso que los conmina a cumplir con el Código de Conducta, el Manual para la Prevención del Lavado de Activos del Banco, así como se les hace saber que están sujetos a la Ley 200 de 1995 -Código Disciplinario Único- y a la Ley 190 de 1995 -Estatuto Anticorrupción-, manuales y procedimientos y reglamentaciones internas y externas que rijan al Banco Agrario de Colombia S.A., que se considera parte integrante del contrato. Así mismo, en la cláusula décima tercera, manifiestan que conocen los Estatutos del Banco. Los empleados oficiales de las sociedades de economía mixta que se gobiernan por el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado por tener un capital público igual o superior al 90%, son sujetos disciplinables conforme al C.D.U, no sin antes advertir que el artículo 85 de la Ley 489 de 1998, citado por el actor para solventar la nulidad, hace referencia al derecho privado en lo que toca al desarrollo de actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica, por ende, el cargo soportado en la incompetencia de la entidad para adelantar y fallar el proceso disciplinario, es improcedente.

INCREMENTO PATRIMONIAL INJUSTIFICADO EN EL PROCESO DISCIPLINARIO – Se requiere a través de una prueba técnica / PRUEBA TECNICA – Para demostrar el injustificado incremento patrimonial – INCREMENTO PATRIMONIAL INJUSTIFICADO – No probado / FALTA DE PRUEBA – conlleva a proferir una sanción diferente / FALTA GRAVÍSIMA – No demostrada / FALSA MOTIVACION – Por ausencia de prueba

Acorde con lo anterior, el incremento patrimonial injustificado puede demostrarse en el proceso disciplinario utilizando varios medios, *verbi gratia* a través de una prueba técnica –que es fundamental en el enriquecimiento ilícito, porque es un delito de resultado-, un peritazgo, un informe contable, o cualquier otra prueba que demuestre el aumento injustificado del capital, en fin, el investigador tiene libertad de prueba para demostrar la causal, siempre y cuando ella reúna los requisitos de contradicción y los demás presupuestos de la misma, como son la conducencia, pertinencia y utilidad. Precisamente esa prueba es la que se echa de menos en el *sub lite*. No se demostró ese *quantum* patrimonial incrementado e injustificado, sino que las probanzas a que se hizo referencia en este aserto demostraron tal incremento por deducción y conjetura. Esto es, que aplicaron un silogismo a partir de unos presupuestos que en su concepto determinaron la tipicidad de la falta. Lo planteado por el Control interno disciplinario se resume, en que al asignarse un presupuesto para el cobro de cartera vencida a través de un programa llamado “Brigada de Directores” para la Regional de San José del Guaviare que debía ser manejado por los disciplinados, éste se consumió sin que la prestación del servicio que recayó en cabeza del señor José Orlando Pinilla, se hubiera prestado idóneamente, esto es, que el servicio fue ocasional –según los testimonios de los empleados de la regional-, no se pactó el valor de la hora sino un costo global, no habían cuentas de cobro, ni controles sobre el uso vehicular y por el contrario, si se autorizaron dichas sumas a favor de un proveedor; es decir, en palabras del operador disciplinario, se permitió que un tercero dispusiera de dineros públicos sin que se diera cabal cumplimiento a la contraprestación y sin que nada justificase tal actitud. Este análisis deductivo y presuntivo realizado en las decisiones disciplinarias del ente empleador, puede dar lugar a una sanción por

incumplimiento de los deberes o por haber incurrido en una prohibición, pero jamás aterrizar en la falta gravísima que les fue enrostrada, o por lo menos no como fue planteada por el operador disciplinario, en donde aplicó un nexo de causalidad entre los hechos y el incumplimiento de las funciones de los servidores, para concluir que se dio un incremento injustificado en el patrimonio de un tercero –proveedor de servicios-. Lo anterior evidencia la causal de nulidad de falsa motivación, al sustentarse la decisión disciplinaria en una causal que adolece de sustento.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: DR. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D. C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011).

Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00126-00 (2740-08)

Actor: GUILLERMO DEL CARMEN GÓMEZ Y OTRO

Demandado: BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. BANAGRARIO

Decide la Sala la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de única instancia formulada por **GUILLERMO DEL CARMEN GÓMEZ BERMÚDEZ Y LUÍS ARGEMIRO GARCÍA COTRINO** contra el **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. BANAGRARIO**.

ANTECEDENTES

1.- Los actores, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instauraron demanda contra **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. BANAGRARIO**, para que se declare la nulidad de los actos administrativos de fecha 9 de mayo y 4 de septiembre de 2008, mediante los cuales, la Oficina de Control Interno Disciplinario, Coordinación Disciplinaria, y la Dirección General –Regional Bogotá- los sancionó en primera instancia con destitución e inhabilidad general para el ejercicio de cargos públicos por diez y once años y la confirmación de esa decisión, por la Presidencia de la entidad.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene retirar y cancelar el

antecedente disciplinario de la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación y del Banco Agrario de Colombia S.A. Banagrario.

Como hechos soporte de la acción señaló los siguientes:

El señor Guillermo del Carmen Gómez Bermúdez suscribió contrato individual de trabajo a término fijo con el Banco Agrario de Colombia S.A, de ahora en adelante, BANAGRARIO, el 27 de enero de 2006, para desempeñar el cargo de Director de la Oficina de San José de Guaviare, Regional de Bogotá.

A su vez el señor Luis Argemiro García Cotrino suscribió contrato individual de trabajo a término fijo, el 8 de agosto de 2000, por un período inicial de 6 meses con la misma entidad financiera, para desempeñar el cargo de Oficial Comercial de la Oficina del BANAGRARIO, de San José de Guaviare, perteneciente a la Regional de Bogotá.

Mediante auto de fecha de 3 de enero de 2007, la Oficina de Control Disciplinario Interno, Coordinación Disciplinaria, Dirección General - Regional Bogotá-BANAGRARIO- dentro del proceso disciplinario No. 001-002-2007, abrió investigación disciplinaria en contra de los actores por pagar un cheque en un día no laborable y por supuestos manejos en el rubro del presupuesto "Brigadas Directores" para el señor Guillermo del Carmen Gómez; y por el presunto hecho de participar y/o tener conocimiento de los malos manejos del presupuesto de "Brigadas Directores", para el caso del oficial comercial Luis Argemiro García Cotrino.

Que el 10 de agosto de 2007, la Coordinación Disciplinaria del Banco Agrario de Colombia le formuló dentro del proceso citado, pliego de cargos a los demandantes por los hechos descritos en el numeral anterior imputándole a título de dolo al Director Gómez Bermúdez, la falta gravísima de que trata el inciso segundo del numeral 3, art. 48 de la Ley 734 de 2002, en concurso heterogéneo con la falta grave, descrita en el numeral 1 del artículo 34 de la referida ley, e igualmente imputándole a título de dolo la falta gravísima descrita en el numeral 3, artículo 48 del C.D.U. al oficial comercial y también demandante Luis Guillermo Garcia Cotrino.

Que no obstante carecer de competencia para conocer y fallar por parte de la Oficina de Control Interno Disciplinario, Coordinación Disciplinaria, Dirección General –Regional Bogotá- del BANAGRARIO; calificar erróneamente los cargos y no probar como era su obligación el incremento patrimonial injustificado en cabeza de los disciplinados, directa o indirectamente a favor de estos, de un tercero o probar que estos permitieron que otro lo hiciera, en fecha 9 de mayo de 2008, les profiere a los actores en primera instancia gubernativa, sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad general para el ejercicio de cargos públicos por 11 años y 10 años respectivamente, según el fallo, por encontrarlos responsables disciplinariamente.

La decisión de primera instancia fue apelada por los sancionados y confirmada íntegramente por parte del señor Presidente del Banco Agrario, autoridad del orden nacional que expidió dicho acto en fecha de 04 de septiembre de 2008.

Las decisiones impugnadas coartaron sus derechos fundamentales al trabajo y a contratar con el Estado, causándoles enormes perjuicios económicos y morales.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Consideró violadas las normas constitucionales contempladas en los artículos: 2, 6, 25, 26, 29, 122,123 y 125.

Legales: artículos 4,6,9,20 Libro III, Título I, artículos 52,53,55,56,74 y 75 de la Ley 734 de 2002, así como los artículos 142, 146, 147, 113 y 114 del mismo estatuto. Artículos 4, numeral 2 del artículo 137, artículo 138, inciso 5 del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil (C.P.C).

Precedentes jurisprudenciales: Rad. # 1265-01 M.P. Ana Margarita Olaya y # 518-06 Jaime Moreno García.

Propone como cargos:

Falta de competencia de la entidad demandada para conocer y fallar el proceso disciplinario. Fundamentó este cargo, en que los sancionados no eran

sujetos disciplinables porque no tenían la calidad de servidores públicos, sino la de particulares ya que no ejercían funciones públicas. Que en el caso de que si lo fueran solo podría investigarlos directamente la Procuraduría General de la Nación o sus Delegadas, de conformidad con el artículo 25 y 53 de la Ley 734 de 2002. Por la misma razón, a los actores no se les podía imputar fallas disciplinarias consagradas específicamente para los servidores públicos.

Por otro lado, el motivo de investigación y sanción fue el inadecuado manejo de recursos destinados a la Brigada de Directores, objeto exclusivo de la actividad comercial y bancaria propiamente dicha, lo que de ninguna manera involucra dineros públicos, es decir, no ejercían dicha actividad como función pública permanente que implique la manifestación de potestades inherentes al Estado, sino que es una actividad bancaria de derecho privado por orden legal. Por lo tanto, la responsabilidad se deriva de los contratos y de la ley contractual.

Violación al principio de legalidad y debido proceso

En primer lugar, consideró que hubo calificación errónea y ambigüedad en los cargos. Argumentó que en su condición de contratistas, no podían incurrir en la comisión de la falta grave consagrada en el numeral 1 del artículo 34 del C.D.U., ni en la gravísima, señalada en el numeral 3 del artículo 48, ya que estas faltas están previstas particularmente para los servidores públicos, condición que no ostentaban los accionantes.

En caso de ser posible la sanción, las únicas faltas imputables serían las contempladas en el libro III, título I del CDU (ARTS. 55 y 56), lo que a su juicio hace evidente la violación del debido proceso y la falsa motivación.

Agregó también, que no se probó como era su obligación hacerlo, el incremento patrimonial injustificado de los disciplinados, directa o indirectamente a favor de estos o de un tercero, o que permitieron que otro lo hiciera.

Finalmente, adujo que los actos acusados incurrieron en causal de nulidad por violación al derecho de contradicción y defensa al no resolver antes del fallo, las nulidades propuestas en virtud de lo señalado en los artículos 113 y 146 de la Ley 734 de 2002. (fls. -27 cdno ppal)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad se opuso a las pretensiones de la demanda. Sostuvo que los actos cuestionados fueron expedidos con respeto por el debido proceso, derecho de audiencia, defensa y contradicción.

Respecto de la incompetencia de la entidad para adelantar y fallar la investigación disciplinaria contra los demandantes, sostuvo que al ser el Estado propietario del 99.9% de las acciones que conforman el capital social de BANAGRARIO, la Oficina de Control Interno Disciplinario, si es competente para conocer y fallar la investigación disciplinaria adelantada contra los demandantes en virtud de lo consagrado en el artículo 97 de la ley 489 de 1998.

Informó además, que el Decreto 1619 de 2 de agosto de 2002, estableció en el artículo 2 que a excepción del Presidente y del Jefe de Control Interno, los demás trabajadores del Banco Agrario tienen la calidad de trabajadores oficiales, por ende, no son particulares que ejercen funciones públicas. Está probado que suscribieron contratos individuales de trabajo y por tal razón, las personas naturales que trabajan en esa entidad, son empleados públicos o trabajadores oficiales, clasificaciones que pertenecen al género de los servidores públicos de conformidad con lo preceptuado en el artículo 25 de la Ley 734 de 2002. Así mismo afirma, que el BANAGRARIO, es titular de la acción disciplinaria conforme a lo dispuesto en el artículo 2 del C.D.U.

En lo referente al segundo cargo, esto es, la irregularidad en el pliego de cargos, manifestó que en dicha pieza procesal se concretó la naturaleza de la falta cometida por los disciplinados (graves y gravísimas), el título de imputación (dolo), conforme a lo estipulado en los artículos 34 y 48 del C.D.U.

Sobre el incremento patrimonial injustificado, afirmó, que en la investigación disciplinaria si fue demostrado tal aspecto, por cuanto los investigados no lograron desvirtuar que existió relación de causalidad entre los pagos al proveedor Orlando Pinilla y el servicio de transporte prestado por éste que no fue utilizado sino en ocasiones aisladas pues usaban sus propios vehículos para adelantar las gestiones inherentes al cobro de cartera vencida; que las cuentas de cobro presentadas por el proveedor no se encontraban debidamente soportadas para justificar el gasto; que no se ejerció el control sobre la prestación del servicio para que el Director expediera el certificado de prestación de mismo a satisfacción y finalmente que el señor Orlando Pinilla quemó los soportes de las facturas, lo cual demuestra un

enriquecimiento patrimonial injustificado.

Finalmente, afirma que la investigación disciplinaria adelantada contra los accionantes no vulneró el derecho de defensa porque fueron estudiados los argumentos expuestos en las dos instancias; como también lo fueron las peticiones de nulidad.

ALEGATOS

De los demandantes

Reitera los argumentos de la demanda. Respecto del régimen jurídico de los servidores de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, considera que debe aplicarse el numeral 4 del artículo 94 de la Ley 489 de 1998, que señala sin equívocos que se sujetarán a las disposiciones del derecho privado.

De la demandada

Hace un recuento de los hechos que dieron lugar a la investigación disciplinaria, para continuar con las causales de nulidad invocadas controvirtiendo una a una, y así reiterar su petición de negar las pretensiones de la demanda.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, solicita denegar las pretensiones de la demanda.

Considera, que los actores son sujetos disciplinables porque dada su calidad de servidores públicos no resulta posible que se les aplicara el régimen de los particulares, conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de los Estatutos del Banco.

En lo que hace referencia a que no se probó el incremento patrimonial, manifestó que los disciplinados no lograron demostrar la razón por la que pagaron en hora y día no hábil el cheque por el alquiler de unas motos. Además, que en el proceso se encuentra acreditado con pruebas testimoniales y documentales, que no existió relación de causalidad entre los pagos al proveedor José Orlando Pinilla y el servicio de transporte presuntamente prestado por éste. En general concluyó, que los cargos no fueron desvirtuados.

Trámite procesal

Mediante providencia de 12 de marzo de 2009 se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional solicitada (folio 31-33); posteriormente, por auto de 23 de abril del mismo año se resolvió el recurso de reposición propuesto contra el auto que negó la suspensión provisional, confirmando lo resuelto. El 30 de septiembre de 2009, se abrió a pruebas el proceso (folio 69), para luego con auto del 29 de octubre de 2010, correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegaciones por escrito, actuación procesal de la cual hicieron uso las partes como ya se reseñó.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Competencia

El presente asunto es competencia en única instancia del Consejo de Estado¹, porque se controvierte una sanción disciplinaria administrativa impuesta a los señores Guillermo Gómez Bermúdez y Luis Argemiro García Cotrino, por el Banco Agrario S.A., consistente en la destitución del cargo de Director de la Oficina de San José de Guaviare –Regional Bogotá- y Oficial Comercial de la Oficina de San José del Guaviare, respectivamente, y una inhabilidad general de diez (11) y once (10) años, respectivamente, que no implica cuantía, en la medida en que solicitan la cancelación de los antecedentes disciplinarios existentes tanto en el BANAGRARIO como en la Procuraduría General de la Nación.

Actos demandados:

Son los contenidos en las decisiones administrativas sancionatorias de primera y segunda instancia proferidas el 9 de mayo y 4 de septiembre de 2008, respectivamente, por la Oficina de Control Interno, Coordinación Disciplinaria, Dirección General –Regional Bogotá- del Banco Agrario de Colombia S.A y el Presidente de la misma entidad, que decidieron imponer a Guillermo del Carmen Gómez Bermúdez y Luis Argemiro García Cotrino, sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por 11 y 10 años respectivamente.

¹ La Sección Segunda, en auto del 12 de octubre de 2006, expediente No.0799-06, Radicación:110010322400020050033300, Actor: EDUARDO DE JESÚS VEGA L., Consejero Ponente Dr. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO.

Problema jurídico

Consiste en definir si la sanción disciplinaria de que fueron objeto los señores Guillermo Gómez Bermúdez y Luis Argemiro García Cotrino, se ajustó al ordenamiento jurídico.

Previo a resolver los cargos, la Sala recordará la competencia del juez administrativo en materia disciplinaria.

Competencia del juez administrativo en la acción de nulidad y restablecimiento respecto de los procesos disciplinarios

La Corporación ha sostenido en diversos pronunciamientos que en materia disciplinaria², la revisión de legalidad de estas decisiones dadas las prerrogativas procesales propias de ese procedimiento, no debe repetir el debate agotado ante la autoridad administrativa competente. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad y restablecimiento, no es una simple extensión del trámite disciplinario, sino que es funcionalmente distinto. El control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especialidad y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba, como si se tratara de una tercera instancia.

Empero, tampoco implica la intangibilidad de los actos de juzgamiento disciplinario, pues ellos están sometidos a la jurisdicción, aunque no de cualquier manera, sino con marcadas restricciones.

Corresponde entonces a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, entre otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario se haya ajustado a las garantías constitucionales básicas, es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba, a condición de que dicha prueba sea manifiestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales, o sea, aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa³.

² Entre otros, Rad # 2274-08; 0032-2010 M.P. Gustavo E. Gómez A; 0083-2010, 2429-08 M.P. Víctor Hernando Alvarado.

³ Rad No. 1384-06 M.P. Víctor Hernando Alvarado.

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

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

Desde esta perspectiva la Sala analizará los cargos conforme fueron propuestos:

1. Incompetencia del Banco Agrario para sancionar disciplinariamente a los actores.

Soportado en que los señores Guillermo Gómez Bermúdez y Luis Argemiro García Cotrino, no tenían la calidad de servidores públicos, sino la de particulares porque no ejercían funciones públicas. Que en caso de que fueran disciplinables solamente los podía investigar la Procuraduría General de la Nación o sus Delegadas, de conformidad con el artículo 25 y 53 de la Ley 734 de 2002. Por la misma razón, a sus representados no se les podían imputar fallas disciplinarias consagradas específicamente para los servidores públicos.

Para resolver este cargo se revisará la naturaleza jurídica del Banco Agrario de Colombia, para definir la de sus empleados y determinar así la competencia de la entidad financiera para investigar y sancionar a sus servidores.

Naturaleza jurídica del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.

El BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. es una Sociedad de Economía Mixta del Orden Nacional, según consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia; sociedad en la cual el Estado colombiano es titular de quince millones novecientos noventa y nueve mil novecientos noventa y siete (15.999.997) acciones de las diez y seis millones (16.000.000) de acciones que conforman el capital social, lo que significa, que su participación corresponde al 99.99998125%, conforme a la certificación expedida por el Secretario General del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. fechada el 24 de junio de 2009 (Folios 50, 51, 51 vuelto, 52 y 52 vuelto del cuaderno principal).

A partir de la vigencia del Decreto 130 de 1976 hasta llegar a la Ley 489 de 1998, las Sociedades de Economía Mixta que tuvieran un aporte social igual o superior al

90%, se dispuso que estos entes se sujetarían a las normas de las empresas industriales y comerciales del Estado.

El artículo 30 del Decreto 130 de 1976 estableció que:

"Las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación o de sus entidades descentralizadas fuera igual o superior al noventa por ciento del capital social, se sujetan a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado" y el artículo 50 del Decreto 3135 de 1968 consagra que los servidores que prestan sus servicios a las empresas industriales y comerciales del Estado y por lo tanto a las sociedades de economía mixta con aporte estatal igualo superior al noventa por ciento (90%) en la conformación de su capital social, tienen la calidad de trabajadores oficiales".

A su vez la Ley 489 de 1998 en el párrafo único del artículo 97 dispuso:

"Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del estado. "

Dentro del mismo concepto, el Decreto 3135 de 1968 artículo 5 inciso 2⁴ estableció dos categorías de funcionarios: Trabajadores Oficiales, vinculados por contrato de trabajo y empleados públicos, vinculados por una relación legal y reglamentaria. También dispuso, que en los estatutos de la entidad se precisarían que actividades de dirección o confianza deben ser desarrolladas por personas que tengan la calidad de empleados públicos⁵.

Esta Sección⁶ y reiteradamente la Corte Suprema de Justicia han sostenido, que por excepción cuando el aporte oficial es o excede del 90% del capital social, sus actividades se regulan por los preceptos aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado y, en consecuencia, sus empleados serán, por regla general, trabajadores oficiales⁷

En aplicación a las normas citadas, el Decreto 3684 de 2006 vigente para la época de los hechos demandados, estableció que la planta de personal del Banco Agrario sería la dispuesta en el Decreto 1619 de 2002 y adicionó respecto de los trabajadores oficiales el artículo 2:

⁴ C-283-02 se declaró exequible la expresión *"Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales"*, contenida en el inciso segundo del artículo 5° del Decreto-ley 3135 de 1968. M.P. Alfredo Beltrán Sierra

⁵ Sentencia de exequibilidad C- 484 de 1995

⁶ Con ponencia de este Despacho, N.I. 1474-06 de 21 de agosto de 2008.

⁷ C.S.J. sentencia 28 septiembre 1988, C.S.J., exp. 2084; C.S.J. sent. 9 julio 1993, C.S.J., exp 5928; y C.S.J. sent. 3 abril 2000, C.S.J exp. 11.715

ARTICULO SEGUNDO. Ampliase en noventa y uno (91) el número de trabajadores oficiales al servicio del Banco Agrario de Colombia S.A., el cual comprenderá hasta un número total de cuatro mil doscientos trece (4.213)

El Decreto 1619 de 2002 sobre lo pertinente señaló:

ARTICULO 1°. Las funciones propias del Banco Agrario de Colombia S.A., serán cumplidas por la planta de empleados públicos que se establece a continuación así:

N° de Empleos Denominación del empleo Código Grado

1 (Uno) Presidente _____

1 (Uno) Jefe de Oficina 0137 20

ARTICULO 2°. El numero de trabajadores oficiales al servicio del Banco Agrario de Colombia S.A., será hasta de cuatro mil ciento veintidós (4.122)".

Por otra parte en el artículo 38 de los Estatutos del Banco Agrario se reglamentó cuales cargos pertenecían al régimen de los empleados públicos y cuales se consideraban trabajadores oficiales:

"Artículo 38°. Régimen Jurídico. Son trabajadores oficiales los empleados que presten sus servicios al BANAGRARIO mediante contrato directo de trabajo, a excepción de su Presidente y del Jefe de Control Interno, quienes son empleados públicos."

Lo dicho lleva a la evidente conclusión, de que en el Banco Agrario existen empleados públicos que son los de confianza y manejo y los trabajadores oficiales que componen el resto de la planta.

La Carta Política en su artículo 123 clasificó directamente los servidores públicos del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, en tres categorías muy generales: miembros de las corporaciones públicas, empleados públicos y trabajadores oficiales; lo que confirma que los trabajadores oficiales tienen la categoría de servidores públicos.

Sobre los sujetos disciplinables el artículo 25 de la Ley 734 de 2002, expresó:

"Artículo 25. Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código".

Esto significa que la potestad disciplinaria se manifiesta sobre los servidores

públicos, esto es, sobre aquellas personas naturales que prestan una función pública bajo la subordinación del Estado, incluida una relación derivada de un contrato de trabajo. En efecto, en aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona, se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la Administración y la aludida persona. Por ello la Corte Constitucional ya había señalado que el *“régimen disciplinario cubre a la totalidad de los servidores públicos, que lo son, de acuerdo al artículo 123 de la Constitución, los miembros, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”*⁸

Los actores fueron vinculados al Banco Agrario así:

El señor GUILLERMO DEL CARMEN GÓMEZ BERMÚDEZ firmó contrato individual de trabajo a término fijo por un período de seis (6) meses prorrogable por períodos iguales con el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. el día 27 de enero de 2006. Se desempeñó en el cargo de Director de Oficina de San José del Guaviare (folios 447 al 449 del cuaderno de pruebas)

El señor LUÍS ARGEMIRO GARCÍA COTRINO se vinculó al BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. el día 7 de febrero de 2000 mediante contrato de individual de trabajo a término fijo por un período de seis (6) meses prorrogable por períodos iguales. Se desempeñó en el cargo de Asesor comercial de la Oficina de San José del Guaviare (folios 450 al 452 del cuaderno de pruebas).

En ambos contratos en la cláusula décima primera, se les obliga a suscribir un acta especial de compromiso que los conmina a cumplir con el Código de Conducta, el Manual para la Prevención del Lavado de Activos del Banco, así como se les hace saber que están sujetos a la Ley 200 de 1995 -Código Disciplinario Único- y a la Ley 190 de 1995 -Estatuto Anticorrupción-, manuales y procedimientos y reglamentaciones internas y externas que rijan al Banco Agrario de Colombia S.A., que se considera parte integrante del contrato. Así mismo, en la cláusula décima tercera, manifiestan que conocen los Estatutos del Banco.

Todo lo anterior para concluir, que los empleados oficiales de las sociedades de economía mixta que se gobiernan por el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado por tener un capital público igual o superior al 90%, son sujetos disciplinables conforme al C.D.U, no sin antes advertir que el artículo 85 de la Ley 489 de 1998, citado por el actor para solventar la nulidad, hace referencia al

⁸ C-417/93 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

derecho privado en lo que toca al desarrollo de actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica, por ende, el cargo soportado en la incompetencia de la entidad para adelantar y fallar el proceso disciplinario, es improcedente.

La segunda parte del cuestionamiento, esta referida a si la investigación la debe asumir directamente la Procuraduría General de la Nación o sus delegadas y no la entidad a través de su control Interno Disciplinario.

El artículo 2 de la Ley 734 de 2002, dispuso que la titularidad de la acción disciplinaria sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General y de las personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado; de manera, que en ningún momento se violó la ley por que el proceso administrativo se adelantó por la oficina de control interno del BANAGRARIO en primera instancia y la presidencia en segunda; lo que debe hacer una oficina de control interno disciplinario, es dar aviso de la iniciación de las diligencias a la Procuraduría como efectivamente lo hizo la Institución (fl. 93) De contera que, tampoco este argumento ha de prosperar.

2. Violación al principio de legalidad y debido proceso

Calificación errónea y ambigüedad de los cargos.

Al pliego de cargos de fecha 10 de agosto de 2007 (folios 274 a 297 del cdno de pruebas # 2) los actores le atribuyen 2 falencias:

2.1. El haberle imputado al señor GUILLERMO DEL CARMEN GÓMEZ BERMÚDEZ la falta tipificada en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 y la falta consagrada en el inciso segundo del numeral 3 del artículo 48 de la citada Ley; y el atribuir al señor LUÍS ARGEMIRO GARCÍA COTRINO la falta prevista en el inciso segundo del numeral 3 del artículo 48 del Código Disciplinario; faltas consagradas exclusivamente para los servidores públicos que ejercen funciones públicas y no para los demandantes que para la época de ocurrencia de los hechos eran particulares. En segundo lugar, el que la sanción los hubiera destituido cuando ellos no tenían un nombramiento oficial, lo cual no era procedente

La primera parte de la impugnación está resuelta en el acápite anterior, dado que se demostró que los actores eran trabajadores oficiales y no particulares, que pertenecen a la categoría de servidores públicos y como tal son sujetos

disciplinables, por lo tanto, le son aplicables las disposiciones señaladas en el C.D.U, de manera que sin más análisis se desechará la impugnación.

Sobre el segundo punto alegado por los demandantes, que toca con la decisión de destitución cuando su vinculación no proviene de un nombramiento oficial, sino de un contrato que implica la imposibilidad de destituir al contratista, debe señalar la Sala, que también será desechado porque la decisión pertinente a los servidores públicos por las faltas calificadas como gravísimas, corresponde según el artículo 44 de la Ley 734 de 2002, entre otras, a la destitución, cuyo alcance aclara el artículo 45 *ibídem*, cuando señala que la destitución e inhabilidad general **implica**:

(...)

“c) La terminación del contrato de trabajo; y

d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, la exclusión del escalafón o carrera”

De manera que es pertinente la orden de destitución dada en los fallos cuestionados porque ella implica la terminación del contrato de trabajo, como efectivamente se dio en el *sub lite*.

Imputación errónea y falta de prueba del incremento patrimonial

2.2. Aduce la parte demandante que en la formulación de cargos se les imputó la comisión de una presunta falta gravísima contemplada en el artículo 48, numeral 3, inciso 2, sin que se haya probado tal causal, pues en los fallos no precisaron cual fue el patrimonio que se incrementó en forma injustificada, si el de los demandantes o el de un tercero, y tampoco se afirmaron en los cargos si dicho proceder fue de manera directa o indirecta. Manifiesta, que las pruebas que sirvieron de soporte pueden dar lugar a una falta constitutiva de un incumplimiento de unos deberes, pero nunca frente a un tipo disciplinario y hasta penal como el imputado, que exige la prueba de la lesión al interés jurídicamente tutelado, es decir, es un tipo de resultado.

Para definirlo la Sala revisará el pliego de cargos que toca este punto en particular:

"Analizadas las pruebas documentales y testimoniales, en donde los funcionarios de la Oficina en su mayoría aducen no haber hecho uso del servicio de alquiler de motos para cobros de cartera vencida, sino haber utilizado carros de su propiedad, a diferencia de IVAN QUIMBAYO, ISMAEL CUBIDES, LUIS GARCÍA,

MARINELLA CORRALES, MANUEL JOSE DÍAZ SARMIENTO Y VIANEY SERRANO SALAZAR, quienes hicieron uso de dicho servicio, los días antes referidos, se concluye que de ninguna manera se justifica la totalidad de lo pagado, mes a mes, como para pensar que los rubros aprobados eran las horas en que el Banco utilizó dicho servicio...

Lo contrario, las evidencias dejan entrever que efectivamente, no fueron utilizados y autorizados adecuadamente los dineros pagados, mediante las cuentas de cobro aludidas, pues así lo demuestran los históricos valores que fueron aprobados a satisfacción por el director GUILLERMO DEL CARMEN GÓMEZ BERMÚDEZ, en su condición de Director de la Oficina San José del Guaviare de la Entidad, tal como lo demuestran sus firmas a satisfacción en las cuentas y comprobantes respectivos.

Con base en esta carencia de elementos resulta indefectible aseverar que no existe dudas de que se incurrió en la falta disciplinaria gravísima contemplada en el inciso 2°, numeral 3° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que describe como tal el:

"Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, a favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga".

Lo precedente por cuanto es evidente que el funcionario GUILLERMO GÓMEZ BERMÚDEZ, en su condición de Director de la Oficina San José del Guaviare, incrementó injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, a favor propio de un tercero, en este caso al parecer al señor JOSÉ ORLANDO PINILLA RODRIGUEZ, proveedor de alquiler de motos a la Oficina San José del Guaviare, durante el año 2006, pues las evidencias, no demuestran que las cuentas de cobro justifiquen el tiempo en la prestación del servicio con el medio de transporte referido, ya que el Banco pagó un total de \$3.355.000, cuando se logró establecer que el servicio fue prestado unos cuantos días del año, meses que no se encuentran en su mayoría justificados, y que al hacer las cuentas, con los pagos no justifica el servicio.

Hecho que se demostró en el proceso que los mismos funcionarios que adujeron haber utilizado el servicio, aceptaron que lo fue, uno un día al mes, otros dos días al año y otro 5 días al año, pero que lo cierto fue que dentro del plenario, dicho valor no se encuentra justificado el tiempo mes a mes, lo contrario, demuestra que el manejo del servicio se realizó al parecer sin hacer la identificación de los pagos con el servicio prestado, situación aceptada por el Director en su versión al aducir que sobre los pagos no se llevaba control alguno.

En consecuencia, considera este operador disciplinario que está demostrada la existencia de la falta, primer requisito exigido por la ley para el legal proferimiento de pliego de cargos”.

(...)

Para demostrar lo imputado dentro de la investigación, el operador disciplinario se soportó en los siguientes documentos y testimonios:

2.3 Certificados de disponibilidad presupuestal COP No. 0381, 524, 1150, 2380 y Memorandos No. AD7050, A3225, A4117, 02520, AD03767 AD05145, AD08526,AD09336 y AD8969 de la Gerencia Regional Bogotá, con los cuales el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. asignó a la Oficina San José del Guaviare presupuesto para mejorar el recaudo de cartera, con el programa "Brigada de Directores", como consta en los -Folios 43, 181, 184,198,221,229,230,236,237,246,255 del cuaderno de pruebas-

2.3.1. Presentación y aprobación de las cuentas de cobro por parte del Director de la Oficina San José del Guaviare y el Oficial Comercial GUILLERMO DEL CARMEN GÓMEZ BERMÚDEZ y LUÍS ARGEMIRO GARCÍA COTRINO, respectivamente, para cancelar el alquiler de unas motos a nombre del señor JOSÉ ORLANDO PINILLA RODRÍGUEZ, según consta en los documentos obrantes a Folios 222, 223, 232, 238 del cuaderno de pruebas.

2.3.2. Las cuentas de cobro referidas precedentemente no presentaban ningún documento soporte de su cumplimiento, vale decir, no tenían respaldo con los soportes contables necesarios para justificar y pagar el gasto.

2.3.3. El señor GUILLERMO DEL CARMEN GÓMEZ BERMÚDEZ, en su calidad de supervisor del contrato al suscribir la "CERTIFICACIÓN DEL USUARIO INTERNO - PRESTACIÓN DE SERVICIOS" -Folios 6, 218, 228, 233, 239 del cuaderno de pruebas- dio fe de la prestación de servicio a satisfacción durante varios meses.

2.3.4. Versión libre y espontánea rendida por el SEÑOR GUILLERMO DEL CARMEN GÓMEZ BERMÚDEZ el día 3 de enero de 2007, en donde al preguntársele sobre el procedimiento que se utilizaba para llevar el control de las horas, días o veces que eran utilizadas las motos para dejar como medio de prueba de su utilización y de la prestación del servicio contratado por el Banco, contestó: *"específicamente no se lleva ningún control"*, y al interrogarlo sobre cómo se elaboraban o contra que documentos las cuentas de cobro, contestó: *"Realmente con la presentación de la cuenta de cobro por parte del propietario de*

los vehículos ,obviamente se hace control de que se haya prestado el servicio, por el conocimiento que uno tiene de su utilización", afirmaciones que evidencian la ausencia de control y supervisión del contrato de prestación de servicios (folios 18 a 20 del cuaderno de pruebas).

2.3.5. De los testimonios de los señores PABLO EMILIO CANTÓN ORTIZ quien manifiesta *"pues nadie ni siquiera yo hemos hecho uso de esas motos"* -Folio 16 del cuaderno de pruebas-; ISMAEL CUBIDES VALLEJO quien afirmó que *"utilizo el servicio una vez al mes, y hago un día de recorrido"* (folio 158 del cuaderno de pruebas); VIANNEY SERRANO SALAZAR quien al referirse a las brigadas de cobro rurales que realizaba con el señor ISMAEL afirmó que alquilaron motos *"de esos dos viajes fueron como cinco días"* (folio 270 del cuaderno de pruebas); MANUEL JOSÉ DÍAZ SARMIENTO quien afirmó haber utilizado las motos solamente en *"unas dos oportunidades"* –(folio 269 del cuaderno de pruebas); MARY NELA CORRALES quien manifestó que *"en los últimos seis meses yo no he cobrado cartera a domicilio"* (folio 160 del cuaderno de pruebas), y del propio JOSÉ ORLANDO PINILLA RODRÍGUEZ (folio 165 del cuaderno de pruebas) quien al ser interrogado por JOSÉ DEL CARMEN GÓMEZ BERMÚDEZ si le constaba que alguna vez haya solicitado el servicio de alquiler de moto respondió: *"No en ningún momento"*, concluyó el fallador con estas pruebas que los empleados no utilizaban las motos alquiladas sino en ocasiones aisladas, pues usaban sus propios vehículos para adelantar las gestiones inherentes al cobro de cartera vencida.

De las declaraciones de los señores PABLO EMILIO CANTÓN ORTIZ, ISMAEL CUBIDES VALLEJO, VIANNEY SERRANO, MANUEL JOSÉ DÍAZ SARMIENTO, MARY NELA, Y JOSÉ ORLANDO PINILLA RODRÍGUEZ, dedujo que no existe relación de causalidad entre los pagos y el servicio de transporte prestado, pues la intensidad y frecuencia de la prestación del servicio no justificaban el cobro de la totalidad del dinero presupuestado y pagado al proveedor (folios 16, 58, 270, 269, 160 Y 165 del cuaderno de pruebas).

Agrega el operador disciplinario en su análisis, que los pagos por la prestación del servicio de alquiler de motos, nunca fueron justificados, ni durante la época de ejecución del contrato ni durante el trámite del proceso disciplinario dado el actuar del señor JOSÉ ORLANDO PINILLA RODRÍGUEZ quien "quemó" los soportes de las facturas, según manifiesta el Oficial de Seguridad Bancaria en Informe No. SB-00018 rendido por el Coordinador Disciplinario de la Regional Bogotá del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A., el día 4 de enero de 2007 (folios 35 a 37 del cuaderno de pruebas)

2.3.6. También se probaron los pagos y consignaciones realizados al señor JOSÉ ORLANDO PINILLA RODRÍGUEZ, con copia de los cheques No. 0616026 y 0615991 girados por el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. al señor JOSÉ ORLANDO PINILLA RODRÍGUEZ por la prestación del servicio de alquiler de motos (folios 53, 55 Y 57 del cuaderno de pruebas), igualmente con la copia de los comprobantes únicos de caja de consignación en la cuenta del proveedor del valor correspondiente al pago del servicio (folios 48, 49 del cuaderno de pruebas) y copia de los extractos bancarios de la cuenta personal del señor JOSÉ ORLANDO PINILLA RODRÍGUEZ , donde se demuestra el ingreso del dinero girado y consignado a su nombre por el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. (folios 56 y 60 del cuaderno de pruebas)

Todo lo anterior condujo a la autoridad disciplinaria a concluir que la conducta asumida por los funcionarios del Banco, generó un incremento patrimonial injustificado a favor propio o de un tercero, que en este caso sería el proveedor, quien fue contratado para prestar un servicio que no cumplió con la intensidad con que le fue pagado, vulnerando de manera injustificada los deberes sustanciales asumidos por el Director, en cuanto a la salvaguarda de la función pública a través de los principios de transparencia y lealtad.

Concretamente advirtió, que se presentó un incremento patrimonial injustificado, por cuanto se permitió que un tercero dispusiera de dineros públicos asignados a través de un presupuesto para la ejecución de un plan especial para el cobro de cartera vencida, sin que se diera cabal cumplimiento a la contraprestación y sin que hubiese alguna circunstancia que justificara tal actitud.

Sobre ese punto esencial la Sala debe concretar, que la tipicidad en derecho disciplinario presenta particularidades que la diferencian de la tipicidad penal. Mientras que en el derecho penal la conducta punible recorre la descripción típica, se ajusta o se adecua a ella, en el derecho disciplinario la contraría. En efecto, el deber impone que ha de cumplirse con la ley, en tanto el modelo descriptivo no aprehende como tal la conducta punible sino el deber observable.⁹

Frente al tema de enriquecimiento ilícito y el incremento patrimonial no justificado, el máximo ente de control disciplinario ha señalado que:

“La falta disciplinaria es de mera conducta, esto es, que basta con la infracción al deber de la conducta típicamente antijurídica acompañada obviamente de la ilicitud sustancia como antijuridicidad, es decir, que la infracción al deber afecte claramente la función pública en su calidad (intuito personae); en consecuencia el

⁹ CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, 3 edición, Externado de Colombia, pag. 288

incremento a que alude la ley disciplinaria difiere del delito de enriquecimiento ilícito, dado que en el primero el resultado se tiene como condición de la falta, y a contrariu sensu, en el delito subyace de su misma naturaleza, el resultado y la vulneración al bien jurídicamente tutelado”¹⁰

En cuanto a la prueba para uno y otro, ha indicado que en el enriquecimiento ilícito se requiere prueba técnica, mientras que en el incremento patrimonial, sólo se exige como prueba, la obtención de dineros o bienes, sin importar el que sea desproporcionado pues basta que se verifique y se pruebe el simple incremento de manera indebida, bien sea para si o para un tercero, cuya carga indiscutiblemente le corresponde al Estado.

La falta disciplinaria endilgada a los señores Guillermo Gómez Bermúdez y Luis Argemiro García, es la contemplada en el artículo 48, numeral 3, inciso 2 que dispone:

“Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, a favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga”

Requiere entonces para su tipicidad que se trate de un servidor público que incremente injustificadamente su patrimonio, o que lo haga respecto de un tercero.

El verbo **incrementar** necesariamente evoca la necesidad de establecer cual era su patrimonio inicial –sea del funcionario o el del tercero beneficiado-, para definir por lo menos por un parámetro de comparación el aumento del patrimonio; y además probar que fue **injustificado**. Es decir, que en el caso del servidor público no provino de prestaciones, retroactivo, o en general que no tuvo un origen laboral, ni que tampoco tuvo un origen lícito, esto es, de cualquier otro ingreso que el funcionario pueda percibir y probar.

Acorde con lo anterior, el incremento patrimonial injustificado puede demostrarse en el proceso disciplinario utilizando varios medios, *verbi gratia* a través de una prueba técnica –que es fundamental en el enriquecimiento ilícito, porque es un delito de resultado-, un peritazgo, un informe contable, o cualquier otra prueba que demuestre el aumento injustificado del capital, en fin, el investigador tiene **libertad de prueba** para demostrar la causal, siempre y cuando ella reúna los requisitos de contradicción y los demás presupuestos de la misma, como son la conducencia, pertinencia y utilidad.

Precisamente esa prueba es la que se echa de menos en el *sub lite*. No se demostró ese *quantum* patrimonial incrementado e injustificado, sino que las

¹⁰ Exp. 154-55912-01 de 31 de marzo de 2004 Procuraduría General de la Nación.

probanzas a que se hizo referencia en este aserto demostraron tal incremento por deducción y conjetura. Esto es, que aplicaron un silogismo a partir de unos presupuestos que en su concepto determinaron la tipicidad de la falta.

Lo planteado por el Control interno disciplinario se resume, en que al asignarse un presupuesto para el cobro de cartera vencida a través de un programa llamado "Brigada de Directores" para la Regional de San José del Guaviare que debía ser manejado por los disciplinados, éste se consumió sin que la prestación del servicio que recayó en cabeza del señor José Orlando Pinilla, se hubiera prestado idóneamente, esto es, que el servicio fue ocasional –según los testimonios de los empleados de la regional-, no se pactó el valor de la hora sino un costo global, no habían cuentas de cobro, ni controles sobre el uso vehicular y por el contrario, si se autorizaron dichas sumas a favor de un proveedor; es decir, en palabras del operador disciplinario, se permitió que un tercero dispusiera de dineros públicos sin que se diera cabal cumplimiento a la contraprestación y sin que nada justificase tal actitud.

Este análisis deductivo y presuntivo realizado en las decisiones disciplinarias del ente empleador, puede dar lugar a una sanción por incumplimiento de los deberes o por haber incurrido en una prohibición, pero jamás aterrizar en la falta gravísima que les fue enrostrada, o por lo menos no como fue planteada por el operador disciplinario, en donde aplicó un nexo de causalidad entre los hechos y el incumplimiento de las funciones de los servidores, para concluir que se dio un incremento injustificado en el patrimonio de un tercero –proveedor de servicios-.

Lo anterior evidencia la causal de nulidad de falsa motivación, al sustentarse la decisión disciplinaria en una causal que adolece de sustento.

En ese orden de ideas como se anunció, la Sala declarara la nulidad los actos de fecha 9 de mayo y 4 de septiembre de 2008, expedidos por la Oficina de Control Disciplinario Interno, Coordinación Disciplinaria, Dirección General –Regional Bogotá y la Presidencia del Banco Agrario de Colombia, que impusieron a los actores una sanción de destitución de sus cargos como pena principal y una accesoria de inhabilidad general para ejercer cargos públicos por 11 y 10 años respectivamente.

Como consecuencia de la anterior decisión y a título de restablecimiento, se ordenará que sean retiradas las anotaciones en donde consten las sanciones impuestas, vale decir, en el registro del Banco Agrario y en la Procuraduría General de la Nación –División de Registro y Control y Correspondencia.

Ante la prosperidad de este cargo, la Sala se releva del estudio de los demás propuestos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A:

DECLÁRASE la nulidad del fallo disciplinario de fecha 09 de mayo de 2008, proferido en primera instancia por la Oficina de Control Disciplinario Interno, Coordinación Disciplinaria, Dirección General –Regional Bogotá del Banco Agrario de Colombia S.A. y el fallo confirmatorio de segunda instancia de fecha 04 de septiembre de 2008, proferido por la Presidencia del Banco agrario de Colombia S.A, dentro del proceso disciplinario 001-002-2007, en virtud de los cuales fueron sancionados disciplinariamente los señores Guillermo del Carmen Gómez Bermúdez y Luis Argemiro García Cotrino, son destitución de sus cargos y con pena accesoria de inhabilidad general para ejercer cargos públicos por el término de once (11) y diez (10) años respectivamente.

Como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del derecho, ordénese a la entidad demandada y a la Procuraduría General de la Nación –División de Registro, Control y Correspondencia-, previas las anotaciones correspondientes, retire las sanciones que le fueron impuestas a los demandantes y por consiguiente los antecedentes que por este proceso se pudieron generar.

CÓPIESE, PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO

ALFONSO VARGAS RINCÓN

Radicación: N° 11001 0325000 2008 00126 00 (2740-08)

ACTOR: GUILLERMO DEL CARMEN GÓMEZ Y OTRO