

DESTITUCION DE EMPLEADO PUBLICO – Por tomar posesión del cargo con reporte en el boletín de responsabilidad fiscal de la Contraloría General de la República / INHABILIDAD POR REPORTE EN BOLETIN DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA – Obligación de comunicación. Inhabilidad por posesión en cargo público

El centro de reproche disciplinario es haber tomado posesión del cargo de Gerente Regional de Santander a sabiendas de estar relacionado en el Boletín de Responsables Fiscales editado por la Contraloría General de la República. El aludido Boletín contiene una relación de las personas naturales y jurídicas a quienes se les ha dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no han satisfecho la obligación contenida en el. Por disposición legal, los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deben abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el Boletín de Responsables Fiscales, so pena de incurrir en causal de mala conducta. Si bien es cierto que el deber enunciado es expreso para los representantes legales, nominadores y demás funcionarios competentes, también lo es que esta obligación está íntimamente correlacionada, para el caso, con la que tiene todo aspirante a ocupar un empleo público de informar oportunamente sobre la existencia o inexistencia de cualquier hecho o circunstancia que implique una inhabilidad o incompatibilidad. Esta omisión, que facilita e implica posesionarse a sabiendas de estar incurso en una causal de inhabilidad, es considerada en el numeral 10º del artículo 25 de la ley 200 de 1995¹ como una falta gravísima, tal como efectivamente fue calificada para dar lugar a la sanción prevista en las resoluciones acusadas (destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de tres años).

FUENTE FORMAL: LEY 200 DE 1995 – ARTICULO 38 / LEY 200 DE 1995 – ARTICULO 42 / LEY 190 DE 1995

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil once (2011)

Radicación número: 68001-23-31-000-2001-00706-01(0558-10)

Actor: JORGE CORTES TORRES

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA

¹ Normativa declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-391 de 2002.

AUTORIDADES NACIONALES

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 21 de agosto de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

ANTECEDENTES

Jorge Cortés Torres, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicita que se declare la nulidad de las resoluciones 02487 de 12 de noviembre de 1999 y 02450 de 24 de octubre de 2000, proferidas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - Incora, por medio de las cuales fue sancionado con destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de tres (3) años.

A título de restablecimiento del derecho reclama que se condene al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria a restituir sus derechos, con la indemnización de los perjuicios morales y materiales sufridos. Pide, igualmente, que se compulsen copias para que se investiguen las arbitrariedades cometidas en la investigación disciplinaria y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A..

El actor, como hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones, relata que fue designado como Gerente Regional de Santander del Incora y que para tomar posesión de ese empleo (5 de diciembre de 1996) no se le exigió paz y salvo de la Contraloría General de la República.

Señala que dos años después de haberse posesionado, unos funcionarios de la Contraloría General de la República que estaban haciendo auditoría a la Regional Santander, se enteraron por unos comentarios desprevenidos que hizo, que había sido sancionado injustamente, en un juicio fiscal, a pagar la suma de dos millones seiscientos noventa y tres mil doscientos ocho pesos mcte (\$2.693.208.00).

Explica que esta información fue utilizada de forma soterrada y malintencionada por un Delegado Territorial de la Contraloría, con quien tenía diferencias políticas, para exigirle al Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria su destitución.

Asevera que como el Gerente General del Incora lo consideraba un buen y eficiente funcionario no accedió a esta presión y lo conminó para que pagara la suma a la que había sido condenado en el juicio fiscal. Añade que por tal requerimiento, canceló inmediatamente la sanción económica que tenía pendiente, hecho que generó que se subsanara la inhabilidad y que se archivara el proceso coactivo en curso.

Aduce que a pesar de haber sufragado la suma que lo tenía relacionado en el Boletín de Responsables Fiscales de la Contraloría General de la República, las presiones continuaron hasta el punto de denunciar disciplinariamente a su nominador por haberlo posesionado. Destaca que la *“Procuraduría investigó estos hechos y precluyó a favor de la Gerente General la investigación sin vincularme para nada en ella”* (fl. 56).

Precisa que por las presiones que reiteraban que existía una inhabilidad generada por tomar posesión del cargo a sabiendas de estar

relacionado en el Boletín de Responsables Fiscales, la demandada finalmente accedió a revocar su nombramiento de Gerente Regional de Santander a través de la resolución 02135 de 26 de junio de 1998.

Refiere que demandó esta revocatoria ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria para justificar, de alguna manera, su proceder, inició en su contra investigación disciplinaria, la cual culminó con los fallos sancionatorios cuestionados.

Advierte que la Contraloría General de la República, mediante resolución 00420 de 18 de septiembre de 2000, declaró la caducidad de la acción fiscal y ordenó la cesación de procedimiento, *“por los mismos hechos por los que ya la delegación de Santander había dictado fallo con responsabilidad en mi contra y que son los que han dado lugar a toda esta cadena de injusticias”* (fl. 57).

NORMATIVA PRESUNTAMENTE VULNERADA

Considera vulneradas las siguientes disposiciones: artículos 13, 28, 29, 58 de la Constitución Política; 46 (inciso 2º) de la resolución orgánica 03466 de 1994; 6º de la ley 190 de 1995 y 27 de la ley 200 de 1995 (fl. 58).

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander denegó las pretensiones de la demanda (fl. 342).

Estableció que el actor omitió informar en oportunidad la inhabilidad en que se hallaba incurso, para poder tomar posesión del empleo en que había sido designado (Gerente Regional de Santander).

Indicó que el hecho de haber sufragado el monto de la sanción impuesta en un juicio fiscal, en este caso no subsana la inhabilidad cuestionada, *“como quiera que la ley no prevé otra forma diferente de rectificarla, sino es con anterioridad al acto de nombramiento o posesión, máxime cuando se haya (sic) establecido que el demandante tenía pleno conocimiento del proceso iniciado en su contra por la Contraloría General de la República – Regional Santander y de la decisión tomada allí, ya que interpuso recurso de reposición contra el fallo de responsabilidad fiscal No. 108 del 26 de julio de 1995 (fls. 155 y 156) el cual fue confirmado mediante fallo No. 135 del 13 de octubre de 1995, que a su vez le fue notificado personalmente (fls, 159 al 162)”* (fl. 339).

Precisó que no hubo violación del principio constitucional *“non bis in ídem”* porque la revocatoria del nombramiento del Incora y la investigación disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, no tuvieron la misma modalidad de responsabilidad.

Descartó que la acción disciplinaria estuviera prescrita y que se hubiera vulnerado el principio de la doble instancia.

Señaló que como el acto administrativo que revocó el nombramiento del actor no fue demandado, no hay lugar a pronunciarse respecto de el (resolución 2135 de 26 de junio de 1998).

FUNDAMENTO DEL RECURSO

El demandante solicita que se revoque el fallo apelado.

Asevera que no es cierto que la ley 200 de 1995 y las disposiciones anteriores hubieran previsto la prohibición de posesionarse si hay sanciones fiscales sin cubrir o pendientes. Explica que los nominadores sí tienen el deber de impedir, so pena de incurrir en causal de mala conducta, las posesiones del personal inhabilitado, entre otras razones, porque tienen el acceso directo a los correspondientes antecedentes (Boletín de Responsables Fiscales de la Contraloría General de la República).

Señala que como no existió el faltante que le fue reprochado fiscalmente no hay lugar a la sanción disciplinaria controvertida.

Considera que en este caso llama la atención que *“investigado el funcionario nominador que estaba expresamente inhabilitado en la ley para dar posesión fue exonerado por haberla dado, y en cambio, sí se sancionó al funcionario que no estaba expresamente inhabilitado por haberse posesionado”* (fl. 347).

Agotado el trámite de rigor de la segunda instancia y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El asunto se contrae a establecer la legalidad de las resoluciones 02487 de 12 de noviembre de 1999 y 02450 de 24 de octubre de 2000, proferidas

por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - Incora, por medio de las cuales fue sancionado el actor con destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de tres (3) años.

El demandante señala que no existe normativa expresa que prohíba posesionarse a sabiendas de aparecer relacionado como responsable fiscal en los Boletines de la Contraloría General de la República. Explica que si bien es cierto que para los nominadores existe el deber de impedir posesiones en estas circunstancias, so pena de incurrir en causal de mala conducta, también lo es que esta obligación no se convierte en prohibición automática para quienes estando sancionados fiscalmente pretenden acceder a un empleo público.

Advierte que como la Procuraduría General de la Nación absolvió al Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria por haberle dado posesión, no era procedente la investigación disciplinaria que cursó en su contra. Máxime cuando, como ya se dijo, no existe prohibición legal que impida, en su situación, acceder a un cargo público.

Considera, finalmente, que al no existir los faltantes de retal de hojalata que le fueron reprochados, en su condición de Almacenista del Fondo Rotatorio de la Aduana, a través de los fallos de responsabilidad fiscal 108 de 26 de julio y 135 de 13 de octubre de 1995, queda sin soporte la sanción disciplinaria que se controvierte.

En el sub-lite se busca establecer si el actor por tener una sanción de responsabilidad fiscal en firme y debidamente ejecutoriada (fls. 154 a 161 – fallos 108 y 135 de 1995) y por no haber satisfecho la obligación económica contenida

en ella (\$2.693.208.00), estaba inhabilitado para acceder a un empleo público (Gerente Regional de Santander).

La inhabilidad es la incapacidad, ineptitud o circunstancia que impide a una persona ser elegida o designada en un cargo público y que, en ciertas ocasiones, frena el ejercicio del empleo a quien ya se encuentra vinculado al servicio.

La finalidad de las inhabilidades es garantizar la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio del cargo público. De igual forma, son una garantía de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función.

La jurisprudencia ha puntualizado que es legítimo que en el régimen disciplinario se prevea como falta el intencional desconocimiento del régimen de inhabilidades, pues a pesar de tratarse de dos instituciones diferentes, ellas se encuentran estrechamente relacionadas en tanto procuran asegurar los principios de la función administrativa².

El artículo 38 de la ley 200 de 1995, Código Disciplinario Único vigente para la época en que ocurrieron los hechos materia de investigación (posesión), indicó que constituye falta disciplinaria estar incurso en inhabilidades:

“Constituye falta disciplinaria y por lo tanto da lugar a acción e imposición de la sanción correspondiente el incumplimiento de los deberes, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones, la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses” (resaltado fuera del texto).

² Sentencia C-391 de 2002.

Por su parte, el artículo 42 *ibídem* señaló que se entienden incorporadas al Código Disciplinario Único “*las incompatibilidades e inhabilidades previstas en la Constitución, la ley y los reglamentos administrativos*” (aparte resaltado declarado inexecutable C-448-98).

En este caso, el centro de reproche disciplinario es haber tomado posesión del cargo de Gerente Regional de Santander a sabiendas de estar relacionado en el Boletín de Responsables Fiscales editado por la Contraloría General de la República.

El aludido Boletín contiene una relación de las personas naturales y jurídicas a quienes se les ha dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no han satisfecho la obligación contenida en el³.

Por disposición legal, los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deben abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el Boletín de Responsables Fiscales, so pena de incurrir en causal de mala conducta⁴.

Si bien es cierto que el deber enunciado es expreso para los representantes legales, nominadores y demás funcionarios competentes, también lo es que esta obligación está íntimamente correlacionada, para el caso, con la que tiene todo aspirante a ocupar un empleo público de informar oportunamente sobre la existencia o inexistencia de cualquier hecho o circunstancia que implique una inhabilidad o incompatibilidad.

³ Artículos 84 de la ley 42 de 1993 y 60 de la ley 610 de 2000.

⁴ Artículos 85 de la ley 42 de 1993 y 60 de la ley 610 de 2000.

La ley 190 de 1995, por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública, dispuso que todo aspirante a ocupar un cargo público debe presentar el *“formato único de hoja de vida”* debidamente diligenciado, en el que de fe de la inexistencia de **“cualquier hecho o circunstancia que implique una inhabilidad o incompatibilidad del orden constitucional o legal para ocupar el empleo o cargo al que se aspira o para celebrar contrato de prestación de servicios con la administración”**⁵ (resaltado fuera del texto).

Pretender, como lo sostiene el actor, que no existe inhabilidad porque la prohibición legal de nombrar y dar posesión a quienes aparecen relacionados en el Boletín de Responsables Fiscales es exclusiva del nominador (leyes 42 de 1993 y 610 de 2000), desconoce la existencia de los fallos fiscales en firme que lo sancionaron y la obligación legal que tenía de poner en conocimiento oportuno esa situación (ley 190 de 1995).

En este punto es necesario evidenciar que, de conformidad con el artículo 41 de la ley 200 de 1995, a los servidores públicos les está prohibido proporcionar *“dato inexacto u omitir información que tenga incidencia en su vinculación al cargo o a la carrera, sus promociones o ascensos”*.

Para la Sala es indiscutible que las personas que aparezcan relacionadas en el Boletín de la Contraloría General de la República, como el demandante, no pueden celebrar contratos con el Estado ni tomar posesión de cargos públicos, hasta tanto no demuestren, en oportunidad, la cancelación de la

⁵ Numeral 3º del artículo 1º de la ley 190 de 1995.

totalidad de las obligaciones a su cargo o que el fallo de responsabilidad fiscal se encuentra en una de las siguientes situaciones:

- a. Anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo;
- b. Pérdida de fuerza ejecutoria;
- c. Prescripción de la acción de cobro;
- d. Terminación del proceso de cobro coactivo; y
- e. Revocatoria directa⁶.

Al no estar acreditado, para la época de la posesión del cargo (5 de diciembre de 1996), que el actor pagó la obligación económica que tenía pendiente (\$2.693.208.00) o que los fallos de responsabilidad fiscal que le impusieron esa sanción se encontraban en una de las situaciones descritas (108 y 135 de 1995), es evidente que él estaba incurso en una inhabilidad y, por tanto, en el deber de darla a conocer oportunamente.

Ahora bien, por tener tanto el nominador como el aspirante a un empleo público deberes y prohibiciones definidos con relación a este tema, es procedente que a cada uno de ellos se les pueda investigar disciplinariamente por las omisiones y contravenciones en que hayan podido incurrir.

Así las cosas, el hecho de que la Procuraduría General de la Nación haya investigado y absuelto al Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria por haber designado y tomado posesión al demandante, *per se*, no convierte la actuación disciplinaria que se revisa en improcedente ni deslegitima la sanción pecuniaria a la que se arribó.

⁶ Resolución orgánica de la Contraloría General de la República 03466 de 1994.

Finalmente, es preciso manifestar que la discusión relacionada con la inexistencia de faltantes de retal de hojalata, era propia del proceso de responsabilidad fiscal y no de esta vía.

En esta instancia no es posible entrar a revisar conductas que fueron analizadas y reprochadas a través de unos fallos de responsabilidad fiscal en firme (108 y 135 de 1995), para dejar sin fundamento la sanción disciplinaria impuesta al actor.

Del recuento efectuado se puede concluir que el demandante, por no haber satisfecho la obligación económica contenida en los fallos en firme 108 y 135 de 1995 (\$2.693.208.00), aparecía en el Boletín de Responsables Fiscales editado por la Contraloría General de la República (fls. 173 y 174, 185) y que esta circunstancia, por tener incidencia directa en la vinculación, no fue dada a conocer a la administración en oportunidad.

Esta omisión, que facilita e implica posesionarse a sabiendas de estar incurso en una causal de inhabilidad, es considerada en el numeral 10º del artículo 25 de la ley 200 de 1995⁷ como una falta gravísima, tal como efectivamente fue calificada para dar lugar a la sanción prevista en las resoluciones acusadas (destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de tres años).

⁷ Normativa declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-391 de 2002.

Por no encontrarse anomalía en la calificación de la conducta reprochada disciplinariamente ni en los argumentos de la impugnación, se impone confirmar la decisión del a-quo que denegó las súplicas de la demanda.

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

CONFÍRMASE la sentencia de veintiuno (21) de agosto de dos mil nueve (2009), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en el proceso promovido por Jorge Cortés Torres contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - Incora.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO