CONTROL DISCIPLINARIO DE SERVIDORES PÚBLICOS DE ELECCIÓN POPULAR – Procedencia / EJERCICIO DE CARGO PUBLICO – Incompatibilidad / CAUSALES DE EXCLUSION DE LA RESPONSABILIDAD - Estricto cumplimiento de un deber legal / ILICITUD SUSTANCIAL - Principios que rigen la función pública / PRINCIPIO DE RACIONALIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA SANCION - Prueba / IMPUTACION – Dolo

[L]os servidores públicos de elección popular no pueden eludir o ser ajenos al control disciplinario sobre su gestión, por el hecho de haber sido elegidos popularmente, por el contrario, esos servidores públicos adquieren una más acentuada responsabilidad en el ejercicio impoluto de la función encomendada, por la confianza depositada por sus electores en desarrollo del principio democrático para que cumplan sus obligaciones y deberes con el mayor decoro y esfuerzo posible. […] [E]fectuando una interpretación sistemática, se concluye que la norma solo exige que el servidor público de elección popular simplemente actúe como apoderado o gestor ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales. […] La Sala considera que la responsabilidad y los deberes que asumió como servidor público de elección popular […] tienen mayor importancia que el deber derivado de su interés particular y personal de su ejercicio profesional como abogado. En efecto, la prevalencia del interés general sobre el interés particular es un principio fundamental y fundante del Estado Social de Derecho, no en vano dicho principio se encuentra consagrado en el artículo primero de nuestra Constitución Política. […] [C]orolario de lo anteriormente expuesto, no se configuró la causal de exclusión de responsabilidad establecida en el artículo 28 numeral 2º de la Ley 734 de 2002, por haber presuntamente actuado el demandante en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado. […] [E]xistió una ilicitud sustancial del deber funcional como servidor público de elección popular, Concejal, porque la infracción a la citada incompatibilidad establecida en el artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002, produjo además un quebrantamiento a los principios que rigen la función pública como la moralidad, imparcialidad y neutralidad. […] No tiene razón el demandante porque tal como se demostró en el proceso y mediante las pruebas arriba analizadas actuó como apoderado en el proceso en mayo de 2009, aportando unas copias en el proceso y posteriormente en octubre de 2009, actuando también como apoderado de la señora […] en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho cuando simultáneamente ostentaba y ejercía las funciones de concejal y presentó los alegatos de conclusión en el referido proceso. La Sala considera que la sanción impuesta al demandante no violó los principios de razonabilidad y proporcionalidad debido a que se le aplicó la mínima sanción prevista para el tipo de falta gravísima que cometió el demandante, materializando de manera correcta, adecuada y proporcional los lineamientos establecidos en los artículos 44 a 47 de la Ley 734 de 2002 en lo que atañe a la clasificación, límites y graduación de las sanciones disciplinarias.[…] [E]n el derecho sancionatorio pueden existir ciertos tipos que por su configuración legislativa o redacción utilizan expresiones tales como «a sabiendas», «de mala fe», «con la intención de», lo que supone que la imputación en esos casos se debe hacer a título de dolo. Sin embargo la regla general es que en la mayoría de los tipos abiertos disciplinarios la imputación se realice a título de culpa y excepcionalmente a título de dolo. En consecuencia de lo anteriormente expuesto la norma transgredida por el demandante, por la naturaleza de la inhabilidad y por su configuración no exige expresamente una imputación a título de dolo.”

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ

Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 05001-23-33-000-2013-00127-01(2230-14)

Actor: CARLOS ALBERTO BALLESTEROS BARON

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Referencia: LEY 1437 DE 2011

Resuelve la Sala el recurso de apelación propuesto por el señor Carlos Alberto Ballesteros Barón contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 11 de diciembre de 2013 que negó las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el señor Carlos Alberto Ballesteros Barón ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo demandó lo siguiente:

PRETENSIONES

Solicita el accionante se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los fallos proferidos por la Procuraduría General de la Nación los días 21 de febrero y 8 de junio de 2012 mediante los cuales se decidió sancionar disciplinariamente al señor Carlos Alberto Ballesteros Barón con la destitución del cargo de servidor público e inhabilidad general para ejercer como tal por el término de 10 años.

A título de restablecimiento, solicitó lo siguiente:

Que se condene a la Nación-Ministerio Público-Procuraduría General de la Nación a levantar la sanción impuesta al demandante y a pagar perjuicios materiales e inmateriales causados con dicha sanción.

Que los citados conceptos sean reajustados en la forma prevista en los artículos 187 a 189 y el 192 de la Ley 1437 de 2011.

Que se condene en costas y en agencias en derecho a la parte demandada.

HECHOS

La Sala los resume de la siguiente forma:

1. Al expedirse la Ley 617 de 2000, el Alcalde del Municipio de Medellín de esa época desvinculó a más de 1000 servidores públicos, de los cuales 400 casos fueron asumidos por el doctor Carlos Alberto Ballesteros, para interponer las demandas pertinentes, entre ellos el de la señora Maryory Rivera Villegas, proceso que cursó en el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Medellín.

2. En el año 2007, el doctor Carlos Alberto Ballesteros Barón, participó en el proceso electoral, aspirando a ser elegido Concejal de la ciudad de Medellín, proceso que fue suspendido por una acción de tutela instaurada por uno de los aspirantes, en donde se le presentó al accionante la disyuntiva en torno a si renunciaba a todos los poderes otorgados que había recibido en su ejercicio como abogado, o si esperaba los resultados de las elecciones, ante lo cual, el demandante optó por la última opción. Una vez conocidos los resultados de las elecciones, el señor Carlos Alberto Ballesteros Barón decidió renunciar a cada uno de los poderes otorgados.

3. Frente al caso de la señora Maryory Rivera Villegas, a pesar de haberse presentado la renuncia al poder y que la misma hubiera sido aceptada por el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Medellín, nunca se le notificó a la misma que se le había aceptado la renuncia del poder al doctor Carlos

Alberto Ballesteros Barón, razón por la cual el Despacho procedió a hacer una serie de requerimientos al apoderado judicial de la señora Maryory Rivera Villegas para que aportara unas copias, y que en caso de no hacerlo se consideraría su conducta en los términos contemplados en el artículo 74 del C.P.C., requerimiento que el doctor Carlos Alberto Ballesteros Barón cumplió toda vez que era el único apoderado judicial existente en el proceso, y cumplió dicho requerimiento siendo Concejal del Municipio de Medellín, ante lo cual el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Medellín decidió compulsar copias para que la Procuraduría General de la Nación investigara lo pertinente.

4. La Procuraduría General de la Nación inició el respectivo proceso disciplinario en contra del doctor Carlos Alberto Ballesteros Barón por haber incurrido en una presunta falta disciplinaria consagrada en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 en la medida en que "*actuó como apoderado de la señora MARYORY RIVERA VILLEGAS dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho*... ", decidiéndose en el mismo sancionar disciplinariamente al demandante con la destitución como servidor público e inhabilidad general para ejercer como tal por el término de diez (10) años a partir de la ejecutoria de la decisión. Frente a dicha decisión se interpuso recurso de apelación, el cual se resolvió confirmando la decisión adoptada.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Se citan en la demanda, con el cargo de resultar infringidos, el preámbulo de la Constitución Política de Colombia, los artículos 1,2, 13, 25, 29, 31, 53, 93, 94, 123, 124 y 209 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 1,3, 137, 138 y 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y los artículos 4, 5, 6, 8, 9, 12, 13, 17, 76, 110, 128, 129, 132, 133, 138, 140 y 143 de la Ley 734 de 2002.

Señala el apoderado de la parte demandante que tanto la jurisprudencia como la doctrina han considerado que para que se establezca una sanción disciplinaria es necesario que se verifique el concepto de la ilicitud sustancial de la conducta definida en el artículo 5º del Código Disciplinario Único como una falta antijurídica

siempre y cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna, así, el análisis de la ilicitud sustancial implica tener en cuenta la razón de ser de la prohibición de la conducta que justifica la sanción disciplinaria.

Dice que en el caso objeto de estudio no se violentaron los deberes funcionales, pues ningún tipo de injerencia se tuvo sobre quien administra recursos públicos, únicamente cumplía una exigencia que realizaba un Juez de la República, más aún cuando no se presentó una falta antijurídica que posibilitara la sanción disciplinaria. Asevera que la entidad demandada no tuvo en cuenta las causales de exoneración de responsabilidad previstas en el artículo 28 del Código Único Disciplinario, específicamente las consagradas en los numerales 2 a 6, consistentes en:

- En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.
- En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
- Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.
- Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.

Conforme a lo anterior, manifiesta que la entidad demandada, no debió sancionar al señor Carlos Alberto Ballesteros Barón, por cuanto en ningún momento actuó en contra de la Constitución ni de la Ley.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

La Procuraduría General de la Nación allega el pertinente escrito de contestación de la demanda *-folios 127 a 141-,* por medio del cual manifiesta que se opone a cada una de las pretensiones del líbelo introductorio.

Señaló que es cierto que la entidad inició un proceso disciplinario en contra del

doctor Carlos Alberto Ballesteros Barón decidiéndose al final del mismo sancionarlo disciplinariamente con la destitución como servidor público e inhabilidad general para ejercer como tal por el término de diez (10) años, pero que respecto de los hechos reseñados por la parte demandante, indicó que los mismos son ajenos a la Procuraduría General de la Nación, así como que son apreciaciones de la parte demandante y que frente a ellos no tuvo ninguna injerencia.

Expresó que los actos administrativos proferidos por la Nación -Ministerio Público - Procuraduría General de la Nación se expidieron con fundamento en la Constitución y las Leyes vigentes aplicables a los servidores públicos, así mismo que en el trámite del proceso disciplinario se respetaron las garantías del debido proceso y el derecho de defensa del demandante, quien tuvo la oportunidad de conocer y controvertir las actuaciones procesales.

Indicó que no hubo falsa motivación ni desviación de poder en la expedición de los actos administrativos, por cuanto la investigación disciplinaria se inició con fundamento en la providencia del Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Medellín dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, bajo el radicado 05001333102820080006900, en donde se dispuso compulsar las copias relacionadas con la actuación del Concejal de Medellín, doctor Carlos Alberto Ballesteros Barón, en calidad de apoderado judicial de la señora Maryory Rivera Villegas, y las decisiones tomadas en el proceso disciplinario fueron proferidas por el Procurador Regional de Antioquia en primera instancia, y por el Procurador Primero Delegado para la Vigilancia Administrativa en segunda instancia.

Señaló también que para el demandante no existe excusa alguna frente al comportamiento omisivo que tuvo, correspondiente a no cancelar las obligaciones derivadas de su ejercicio profesional, previamente a su posesión como servidor público, toda vez que sus obligaciones y deberes como Concejal del Municipio de Medellín eran incompatibles con el ejercicio de la profesión de abogado.

Dice que la parte demandante no desvirtuó los cargos endilgados en su contra en la investigación disciplinaria, cargos que habían sido probados por la entidad

demandada, toda vez que no se desvirtuó la presunción de legalidad y de acierto que amparaba a las decisiones adoptadas por la Procuraduría General de la Nación.

Explicó que los servidores públicos tienen unos límites conforme lo establece la Ley y la Constitución Política de Colombia, pues sólo pueden hacer lo que el ordenamiento jurídico legalmente les permite, conforme al artículo 6o de la Carta Magna, y en el caso *sub lite* el servidor público, Concejal de Medellín, excedió el ámbito de sus funciones en detrimento de los principios de la buena fe, igualdad, moralidad, imparcialidad, economía, celeridad y demás principios consignados a lo largo de la investigación.

Manifestó que en el proceso disciplinario adelantado al demandante se analizó el elemento de ilicitud sustancial, la cual comporta la afectación del deber funcional, en tanto los servidores públicos están llamados a cumplir los fines y funciones del Estado, por ello la finalidad de la acción disciplinaria es garantizar la buena marcha de la administración pública, procurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, respetando los principios que orientan la función propia del Estado.

Concluyó expresando que del análisis de los actos acusados se puede determinar claramente que no se da ninguno de los eventos en que sería procedente la declaración de nulidad de los actos, pues con su expedición se respetaron y acataron las normas en que debían fundarse, fueron proferidos por los funcionarios competentes, en forma regular y con plena observancia de las garantías y los derechos fundamentales del investigado, con la debida y real motivación y sin desviación de las atribuciones propias de los funcionarios que los emitieron, razón por la cual solicitó se desestimen cada una de las pretensiones incoadas en el libelo demandatorio.

ALEGATOS EN PRIMERA INSTANCIA

En audiencia inicial, se corrió traslado a las partes para que allegaran por escrito sus alegatos de conclusión, los cuales comenzarían a descontarse desde el momento en que quedara ejecutoriada la providencia, por medio de la cual se

resolvía el impedimento manifestado por el señor Agente del Ministerio Público, registrándose las siguientes intervenciones:

Parte demandada —*folios 350 a 356-.* La apoderada judicial de la parte demandada, en el escrito de alegatos de conclusión, realizó un breve recuento de las actuaciones realizadas en la investigación disciplinaria adelantada en la Procuraduría General de la Nación en contra del señor Carlos Alberto Ballesteros Barón, en donde se concluyó que era procedente sancionar disciplinariamente al ahora demandante con la destitución como servidor público e inhabilidad general para ejercer como tal por el término de diez (10) años.

Señaló que los actos administrativos proferidos por la Nación — Ministerio Público - Procuraduría General de la Nación, se expidieron conforme a derecho y a los lineamientos constitucionales y legales, razón por la cual no puede aducir el señor Carlos Alberto Ballesteros Barón que el hecho de que no se acogieran y aceptaran los argumentos de defensa expuestos en las intervenciones realizadas en desarrollo del trámite procesal, no puede entenderse como una violación del debido proceso, en tanto se trata de una discrepancia jurídica.

Manifestó que respecto de los perjuicios que reclama la parte demandante, en ningún momento se produjeron por la entidad demandada, en tanto, la imposición de la sanción fue a causa del desarrollo de un proceso disciplinario adelantado de acuerdo con las disposiciones legales, en donde la sanción fue la consecuencia del actuar irregular del servidor público investigado.

Finaliza diciendo que los actos administrativos acusados no están afectados de ilegalidad, pues con su expedición se respetaron y acataron las normas en que debían fundarse, fueron proferidos por los funcionarios competentes, en forma regular y con plena observancia de las garantías y los derechos fundamentales del investigado, con la debida y real motivación y sin desviación de las atribuciones propias de los funcionarios que los emitieron.

Con base en lo precedente, solicita se denieguen las súplicas de la demanda.

Parte demandante *-folios 357 a 365-.* El apoderado judicial de la parte

demandante, presentó escrito de alegatos de conclusión en el que manifestó, que en el proceso disciplinario se demostró que la actuación realizada por el señor Carlos Alberto Ballesteros Barón ante el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Medellín, tuvo como móvil el requerimiento realizado por el Despacho, y que con ninguna de las actuaciones se pretendió transgredir deberes funcionales como lo manifestó la Nación -Ministerio Público - Procuraduría General de la Nación, dijo también que en ningún momento el acto imputado al señor Carlos Alberto Ballesteros Barón afectó los deberes funcionales del servidor público, ni la moralidad, ni la imparcialidad ni la transparencia ni ninguna otra circunstancia para los cuales fue consagrada la prohibición que supuestamente se transgredió, por lo tanto señala que no puede hablarse de una ilicitud sustancial, más aún cundo simplemente el demandante actuó sin la intención de violentar las disposiciones que estaba obligado a acatar.

Señaló que en ningún momento hubo intención por parte del señor Carlos Alberto Ballesteros Barón de aprovecharse de su posición como Concejal, toda vez que no se mezclaron intereses particulares con el interés público, en conclusión nunca fue la intención del Concejal evadir la relación de especial sujeción establecida en el artículo 6o de la Carta Magna.

Finalizó diciendo que en el caso que nos ocupa se está en presencia de una situación atípica y difícil de resolver, toda vez que según el señor Carlos Alberto Ballesteros Barón el mandato que se le había otorgado no había concluido y por lo tanto se está en presencia de un deber que debía cumplir, reiterando que nunca lo hizo con intención de violentar disposiciones que estaba obligado a acatar.

Conforme a lo anterior, solicitó se concedieran las súplicas de la demanda.

MINISTERIO PÚBLICO EN PRIMERA INSTANCIA.

Solicitó negar las pretensiones de la demanda al considerar que quien tenía la obligación de probar no lo hizo, es decir, que la carga de la prueba corría a cargo de la parte demandante, obligación que señala el señor Agente del Ministerio

Público, la parte demandante no pudo llevar a cabo satisfactoriamente.

Manifestó que no se observaron vicios dentro del proceso disciplinario que conlleven a la nulidad de las decisiones mediante las cuales se sancionó al actor de destitución y con inhabilidad para ejercer el cargo como Concejal, si se tiene en cuenta que la investigación disciplinaria tuvo su origen en el Oficio 1045 del quince (15) de octubre de dos mil diez (2010), enviado por la Secretaria del Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Medellín.

Expresó también que el proceso disciplinario se observó que tanto la imputación fáctica en el auto de citación a audiencia, como la imputación fáctica dada en la sentencia de primera instancia, guardando total conformidad con la norma, es decir, los cargos están debidamente fundados y encuadran perfectamente con las disposiciones acusadas como infringidas por el demandante.

Dijo que el señor Carlos Alberto Ballesteros Barón no podía manifestar que actuó en el proceso judicial por el cual se le sancionó, para evitar que posteriormente se le sancionara por su inactividad, pues para ese momento ostentaba la calidad de servidor público, circunstancia que conocía perfectamente teniendo en cuenta su formación profesional, e indicando finalmente que a nadie le sirve de excusa el desconocimiento de la ley.

Finaliza así, solicitando no acceder a las súplicas de la demanda, por cuanto no existe ningún vicio de nulidad en la expedición de los actos administrativos acusados.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia proferida el 11 de diciembre de 2013, negó las pretensiones de la demanda con base en los argumentos que la Sala resume así:

El problema jurídico se formuló en torno a resolver la legalidad de los actos administrativos censurados contenidos en los fallos proferidos por la Procuraduría General de la Nación los días 21 de febrero y 8 de junio de 2012 mediante los cuales se decidió sancionar disciplinariamente al señor Carlos Alberto Ballesteros Barón con la destitución del cargo de servidor público e inhabilidad general para ejercer como tal por el término de 10 años.

Luego de realizar un análisis del derecho disciplinario, sobre el concepto de ilicitud sustancial, sobre las faltas y sanciones y las causales de exoneración, en el caso concreto concluyó que el demandante violó el régimen de incompatibilidades previsto en el artículo 39 de la Ley 734 de 2002 porque siendo concejal elegido en el municipio de Medellín para el período comprendido del primero de enero del 2008 al 31 de diciembre de 2011, en mayo y octubre de 2009, es decir al mismo tiempo que se desempeñaba como concejal, actuó como apoderado de la señora Maryory Rivera Villegas en un proceso judicial que cursaba en el Juzgado 28 Administrativo del Circuito de Medellín.

De acuerdo con su análisis el a quo concluyó que esa falta disciplinaria es considerada como gravísima conforme con el artículo 48 numeral 17 de la Ley 734 de 2002.

Luego de lo anteriormente expuesto el *a quo* concluyó que se debían negar las pretensiones de la demanda.

APELACION

La parte demandante presentó oportunamente el escrito de apelación (folios 402 a 414), en el cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda con base en los argumentos que la Sala resume de la siguiente forma:

Insistió en un argumento esbozado en la demanda en el sentido que para la época en que actuó como apoderado el demandante presuntamente ya no ostentaba la calidad de apoderado o mandatario judicial de la señora Maryory Rivera Villegas porque había renunciado al poder.

Dijo que al demandante en el presente proceso se le debe aplicar la causal de exclusión de responsabilidad establecida en el artículo 28 numeral 2º de la Ley 734 de 2002, por haber presuntamente actuado en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.

Expresó que en la conducta llevada a cabo por disciplinado no se presentó la figura de la ilicitud sustancial.

Manifestó que en los actos administrativos sancionatorios demandados no hubo proporcionalidad ni razonabilidad porque el demandante lo único que hizo en el proceso fue presentar unas copias a solicitud del Juez 28 Administrativo de Medellín.

Señaló que en la conducta por la que se le sancionó no existió dolo.

En consecuencia de lo anterior solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar acceder a lo solicitado en la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA.

El demandante presentó alegatos en esta instancia (folios 449-455) aduciendo argumentos similares a los presentado en el recurso de apelación.

La Procuraduría General de la Nación adjuntó escrito de alegatos en esta instancia (folios 459-461) en los cuales solicitó que se confirme la sentencia apelada.

ASUNTOS PRELIMINARES.

1. **Competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones disciplinarias a servidores públicos de elección popular.**

No obstante que el tema de la competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones disciplinarias a servidores públicos de elección popular, no es objeto de discusión en el presente proceso, porque adicionalmente no ha sido planteado por el demandante en la apelación, la Sala considera pertinente aclarar sobre el tema los siguientes aspectos:

Es importante resaltar que en el presente caso se trata de un servidor público (Concejal) elegido popularmente, cuyos actos administrativos sancionatorios fueron expedidos y son el resultado de un proceso disciplinario llevado a cabo por la Procuraduría General de la Nación. La Sala aclara que la competencia de esa entidad por haber emitido esas decisiones sancionatorias no se encuentra cuestionada en el presente proceso porque como se viene de afirmar en el párrafo precedente no ha sido controvertida por el demandante en la apelación y además por la por las siguientes razones:

La Procuraduría General de la Nación dentro de la estructura del Estado Colombiano conserva sus facultades para imponer sanciones a servidores públicos de elección popular.

La sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 15 de noviembre de 2017, expediente con radicado: 11001032500020140036000 No. Interno: 1131-2014 y su proveído del 13 de febrero de 2018, mediante la cual se declaró la nulidad de los actos administrativos expedidos por la Procuraduría General de la Nación que impusieron sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 15 años al señor Gustavo Francisco Petro Urrego, y dispuso el consecuente restablecimiento del derecho, de acuerdo con las pretensiones de esa demanda, no despojó de sus facultades y competencias a la citada entidad para combatir el flagelo de la corrupción incluyendo el control sobre los actos de corrupción cometidos por servidores públicos elegidos popularmente.

En efecto la sentencia mencionada *ut supra* **estableció que los efectos de la misma son inter partes de la siguiente manera:**

> "**Por los efectos inter partes del presente fallo**, las condiciones de aplicabilidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en

particular, de las recomendaciones de la Comisión Interamericana, la vigencia del régimen jurídico estatal, **y mientras se adoptan los ajustes internos**, **la Procuraduría General de la Nación conserva la facultad para destituir e inhabilitar a servidores públicos de elección popular en los términos de esta providencia**"[1].

Luego el proveído del 13 febrero de 2018 que hace parte de la sentencia del 15 de noviembre de 2017 arriba citada aclaró lo siguiente:

«La Sala Plena, en su condición de intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos, al advertir la incompatibilidad entre el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 y el artículo 23.2 convencional, concluyó, para el caso concreto, que **"la Procuraduría General de la Nación carecía de competencia para imponer una sanción que restringiera, casi que a perpetuidad, los derechos políticos de una persona para ser elegida en cargos de elección popular**, como también para separarlo del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá para el que fue elegido mediante sufragio universal". En el caso resuelto, la decisión sancionatoria que impidió que el alcalde de la ciudad de Bogotá culminara su mandato por el período constitucional para el cual fue elegido, fue expedida por el Procurador General de la Nación sin competencia a la luz del artículo 23 convencional, pues se trató de una sanción que limitó los derechos políticos de quien fue elegido por voto popular habida cuenta que las faltas imputadas no fueron calificadas como actos de corrupción.

El control de convencionalidad solo surte efecto directo entre las partes de este proceso, lo que quiere decir, que el criterio hermenéutico que adoptó la Sala sobre la interpretación del artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 conforme a la norma convencional, **no puede significar que esta hubiere hecho un pronunciamiento con vocación erga omnes respecto de la pérdida de vigencia de las normas de derecho interno que fijan la competencia a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones que**

[1] *Folio 1852*

comporten restricción a los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular.

Los jueces nacionales están en la obligación de "velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin"[2], sin embargo, en ejercicio de ese control, **los jueces no están facultados para declarar la invalidez de las normas, expulsándolas del ordenamiento jurídico interno.**

En otras palabras, la sentencia de 15 de noviembre de 2017 que declaró la nulidad de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Procuraduría General de la Nación con fundamento en la facultad prevista en el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002, no despoja de competencia al órgano de control, al que le corresponde, dentro del andamiaje institucional del Estado Colombiano, combatir el flagelo transnacional de la corrupción.»
(Negrilla y subrayados de la Sala)

Analizado lo anterior para la Sala es diáfano lo siguiente: i) que los efectos de la sentencia del 17 de noviembre de 2017 son inter partes y no erga omnes, es decir, esa sentencia produjo efectos únicamente para las partes del citado proceso; ii) la Procuraduría General de la Nación conserva sus competencias, establecidas en el derecho interno colombiano, para imponer sanciones a los servidores públicos de elección popular; iii) en la obligación del Estado Colombiano de luchar contra el infortunio de la corrupción impuesta por el

---

[2] La Corte IDH en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú[2], reiteró la doctrina del control de convencionalidad al precisar que lo jueces de un Estado que ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana están sometidos a la misma, lo que significa que deben velar porque el "efecto útil" de esa Convención no se disminuya o se afecte por la aplicación de normas internas que contravengan las disposiciones convencionales; y señaló que los órganos del Estado no solo deben ejercer un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, el cual, inclusive debe hacerse de oficio entre las normas internas y la CADH, en el marco de sus respectivas competencias y dentro de las regulaciones procesales correspondientes:

"128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad"[2] ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.".

derecho interno y convencional no pueden escapar a su control los servidores públicos de elección popular. iv) los jueces deben velar porque el efecto útil de la Convención Americana de los Derechos se armonice con el ordenamiento jurídico de cada país sin embargo en ese control los jueces no están facultados para expulsar del ordenamiento jurídico interno las normas sobre control de los servidores públicos de elección popular.

Como corolario de todo lo anterior y no obstante que en el presente proceso se revisa la legalidad de la sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad para el ejercicio de un cargo de elección popular, como lo es el de concejal del municipio de Medellín, la competencia del ente sancionador no puede cuestionarse bajo ningún motivo bajo el hipotético argumento de que la conducta estudiada no envuelve un acto de corrupción, como bien lo acabamos de analizar en el presente asunto preliminar porque las atribuciones de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a servidores públicos de elección popular no fueron restringidas, modificadas ni suprimidas mediante la sentencia del 15 de noviembre de 2017.

De otra parte no sobra mencionar que en Colombia el derecho disciplinario ha sido y es un instrumento de transcendental importancia en la lucha contra la corrupción que ha consolidado una dogmática propia que lo diferencia claramente del derecho penal, convirtiéndose en un elemento sustancial y en permanente evolución, con garantías que respetan el derecho de defensa y el debido proceso, orientado a que los servidores públicos cumplan con su deberes y obligaciones funcionales respetando los principios que rigen la función pública establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política.

Es conveniente resaltar que en un reciente estudio realizado por la Universidad Externado de Colombia denominado « La Corrupción en Colombia» en el artículo denominado «El poder disciplinario: ¿instrumento en la lucha contra la corrupción? De la deriva penalista del poder disciplinario y otros demonios.» El autor Andrés F. Ospina Garzón, destaca que el poder disciplinario es un instrumento importante en la lucha contra la corrupción en la medida que continúe decantando y consolidando su propia dogmática erigida con base en el derecho administrativo.

El citado autor comentó al respecto lo siguiente:

> «En otras palabras, solo con un correcto entendimiento de la naturaleza y esencia del poder disciplinario, este podrá ser transformado en un instrumento eficaz en la lucha contra la corrupción, y se podrán superar los nefastos que ha generado la deriva penalista del entendimiento del poder disciplinario: …»

Ahora bien, los servidores públicos de elección popular no pueden eludir o ser ajenos al control disciplinario sobre su gestión, por el hecho de haber sido elegidos popularmente, por el contrario, esos servidores públicos adquieren una más acentuada responsabilidad en el ejercicio impoluto de la función encomendada, por la confianza depositada por sus electores en desarrollo del principio democrático para que cumplan sus obligaciones y deberes con el mayor decoro y esfuerzo posible.

En ese orden, el derecho disciplinario ha establecido una serie de estrategias y mecanismos como, entre otros, el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés con el fin de asegurar el cumplimiento de fines convencionalmente y constitucionalmente obligatorios y legítimos y evitar a toda costa que el servidor público de elección popular incurra en conductas contrarias a la Constitución (Arts. 6, 123 y 133) y a la ley y con el fin de asegurar el debido cumplimiento de los principios de moralidad, eficacia, transparencia e imparcialidad (Art. 209 de la Constitución Política).

Acatando los anteriores principios constitucionales y legales, la Ley 734 de 2002 (en el capítulo cuarto, artículos 36 a 41) regula el régimen de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de interés de los servidores públicos.

Dentro de esas normas es de particular relevancia el artículo 39 de la citada Ley 734 de 2002 que establece lo siguiente:

> «**Artículo 39. Otras incompatibilidades**. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:
>
> 1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan

ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período:

a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;

b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.»
(Negrillas de la Sala).

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-307 de 1996, al declarar exequible, condicionadamente, el artículo 44 de la Ley 200 de 1995, norma que establecía una similar incompatibilidad a la prevista en el artículo 39 de la Ley 734 de 2002 para los servidores públicos elegidos popularmente, manifestó lo siguiente:

«**2.1 Régimen disciplinario de los servidores públicos**

De conformidad con el artículo 6o. de la Constitución Política, todos los servidores públicos -miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado (art. 123 de la C.P.)- son responsables ante las autoridades no sólo por infringir la Constitución y las leyes, sino además, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Esta responsabilidad general regulada por la Carta Fundamental, puede traducirse de conformidad con los diversos controles que prevé la organización constitucional para el adecuado funcionamiento del Estado, en una responsabilidad política, penal, civil, fiscal o disciplinaria del servidor público. En este último caso, dicha responsabilidad se refleja en las distintas sanciones que puede llegar a imponerle la Administración -previo el cumplimiento de un proceso administrativo-, como consecuencia del desconocimiento de sus deberes y obligaciones, o la inobservancia de las prohibiciones e incompatibilidades establecidas por la Constitución y las leyes, las cuales están dirigidas a fijar condiciones razonables para un adecuado y eficaz desempeño de la función pública.

El régimen sancionatorio de la conducta desplegada por los servidores públicos -derecho disciplinario-, pretende entonces regular las relaciones que se presentan entre éstos y la Administración, de modo que la función administrativa, que se encuentra al servicio de los intereses generales, se desarrolle en estricto cumplimiento de los principios de imparcialidad, celeridad, transparencia, eficacia y moralidad exigidos por el artículo 209 de la Constitución Política.

El artículo 123 de la Constitución Política, incluyó ciertamente a los miembros de las corporaciones públicas -como los concejos y las juntas administradoras locales- entre los servidores públicos, y estableció, como principio general, el que éstos se encuentran al servicio de la comunidad y ejercerán sus funciones de conformidad con la Constitución, la ley y los reglamentos. Así mismo, el artículo 133 del mismo ordenamiento señala que los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa, representan al pueblo y deberán actuar consultando la justicia y el bien común, confirmando la finalidad querida con la imposición de un régimen disciplinario que como se dijo, es el de defender los intereses generales y el beneficio de la comunidad.

En relación con las incompatibilidades, éstas hacen parte del régimen disciplinario y buscan mantener la probidad del servidor público en el ejercicio de sus funciones, a través del señalamiento de impedimentos legales, relacionados con la imposibilidad del ejercicio simultáneo de dos actividades o cargos que puedan poner en entredicho la transparencia debida para el normal desarrollo de la actividad pública.

En la Sentencia C-349 de 1994, esta Corporación se refirió al sentido de las incompatibilidades para desempeñar ciertos cargos y sobre el particular afirmó:

"La incompatibilidad significa imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades. Dada la situación concreta del actual ejercicio de un cargo -como es el de congresista para el caso que nos ocupa- aquello que con la función correspondiente resulta incompatible por mandato constitucional o legal asume la forma de prohibición, de tal manera que, si en ella se incurre, el propio ordenamiento contempla la imposición de sanciones que

en su forma más estricta llevan a la separación del empleo que se viene desempeñando. En nuestro sistema, por ejemplo, la violación del régimen de incompatibilidades por parte de los congresistas ocasiona la pérdida de la investidura (artículo 183, numeral 1, de la Constitución) y, además, en cuanto sea pertinente, está sujeta a la imposición de las sanciones penales que la ley contempla." (Magistrado, Ponente, doctor José Gregorio Hernández Galindo).

La condición de servidor público que cobija también, como se ha dicho, a los concejales y a los miembros de las juntas administradoras locales, le da a la persona que ejerce la función, una gran capacidad de influencia sobre quienes manejan dineros públicos o deciden asuntos de Estado, con lo cual se podría generar un conflicto de intereses entre dichos servidores y la Administración, en perjuicio del interés general y de los principios que regulan la función pública. El objetivo de esas disposiciones resulta entonces bastante claro, en cuanto que trata de impedir que se mezcle el interés privado del servidor público, con el interés público, y evitar, por tanto, que pueda valerse de su influencia, para obtener cualquier provecho en nombre propio o ajeno.

Ahora bien, con relación con la facultad de fijar condiciones razonables para el desempeño de la función pública, debe señalarse que ésta emana de la cláusula general de competencia contenida en el artículo 150 numeral 23 de la Constitución Política, que permite al legislador “Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”. Disposición que, a su vez, es concordante con el artículo 293 del mismo ordenamiento Superior, el cual delega expresamente en la ley la determinación de las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los ciudadanos elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales.»

Analizado todo lo expuesto *ut supra,* la Sala siguiendo los lineamientos de una sana hermenéutica evidencia que el precitado artículo 39 de la Ley 734 de 2002, numeral 1, literal b) tiene como finalidades las siguientes: i) prevenir que el servidor público de elección popular ejerza simultáneamente con la función pública encomendada alguna práctica profesional que ponga en conflicto el interés

general con el particular ; (ii) evitar que el servidor público elegido popularmente obtenga beneficios **(que pueden ser pecuniarios o no pecuniarios),** dádivas, ventajas, para sí mismo o para otra persona al ejercer simultáneamente la actividad de apoderado judicial particular o gestor ante las entidades señaladas, con las funciones de servidor público elegido popularmente; iii) propiciar que el servidor público elegido popularmente le dedique todo su tiempo y esfuerzo al cargo al que ha sido elegido, cumpliendo cabalmente los principios de moralidad, imparcialidad transparencia, eficacia y no defraude a la sociedad ni la confianza ni el voto depositado por sus electores.

Es evidente entonces que la citada disposición tiene unos fines legítimos y protectores del Estado Social de Derecho orientados a que los servidores públicos de elección popular cumplan sus funciones bajo el marco de los preciados principios que rigen la función pública establecidos en los artículos 6, 123, 133 y 209 de la Constitución Política.

.- Análisis integral de la sanción disciplinaria.

La Sala Plena[3] de esta corporación definió que el control que ejerce el juez de lo contencioso administrativo sobre los actos administrativos sancionatorios es integral, lo cual debe entenderse bajo los siguientes parámetros:

> « […] 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin "deferencia especial" respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza.

[3] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 9 de agosto de 2016, número de referencia: 1 10010325000201 100316 00 (121 0-11). Demandante: Piedad Esneda Córdoba Ruíz. Magistrado ponente William Hernández Gómez.

> 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva […]»

El control de legalidad integral de los actos administrativos sancionatorios, así propuesto, comprende implicaciones para el juez de lo contencioso administrativo, que lo habilitan para lo siguiente:

Aunque en principio el análisis de la legalidad del acto demandado está enmarcado en las causales de nulidad invocadas en la demanda, también es cierto que el juez puede y debe examinar otras causales conexas con derechos fundamentales, con el fin de garantizar la primacía del derecho sustancial y optimizar la tutela judicial efectiva.

Estudiar la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que sustentan la sanción, así como verificar la valoración de la prueba, lo cual comprende: (i) el análisis acerca del acatamiento al derecho de audiencia y defensa; (ii) el respeto de los principios y reglas fijadas por la Constitución y la ley disciplinaria para el recaudo del material probatorio y; (iii) se debe comprobar si el acto fue debidamente motivado.

Examinar que en la actuación disciplinaria se haya dado estricto cumplimiento a todos los principios rectores de la ley que rige la materia.

Revisar que la sanción disciplinaria corresponda a la gravedad de la falta y a la graduación que prevé la ley.

Realizar el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad de la ilicitud sustancial y de ser necesario, valorar los argumentos que sustentan la afectación sustancial del deber funcional así como las justificaciones expuestas por el disciplinado.

.**-Solo las irregularidades sustanciales implican la nulidad del proceso disciplinario.**

El derecho de defensa, el debido proceso y la presunción de inocencia son garantías constitucionales establecidas en favor de todas las partes de un proceso judicial o de una actuación administrativa.

El artículo 29 de la Constitución Política materializa esta protección al establecer que toda persona debe ser juzgada conforme a leyes preexistentes al caso que se examina, garantizándosele principios como los de publicidad y contradicción y el derecho de defensa.

Igualmente, establece la citada norma superior que toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable.

Sin embargo, esta Corporación quiere reiterar lo que ha sido una posición consolidada desde hace un importante tiempo, en el sentido de que no toda irregularidad dentro del proceso disciplinario genera por sí sola la nulidad de los actos administrativos sancionatorios, toda vez que lo que interesa en el fondo es que no se haya incurrido en fallas de tal naturaleza que impliquen violación del derecho de defensa y del debido proceso, o de la presunción de inocencia, es decir, solo las irregularidades sustanciales o esenciales, que implican violación de garantías o derechos fundamentales, acarrean la anulación de los actos sancionatorios.

.-Las pruebas y su valoración en el derecho disciplinario

Como primera medida, en este aspecto la Sala recuerda que el artículo 128 de la Ley 734 de 2002 contempla que tanto el acto administrativo sancionatorio como toda decisión interlocutoria deben estar fundamentados en las pruebas legalmente producidas y aportadas por petición de cualquier sujeto procesal o de manera oficiosa. La citada norma consagra que la carga de la prueba, en estos procesos, le corresponde al Estado.

Así mismo, es deber de la autoridad disciplinaria encontrar la verdad real de lo sucedido, para lo cual es su obligación efectuar una valoración ponderada y

razonada de las pruebas recaudadas durante el trámite administrativo. El artículo 129 de la Ley 734 de 2002 fija esta postura en los siguientes términos:

> «[…] Artículo 129. Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba. El funcionario buscará la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto, el funcionario podrá decretar pruebas de oficio […]»

La norma desarrolla el principio de investigación integral, según el cual, la pesquisa que se efectúe dentro del proceso disciplinario, no solo debe apuntar a probar la falta del servidor público, sino además, a encontrar las pruebas que desvirtúen o eximan de responsabilidad al mismo. Lo anterior, en todo caso, no exonera a la parte investigada de presentar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer en su favor[4].

En lo que concierne al análisis y valoración de las pruebas, la Ley 734 de 2002, en el artículo 141, señaló también que ésta debe hacerse según las reglas de la sana crítica[5], de manera conjunta y explicando en la respectiva decisión el mérito de las pruebas en que ésta se fundamenta.

El derecho disciplinario, por contar con una dogmática propia que se ha consolidado para diferenciarlo en varios aspectos del derecho penal, teniendo en cuenta que los bienes jurídicos que protege son también diferentes, como lo son el buen funcionamiento de la administración pública con el fin de salvaguardar la moralidad pública, la transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia en el desempeño de los empleos públicos, ha venido estableciendo un

---

[4] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. Bogotá D.C. 15 de mayo de 2013. Radicación: 11001-03-25-000-2011-00571-00(2196-11). Actor: Jorge Eduardo Serna Sánchez. Demandado: Procuraduría General de la Nación.

5. En sentencia del 8 de abril de 1999, expediente 15258, magistrado ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, el Consejo de Estado sostuvo que la valoración probatoria corresponde a las operaciones mentales que hace el juzgador al momento de tomar la decisión para conocer el mérito y la convicción de determinada prueba. Por su parte la sana crítica, es la comprobación hecha por el operador jurídico que de acuerdo con la ciencia, la experiencia y la costumbre sugieren un grado determinado de certeza de lo indicado por la prueba.

margen de apreciación y de valoración probatoria más amplio y flexible que el de otras ramas del derecho sancionatorio.

En efecto, tanto la Corte Constitucional como esta Corporación han reconocido el amplio margen de que dispone el operador disciplinario para valorar las pruebas. Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A advirtió[6]:

> «[…] No puede perderse de vista que en los procesos disciplinarios, como lo ha precisado en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, el operador disciplinario cuenta con una potestad de valoración probatoria más amplia que la del mismo operador judicial penal[7], que le autoriza para determinar, en ejercicio de una discrecionalidad razonada, cuándo obran en un determinado proceso pruebas suficientes para moldear la convicción respecto de la ocurrencia o no de los hechos, los que, a su vez, le conducen a la certidumbre de la comisión de la falta y de la responsabilidad del investigado. Así se colige del texto mismo de las disposiciones sobre el recaudo y valoración de pruebas consagradas en la Ley 734 de 2002, tales como el artículo 128, 129, 141 y 142, entre otros […]» (Subraya de la Sala).

En conclusión, luego del análisis precedente y conforme a la normatividad y a la consolidada línea jurisprudencial analizada en precedencia **es evidente que en el derecho disciplinario el margen de apreciación y de valoración probatoria es más amplio y flexible que el de otras ramas del derecho sancionatorio**, como el derecho penal, que facultan al operador disciplinario para determinar, en ejercicio de una discrecionalidad razonada, cuando obran en un determinado proceso pruebas suficientes para moldear la convicción respecto de la ocurrencia

---

[6] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C, 13 de febrero de 2014. Radicación: 11001-03-25-000-2011-00207-00(0722-11). Actor: Plinio Mauricio Rueda Guerrero. Demandado: Fiscalía General de la Nación.

[7] Al respecto en sentencia T-161 de 2009, magistrado ponente Mauricio González Cuervo precisó la Corte: « […] En cuanto a la autoridad pública encargada de adelantar el proceso penal es evidente que se trata de funcionarios investidos de poder jurisdiccional cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada, mientras, por regla general, el proceso disciplinario está a cargo de autoridades administrativas cuyas decisiones pueden ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso administrativa; además, en materia de tipicidad la descripción de la conducta señalada en la legislación penal no atiende a los mismos parámetros de aquella descrita por la legislación disciplinaria, pues en ésta última el operador jurídico cuenta con un margen mayor de apreciación, por cuanto se trata de proteger un bien jurídico que, como la buena marcha, la buena imagen y el prestigio de la administración pública, permite al "juez disciplinario" apreciar una conducta y valorar las pruebas con criterio jurídico distinto al empleado por el funcionario judicial, teniendo en cuenta, además, que en el proceso disciplinario se interpreta y aplica una norma administrativa de carácter ético […]».

o no de los hechos que afecten el deber funcional de los empleados públicos, teniendo en cuenta los bienes jurídicos que protege el derecho disciplinario relacionados con el buen funcionamiento, moralidad y eficiencia de la administración pública.

Luego de aclarar los precedentes aspectos preliminares la Sala procederá a examinar las siguientes consideraciones.

CONSIDERACIONES

LA FALTA DISCIPLINARIA ENDIGALDA EN EL PRESENTE PROCESO

La falta por la cual se sancionó disciplinariamente al demandante Carlos Alberto Ballesteros Barón es la violación del precitado artículo 39, numeral 1, literal b) de la Ley 739 de 2002 por haber actuado como apoderado de la señora Maryory Rivera Villegas contra el municipio de Medellín, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que cursaba en el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Medellín en mayo y octubre de 2009, cuando simultáneamente ejerció las funciones de concejal del mismo municipio demandado por el período que inició desde el primero de enero del 2008 hasta el 31 de diciembre del 2011.

Conforme el derecho disciplinario la falta atribuida al demandante es considerada como gravísima de conformidad con lo consagrado en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002 que dice así:

«Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

(…)

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de Incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.

(…)»

En este punto es importante resaltar que en el presente caso dadas las características especiales del proceso el demandante incurrió en la incompatibilidad prevista en el precitado artículo 39 de la Ley 734 de 2002, numeral 1, literal b) de conformidad con la normatividad constitucional y legal analizada *ut supra.*

LO PROBADO EN EL PRESENTE PROCESO

Se encuentra debidamente establecido, desde el punto de vista probatorio, con prueba documental idónea, lo siguiente:

Que el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Medellín, mediante providencia del cuatro (04) de abril de dos mil ocho (2008), aceptó la renuncia al poder otorgado por la señora Maryory Rivera Villegas al doctor Carlos Alberto Ballesteros Barón, la cual fue presentada por el ahora demandante el dieciocho (18) de diciembre de dos mil siete (2007). *-folios 202* -.

Que mediante auto del siete (7) de mayo de dos mil ocho (2008), el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Medellín, ordenó librar exhortos dirigidos al Juzgado Veintiuno (21) Administrativo del Circuito de Medellín, los cuales quedaban a cargo de la parte demandante, *-folios 18-.*

Que mediante auto del quince (15) de mayo de dos mil nueve (2009), el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Medellín, requirió por última vez al apoderado de la parte demandante para que en el término de diez (10) días aportara en copia auténtica todas las actuaciones enlistadas en el numeral segundo del citado auto, so pena de considerar su conducta en los términos consagrados en el artículo 74 del Código de Procedimiento Civil *-folio 20-.*

Que el doctor Carlos Alberto Ballesteros Barón**, manifestando expresamente obrar como apoderado judicial** de la señora Maryory Rivera Villegas en el proceso adelantado en el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Medellín con radicado 2008-00069, presentó escrito el veintidós (22) de mayo de

dos mil nueve (2009) en donde allegaba las copias solicitadas por el Despacho, —*folio 152-.*

Que el doctor Carlos Alberto Ballesteros Barón, presentó el seis (06) de octubre de dos mil nueve (2009), alegatos de conclusión en el proceso que para la época se adelantaba en el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Medellín, bajo el radicado 2008-00069, en donde actuó y manifiesta expresamente que actúa: «**En mi calidad de apoderado de la parte actora…**» como apoderado judicial de la señora Maryory Rivera *Villegas,* -folios 153 a 154-

Que el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Medellín, mediante oficio No. 1045 de 2010 del quince (15) de octubre de dos mil diez (2010), manifestó a la Procuraduría General de la Nación que el doctor Carlos Alberto Ballesteros Barón quien actuaba en calidad de apoderado de la señora Maryory Rivera Villegas en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del derecho en contra del Municipio de Medellín, lo hizo ostentando la calidad de Concejal del Municipio de Medellín. —*folio 151-.*

Que el doctor Carlos Alberto Ballesteros Barón fue elegido y tomó posesión como Concejal del Municipio de Medellín, para el período comprendido entre el primero (1) de enero de dos mil ocho (2008) y el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil once (2011), tal como consta en las actas de escrutinio *Folios 177 a 201-.*

Que el doce (12) de abril de dos mil once (2011), la Procuraduría General de la Nación, profirió auto mediante el cual ordenó aperturar indagación preliminar en contra del doctor Carlos Alberto Ballesteros Barón en los términos establecidos en el artículo 150 de la Ley 734 de 2002. *-folios 21 a 22 y 169 a 170-.*

Que el veintiocho (28) de noviembre de dos mil once (2011), la Procuraduría General de la Nación ordenó tramitar la investigación disciplinaria en contra del doctor Carlos Alberto Ballesteros Barón por el procedimiento verbal previsto en el Título XI del Libro IV de la Ley 734 de 2002, toda vez que el caso se encontraba previsto en el inciso segundo del artículo 175 de la Ley 734 de 2002. *- folios 23 a 29 y 219 a 225 -*

Que el veintisiete (27) de septiembre de dos mil once (2011), el doctor Carlos Alberto Ballesteros Barón, rindió versión libre ante la Procuraduría General de la Nación *-folios 211 a 212*, en donde manifestó:

> "...En el caso concreto de la señora MARYORY RIVERA

VILLEGAS, quien era una de las demandantes, ex empleada del Municipio de Medellín, su proceso cursaba en el Juzgado 28 Administrativo de Medellín, y se intentó comunicarla para lo que he señalado anteriormente.

Dicha gestión fue infructuosa y según los registros que tengo en mi oficina profesional el 16 de noviembre de 2007..., le responden que ella no vive allí, los teléfonos los tomamos de la información que cada uno de los clientes nos había dado al momento de contratar nuestros servicios profesionales. Frente a esta circunstancia, el único camino que encontré fue presentar renuncia al poder, lo que se hizo el 18 de diciembre del mismo año. Renuncia que solo fue aceptada por el Despacho el 4 de abril de 2008, año en el cual ya fungía como concejal de Medellín...

Posteriormente, el señor juez me requirió para que allegara unas copias de unos documentos que a ese despacho le interesaban, después de varios requerimientos y frente a mi silencio en providencia del 15 de mayo de 2009, dijo lo siguiente: "...4. El artículo 74 del C.P.C. aplicable por remisión expresa del artículo 267 del C.C.A. establece que existe temeridad o mala fe cuando: "...por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normas del proceso. 5. Así las cosas, se requiere por última vez al apoderado de la parle demandante para que en el término de 10 días contados a partir del siguiente a la notificación por estados de la presente providencia aporte copia auténtica de todas las actuaciones enlistadas en el numeral 2 del presente auto, so pena de considerar su conducta en los términos del artículo citado ". Así las cosas es evidente que me encontraba en una situación compleja desde el punto de vista de la aparente incompatibilidad, pues si no cumplía mi obligación como apoderado de la citada señora a quien no se había podido notificar por las razones expuestas violentaría las normas de la ética del abogado y de cumplir estas eventualmenie incurriría en la aludida incompatibilidad, lo que hice fue acatar la orden del juez y aportar las copias pertinentes así como presentar un alegato de

> conclusión en dicho proceso, por las mismas razones. Quiero resaltar que lo único que motivo mi actuación fue la exigencia judicial, de ninguna manera era continuar representando ni a esta ni a ninguno de los otros ex empleados del Municipio de Medellín... ”

Que mediante fallo proferido el veintiuno (21) de febrero de dos mil doce (2012), la Procuraduría Regional de Antioquia, decidió declarar disciplinariamente responsable de los cargos formulados en el auto de citación a audiencia del veintiocho (28) de noviembre de dos mil once al doctor Carlos Alberto Ballesteros Barón, imponiéndole sanción de destitución como servidor público e inhabilidad general para ejercer como tal por el término de diez (10) años, por haber incurrido en una falta gravísima, toda vez que la conducta en la que incurrió el disciplinado se tipificó en esos términos en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002*.-folios 66 a 81 y 262 a 278-.*

Que mediante fallo del ocho (8) de junio de dos mil doce (2012), la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, confirmó el fallo proferido el veintiuno (21) de febrero de dos mil doce, por la Procuraduría Regional de Antioquia, mediante el cual se sancionó con destitución como servidor público e inhabilidad general para ejercer como tal por el término de diez (10) al doctor Carlos Alberto Ballesteros Barón, *-folios 82 a 100 y 291 a 309-*

PROBLEMAS JURÍDICOS

Teniendo en cuenta que la falta disciplinaria por la cual se sancionó al demandante consiste en una incompatibilidad de un servidor público de elección popular prevista en el pluricitado artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único CDU), no son de competencia de esta Sala las consideraciones y decisiones relacionadas con una presunta infracción al código disciplinario del abogado contenido en la Ley 1123 de 2007.

En ese orden, bajo el marco de lo establecido en la sentencia de primera instancia y lo alegado por la demandante en el escrito de apelación, los problemas jurídicos se concretan en los siguientes interrogantes:

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO:

1.- ¿El demandante infringió la incompatibilidad estatuida en el artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002 al haber actuado como apoderado o mandatario judicial de la señora Maryory Rivera Villegas contra el municipio de Medellín, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que cursaba en el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Medellín en mayo y octubre de 2009, cuando simultáneamente ostentaba y ejercía las funciones de concejal del mismo municipio demandado ?

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

2. ¿Existió en el presente proceso la causal de exclusión de responsabilidad establecida en el artículo 28 numeral 2º de la Ley 734 de 2002, por haber presuntamente actuado el demandante en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado?

TERCER PROBLEMA JURÍDICO:

¿En la conducta por la cual se le sancionó al demandante se presentó la figura de la ilicitud sustancial ?

CUARTO PROBLEMA JURÍDICO:

¿Los actos censurados violentaron el principio de razonabilidad y proporcionalidad porque el demandante presuntamente lo único que hizo fue acoger el requerimiento de un juez de aportar unas copias a un proceso judicial ?

QUINTO PROBLEMA JURÍDICO:

¿La conducta endilgada al demandante exige imputación a título de Dolo?

SEXTO PROBLEMA JURÍDICO

¿ La incompatibilidad por la cual se sancionó al demandante exige « actuar como apoderado o gestor» o « ser apoderado o gestor» ?

A continuación la Sala examinará cada uno de los problemas jurídicos esbozados:

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO:

1.- ¿El demandante infringió la incompatibilidad estatuida en el artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002 al haber actuado como apoderado o mandatario judicial de la señora Maryory Rivera Villegas contra el municipio de Medellín, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que cursaba en el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Medellín en mayo y octubre de 2009, cuando simultáneamente ostentaba y ejercía las funciones de concejal del mismo municipio demandado ?

La Sala sostendrá la tesis en el sentido que el demandante Carlos Alberto Ballesteros Barón sí infringió la incompatibilidad estatuida en el artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002 al haber actuado como apoderado o mandatario judicial de la señora Maryory Rivera Villegas contra el municipio de Medellín, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que cursaba en

el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Medellín en mayo y octubre de 2009, cuando simultáneamente ostentaba y ejercía las funciones de concejal del mismo municipio demandado por las siguientes razones:

Efectuando una interpretación sistemática del plurinombrado artículo 39 el artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002, se concluye que la norma solo exige que el servidor público de elección popular simplemente **actúe** como apoderado o gestor ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

El verbo rector del tipo que consagra la incompatibilidad es «actuar» cuyo significado es **obrar y comportarse de una determinada manera**.

Por tal razón, en el plano de las artes escénicas el verbo actuar toma la acepción de interpretar un papel o un libreto en una obra cinematográfica, teatral, radiofónica o televisiva.

En ese orden, el tipo que describe la mencionada incompatibilidad, **simplemente requiere que el servidor público de elección popular obre o se comporte como un apoderado o gestor ante una entidad y no que lo sea en realidad**. Es decir, la precitada norma no exige que para incurrir en el supuesto fáctico de la incompatibilidad prevista en ella, se deba tener claramente la condición de apoderado o gestor sino que basta que el servidor público actúe o se comporte como apoderado, sin que realmente lo sea.

La anterior conclusión se reafirma al analizar el artículo 48, numeral 17 de la Ley 734 de 2002, que establece la anterior violación al régimen de incompatibilidades, como una falta gravísima establece que « **Actuar** u omitir a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.»

Ese es el fin deóntico del citado artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002, de evitar que un servidor público de elección popular, actúe o se comporte como un apoderado o gestor ante las entidades establecidas en la norma, simultáneamente con el ejercicio de la función pública encomendada por sus electores, porque tal comportamiento lesiona los bienes jurídicos de la moralidad, imparcialidad, transparencia y buen funcionamiento de la administración pública.

Así las cosas, en el presente proceso se demostró fehacientemente con las pruebas relacionadas *ex ante* que el señor Carlos Alberto Ballesteros Barón actuó claramente (y así lo reconoció expresamente el demandante) como apoderado o mandatario judicial de la señora Maryory Rivera Villegas, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, cuya entidad demandada era el municipio de Medellín, que cursaba en el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Medellín en mayo y octubre de 2009, cuando simultáneamente ostentaba y ejercía las funciones de concejal.

La conducta en que incurrió el citado demandante adquiere mayor grado de reprochabilidad si se tiene en cuenta que la entidad demandada en el proceso en que actuó como apoderado de la señora Maryory Rivera Villegas es el municipio de Medellín, entidad en la que simultáneamente ejercía las funciones de concejal desde el primero de enero de 2008, y transcurrido un tiempo bastante considerable (casi 16 meses después de haber asumido el cargo de concejal) actuó como apoderado en mayo y en octubre de 2009.

Visto todo lo anteriormente expuesto el cargo formulado en la apelación en el sentido que el demandante no ostentaba la calidad de apoderado o mandatario judicial quedó totalmente desvirtuado y, por tanto, no tiene vocación de prosperidad.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

2. ¿Existió en el presente proceso la causal de exclusión de responsabilidad establecida en el artículo 28 numeral 2º de la Ley 734 de 2002, por haber presuntamente actuado el demandante en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado?

La Sala sostendrá la tesis que no se configuró la causal de exclusión de responsabilidad establecida en el artículo 28 numeral 2º de la Ley 734 de 2002, por haber presuntamente actuado el demandante en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.

Alega el demandante que incurrió en la citada causal de exclusión de responsabilidad porque cometió esa incompatibilidad en ejercicio del deber profesional de abogado establecido en la Ley 1123 de 2007 código disciplinario del abogado, que en su artículo 10 dispone «atender con celosa diligencia sus encargos profesionales.»

La Sala considera que la responsabilidad y los deberes que asumió como servidor público de elección popular el señor Carlos Alberto Ballesteros Barón, tienen mayor importancia que el deber derivado de su interés particular y personal de su ejercicio profesional como abogado.

En efecto, la prevalencia del interés general sobre el interés particular es un principio fundamental y fundante del Estado Social de Derecho, no en vano dicho principio se encuentra consagrado en el artículo primero de nuestra Constitución Política.

En precedencia se han resaltado el valor y los deberes que como servidor público de elección popular debía conocer el señor Carlos Alberto Ballesteros Barón, máxime si se tiene en cuenta que el profesional posee una vasta experiencia como abogado, que supone un conocimiento amplio y profundo de la Constitución y las Leyes, como quiera que se demostró en el proceso que ejerce la profesión de abogado desde 1984 (folio 246), es decir, que contaba con más de 25 años de experiencia a octubre de 2009 cuando actuó como apoderado de la señora Maryory Rivera Villegas y simultáneamente ejercía como concejal del municipio de Medellín desde el primero de enero de 2008.

Como corolario de lo anteriormente expuesto, no se configuró la causal de exclusión de responsabilidad establecida en el artículo 28 numeral 2º de la Ley 734 de 2002, por haber presuntamente actuado el demandante en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.

TERCER PROBLEMA JURÍDICO:

¿En la conducta por la cual se le sancionó al demandante se presentó la figura de la ilicitud sustancial ?

La Sala sostendrá la tesis que en el presente caso se presentó la figura de la ilicitud sustancial conforme a lo establecido en artículo 5 de la Ley 734 de 2002.

El artículo 5º de la Ley 734 de 2002 define la figura de la ilicitud sustancia de la siguiente forma:

> «**ARTÍCULO 5º. ILICITUD SUSTANCIAL**. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.»

En efecto, en el presente caso, tal como se demostró en precedencia, el señor Carlos Alberto Barón Ballesteros, afectó el deber funcional que tenía como servidor público de elección popular, concretamente como Concejal del Municipio de Medellín al evidenciarse con prueba fehaciente y con suficiencia que actuó como apoderado o mandatario judicial de la señora Maryory Rivera Villegas, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, cuya entidad demandada era el municipio de Medellín, que cursaba en el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Medellín en mayo y octubre de 2009, cuando simultáneamente ostentaba y ejercía las funciones de concejal, porque antepuso su interés personal de ejercer como abogado particular sobre el interés general representado en los bienes jurídicos de los principios que rigen la función pública, interés general, se itera, que prevalece sobre ese interés personal.

Es evidente que el demandante, al actuar como abogado contra la entidad en la cual ejercía las funciones de concejal, mezcló un interés particular con el interés general que debe enarbolar un servidor público de elección popular y **obtuvo el provecho o ventaja (que puede ser pecuniaria o no pecuniaria) de actuar como abogado particular en contra de la entidad en la que simultáneamente ejercía las funciones de Concejal del Municipio de Medellín**.

El hecho de actuar como abogado particular contra la entidad en la cual ejercía simultáneamente las funciones de Concejal del Municipio de Medellín acentúa aún más el grado de reprochabilidad de su conducta, puesto que además menoscabó la confianza de sus electores, que supone que fue elegido para estar al servicio de

la comunidad, del interés general y de los principios que gobiernan la función pública.

En consecuencia, se encuentra acreditado en el proceso que el demandante quebrantó sustancialmente el deber funcional al cual estaba obligado a acatar no solo por la infracción de la incompatibilidad prevista en el plurinombrado artículo 39 de la Ley 734 de 2002, que es el desarrollo de normas constitucionales como el artículo 6 de la Constitución Política que obliga a los servidores públicos a someterse a la Constitución y las Leyes.

Igualmente, el demandante contrarió los artículos 123 y 133 de la Constitución Política que lo obligan como servidor público de elección popular a estar al servicio del Estado y de la comunidad y a que debe actuar siempre consultando el bien común y el interés general, que prevalece siempre sobre el interés particular. Principios que no respetó el demandante porque antepuso su interés personal de abogado particular actuando como apoderado de una demandante contra el propio municipio en el cual se había posesionado como concejal desde hacía 16 meses.

De la misma forma, el demandante con su infracción a la incompatibilidad prevista en el artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002, quebrantó los principios de moralidad, imparcialidad y neutralidad que rigen la función pública consagrada en el artículo 209 de la Constitución Política.

CUARTO PROBLEMA JURÍDICO:

¿Los actos censurados violentaron el principio de razonabilidad y proporcionalidad porque el demandante presuntamente lo único que hizo fue acoger el requerimiento de un juez de aportar unas copias a un proceso judicial?

Este problema jurídico se planteó debido a que el demandante en el escrito de apelación afirma que lo único que presuntamente él hizo fue acoger un requerimiento de aportar copias en un proceso judicial y que por tanto la sanción impuesta por el operador disciplinario fue desproporcionada.

No tiene razón el demandante porque tal como se demostró en el proceso y mediante las pruebas arriba analizadas el demandante actuó como apoderado en el proceso en mayo de 2009, aportando unas copias en el proceso y posteriormente en octubre de 2009, actuando también como apoderado de la señora Maryory Rivera Villegas, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, cuya entidad demandada era el municipio de Medellín, que cursaba en el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Medellín cuando simultáneamente ostentaba y ejercía las funciones de concejal, presentó los alegatos de conclusión en el referido proceso.

El demandante tanto en la demanda como en el escrito de apelación, hábilmente omite mencionar que él presentó esos alegatos de conclusión en octubre de 2009, porque edifica toda su defensa en decir que la actuación como apoderado en mayo de 2009, se limitó a aportar unas copias, actuación que la justifica supuestamente porque el Juzgado 28 Administrativo de Medellín le requirió las citadas copias, pero los elementos acreditativos evidenciaron que adicionalmente a esa actuación en el mes de octubre de 2009, actuó como apoderado de la mencionada señora Maryory Rivera Villegas, presentando alegatos de conclusión tal como lo hemos demostrado con suficiencia en este proceso.

La Sala considera que la sanción impuesta al demandante no violó los principios de razonabilidad y proporcionalidad debido a que se le aplicó la mínima sanción prevista para el tipo de falta gravísima que cometió el demandante, materializando de manera correcta, adecuada y proporcional los lineamientos establecidos en los artículos 44 a 47 de la Ley 734 de 2002 en lo que atañe a la clasificación, límites y graduación de las sanciones disciplinarias.

En consecuencia lo alegado por el demandante en cuanto que con la sanción impuesta se violó el principio de razonabilidad y proporcionalidad no tiene vocación de prosperidad.

QUINTO PROBLEMA JURÍDICO:

¿La conducta endilgada al demandante exige imputación a título de Dolo?

La Sala sostendrá la tesis que la inhabilidad prevista en el artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002, no exige una imputación a título de dolo.

En efecto, la citada norma hace parte de la mayoría de normas disciplinarias denominadas como *numerus apertus* o sistema de tipos abiertos en los cuales no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser imputados a título de culpa o de dolo.

En consecuencia frente a cada norma se analizará si corresponde una modalidad culposa o dolosa.

Ahora bien en el derecho sancionatorio pueden existir ciertos tipos que por su configuración legislativa o redacción utilizan expresiones tales como « a sabiendas», «de mala fe», «con la intención de», lo que supone que la imputación en esos casos se debe hacer a título de dolo.

Sin embargo la regla general es que en la mayoría de los tipos abiertos disciplinarios la imputación se realice a título de culpa y excepcionalmente a título de dolo.

En consecuencia de lo anteriormente expuesto la norma transgredida por el demandante es decir la **incompatibilidad prevista en el** artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002, por la naturaleza de la inhabilidad y por su configuración no exige expresamente una imputación a título de dolo.

En el presente proceso, se reitera, existió una ilicitud sustancial del deber funcional como servidor público de elección popular, Concejal, porque la infracción a la citada incompatibilidad establecida en el artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002, produjo además un quebrantamiento a los principios que rigen la función pública como la moralidad, imparcialidad y neutralidad.

SEXTO PROBLEMA JURÍDICO

¿La incompatibilidad por la cual se sancionó al demandante exige « actuar como apoderado o gestor» o « ser apoderado o gestor» ?

La solución a este problema jurídico se resolvió al analizar el primer problema jurídico planteado.

Efectivamente, se analizó y concluyó en precedencia que el tipo que describe la incompatibilidad **consagrada en el** artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002, **simplemente requiere que el servidor público de elección popular obre o se comporte como un apoderado o gestor ante una entidad y no que lo sea en realidad**. Es decir, la precitada norma no exige que para incurrir en el supuesto fáctico previsto en ella, se deba tener claramente la condición de apoderado o gestor sino que basta que el servidor público actúe o se comporte como apoderado, sin que realmente lo sea.

La Sala reitera que tal conclusión es adecuada, razonable, proporcional y corresponde al fin deóntico del citado artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002, de evitar que un servidor público de elección popular, actúe o se comporte como un apoderado o gestor ante las entidades establecidas en la norma, simultáneamente con el ejercicio de la función pública encomendada por sus electores, porque tal comportamiento lesiona los bienes jurídicos de la moralidad, imparcialidad, transparencia y buen funcionamiento de la administración pública.

Adicional a lo anterior, se itera, que el hecho que el señor Carlos Alberto Ballesteros Barón actuara como abogado particular contra la entidad en la cual ejercía simultáneamente las funciones de Concejal del Municipio de Medellín, acentuó aún más el grado de reprochabilidad de su conducta, puesto que además menoscabó la confianza de sus electores y quebrantó su deber funcional y los principios que rigen la función pública establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política.

En conclusión: En suma, al resolverse todos los problemas jurídicos planteados y al no encontrarse probado ninguno de los cargos endilgados en contra de los actos acusados, la Subsección confirmará la sentencia apelada por las razones expuestas en esta providencia.

CONDENA EN COSTAS.

Finalmente y de acuerdo con el artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que remite en los aspectos no regulados en ese cuerpo normativo al Código General del Proceso, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante, toda vez que resultó vencida en juicio, al confirmarse la sentencia de primera instancia, conforme con lo establecido en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso.

DECISIÓN

Por todo lo anteriormente expuesto y una vez analizadas y valoradas las pruebas en conjunto como lo establece la sana crítica, la Sala procederá a CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 11 de diciembre de 2013, dentro del proceso promovido por el señor Carlos Alberto Ballesteros Barón contra la Nación-Ministerio Público-Procuraduría General de la Nación, por las razones expuestas en el presente proveído.

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

FALLA

Primero: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 11 de diciembre de 2013, dentro del proceso promovido por el señor **Carlos Alberto Ballesteros Barón** contra la Nación-Ministerio Público-Procuraduría General de la Nación, que negó las súplicas de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segunda: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandante conforme lo expuesto en la parte motiva.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ **RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

Relatoria: AJSD/Lmr.