



276 599

Radicado: 11001-03-25-000-2011-00337-00 (1285-2011)
Demandante: María del Rosario Peña Saavedra y otros

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 11001-03-25-000-2011-00337-00 (1285-2011)
Demandante: MARÍA DEL ROSARIO PEÑA SAAVEDRA Y OTROS
Demandado: NACIÓN, PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Y MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.

Temas: Se niegan las pretensiones de la demanda. Cosa juzgada e impedimentos en materia disciplinaria. Derecho a la igualdad. Derecho al trabajo y a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Oportunidad para interponer solicitud de nulidades. Derecho de contradicción y defensa. Estructura de la responsabilidad. Principio de transparencia y publicidad en la contratación estatal. Diferencias entre el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales con la falta disciplinaria relacionada con los principios de la contratación estatal. Inexistencia de desviación de poder.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA (Decreto 01 de 1984) S.E.-045-2019

I. ASUNTO

La Subsección A, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dicta la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso previsto en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984¹, que se tramitó por demanda interpuesta por la señora María del Rosario Peña Saavedra y otros en contra de la Procuraduría General de la Nación.

II. LA DEMANDA

Conforme al texto de la demanda se formularon las siguientes pretensiones²:

¹ Vigente para la época de la demanda.

² Demanda en folios 13-63 del expediente. La demanda fue presentada ante el juez administrativo de Cali, la cual fue admitida mediante la providencia del 17 de julio de 2009 (ff. 235 a 239 del expediente). No obstante, a través de auto del 27 de abril de 2011, el Juzgado Décimo Administrativo de Cali declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de 29 de septiembre de 2010, mediante el cual se le reconoció personería jurídica al abogado del demandante en virtud de una sustitución del poder (ff. 263



De nulidad:

- Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución del 4 de diciembre de 2006 proferido por la Comisión Especial Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, mediante la cual se impuso la sanción de destitución e inhabilidad por diez (10) años a la doctora María del Rosario Peña Saavedra, en su condición de directora del Departamento Administrativo de Hacienda y Catastro del Municipio de Santiago de Cali.
- Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución del 7 de mayo de 2007 expedida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, por la cual se confirmó la sanción de destitución e inhabilidad por diez (10) años a la doctora María del Rosario Peña Saavedra, en su condición de directora del Departamento Administrativo de Hacienda y Catastro del Municipio de Santiago de Cali.

De restablecimiento del derecho:

- Se ordene al municipio de Santiago de Cali, representado por el alcalde municipal o por quien haga sus veces, reintegrar a María del Rosario Peña Saavedra al cargo de directora del Departamento Administrativo de Hacienda y Catastro del municipio de Santiago de Cali, del cual fue destituida, o a un cargo de igual o superior jerarquía.
- Se declare que no ha existido solución de continuidad en el desempeño del cargo de María del Rosario Peña Saavedra.
- Se ordene a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación borrar del registro respectivo la sanción anulada.

De reparación de perjuicios:

- Se ordene al municipio de Santiago de Cali que se reconozca y pague a María del Rosario Peña Saavedra todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, así como los sueldos, primas de todo orden, subsidios, bonificaciones, sobresueldo, aumentos de sueldo que se presenten durante el trámite del proceso, subsidios familiares y demás prestaciones de todo orden, desde la fecha

y 317 a 324 del expediente). Así mismo, en esta última decisión, se ordenó enviar el expediente al Consejo de Estado para que asumiera el conocimiento de dicho proceso. De esa manera, esta Subsección A, por medio del auto de 24 de febrero de 2012 (ff. 329 y 330), declaró la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda. Posteriormente, esta Subsección admitió la demanda, por medio de la providencia del 10 de diciembre de 2012 (ff. 340 a 344 del expediente). Posteriormente, el apoderado de la parte demandante presentó un escrito de adición de la demanda (ff. 474 a 480), la cual fue admitida por esta Subsección mediante providencia del 28 de agosto de 2013 (ff. 504 y 505).



277 600

Radicado: 11001-03-25-000-2011-00337-00 (1285-2011)
Demandante: María del Rosario Peña Saavedra y otros

en que se hizo efectiva su destitución del cargo hasta aquella en que se dé cumplimiento al fallo de la jurisdicción que así lo disponga.

- Se ordene a la Nación, Procuraduría General de la Nación, que se reconozca y pague a los demandantes los perjuicios morales y perjuicios a la vida de relación sufridos o cualquier otro que resulte de la lectura de la demanda, tal como se relacionan en el acápite de perjuicios, sin perjuicio de un mayor valor que resulte de la aplicación de las reglas de equidad, de la ley o de la jurisprudencia, para la época de la sentencia.

Otras:

- Ordenar que las condenas de que trata la presente demanda se ajusten en su valor, para lo cual se tendrá en cuenta el índice de precios al consumidor o al por mayor, como lo indica expresamente el artículo 178 del CCA. De igual manera, que se disponga el pago de los intereses comerciales, bancarios y moratorios o legales, aplicables a las sumas que resulten de la liquidación de salarios, y demás emolumentos dejados de percibir periódicamente.
- Que a la sentencia que ponga fin a este proceso se le dé cumplimiento en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del CCA.
- Que se condene a las demandadas al pago de costas, gastos y agencias en derecho.

Fundamentos fácticos relevantes

1. María del Rosario Peña Saavedra fue nombrada en el cargo de directora del Departamento Administrativo de Hacienda y Catastro del municipio Santiago de Cali (Valle del Cauca).
2. Mediante Resolución n.º 0619 del 10 de octubre de 2004, se ordenó la apertura de la Licitación Pública n.º DAHM-001-04, cuyo objeto consistía en la «contratación de los servicios para la modernización y optimización de la gestión tributaria a cargo de la administración municipal, fortalecimiento de las finanzas y el saneamiento fiscal del municipio de Santiago de Cali».
3. María del Rosario Peña Saavedra, en calidad de directora del Departamento Administrativo de Hacienda y Catastro del municipio de Santiago de Cali, suscribió el Adendo n.º 01 del 11 de octubre de 2004, relativo a la Licitación DAHM-001-04, modificadorio del numeral 1.4.3 de los términos de referencia, y que fue publicado en la página web de la entidad el día 11 de octubre de 2004 a las 7:12:58 p.m., fecha en el cual se surtió la audiencia de aclaraciones de los términos de referencia.



4. El anterior proceso licitatorio dio como resultado la celebración del Contrato n.º DAHM-GAA-015-05 del 11 de febrero de 2005, suscrito entre el municipio de Santiago de Cali, Departamento Administrativo de Hacienda Municipal y la Unión Temporal «SI CALI».
5. La Procuraduría Regional del Valle del Cauca inició indagación preliminar mediante auto del 9 de febrero de 2005 en relación con los hechos señalados en el numeral anterior.
6. Posteriormente, el procurador general de la Nación, mediante auto del 7 de marzo de 2005, conformó una Comisión Especial Disciplinaria, para investigar los hechos relacionados con la licitación pública DAHM-01/2004, Comisión integrada por la procuradora primera delegada para la Contratación Estatal y el director Nacional de Investigaciones Especiales.
7. La Comisión Especial Disciplinaria, a través del auto del 18 de agosto de 2005, ordenó la apertura de investigación disciplinaria contra María del Rosario Peña Saavedra en calidad de directora del Departamento Administrativo de Hacienda y Catastro del municipio Santiago de Cali.
8. La Comisión Especial Disciplinaria, mediante auto del 14 de marzo de 2006, formuló auto de cargos contra la demandante. En dicha decisión le imputó la realización de la falta gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.
9. En razón de la renuncia presentada a su cargo por parte de la procuradora primera delegada para la Contratación Estatal, el procurador general de la Nación, mediante auto del 10 de octubre de 2006, integró la Comisión Especial Disciplinaria con el procurador delegado para la Moralidad Pública y el director nacional de Investigaciones Especiales.
10. La Comisión Especial Disciplinaria, nuevamente conformada, profirió la decisión de primera instancia el día 4 de diciembre de 2006, decisión que aquí es objeto de demanda. En la providencia se absolvió a la demandante por unos cargos, pero fue declarada responsable por el cargo número cuatro del pliego de cargos, por lo cual le impuso como sanción la destitución e inhabilidad por diez (10) años.
11. El día 7 de mayo de 2007, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación profirió la decisión de segunda instancia, mediante la cual confirmó la responsabilidad disciplinaria de la demandante, así como la sanción impuesta.



12. Conforme al escrito de adición de demanda³, la Procuraduría Regional del Valle del Cauca remitió un escrito a la Fiscalía General de la Nación para que se investigara a varias personas, entre ellas a la demandante, por los delitos de peculado por apropiación y celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales.
13. La Unidad Nacional Especializada de Delitos contra la Administración Pública - Fiscalía Octava Delegada de Bogotá profirió el 31 de octubre de 2006 Resolución de preclusión de la investigación penal por los delitos de peculado por apropiación y celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, a favor de unos funcionarios del municipio de Cali, entre ellos, María del Rosario Peña Saavedra.
14. La Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá resolvió el recurso de apelación presentado por la Procuraduría Regional del Valle del Cauca en contra de la Resolución de preclusión proferida el día 31 de octubre de 2006 por la Unidad Nacional Especializada de Delitos contra la Administración Pública- Fiscalía Octava Delegada de Bogotá, mediante la cual resolvió confirmar lo resuelto por el fiscal de primera instancia, por atipicidad de la conducta.
15. La Procuraduría General de la Nación, mediante decisión de primera instancia del 14 de diciembre de 2006, ordenó compulsar copias a la Procuraduría Provincial de Cali, con el fin de que se adelantara la actuación correspondiente contra algunos funcionarios del municipio de Cali. Para la Procuraduría, las anteriores personas podrían resultar responsables por los hechos investigados y por los cuales se le sancionó a la doctora María del Rosario Peña Saavedra.
16. La Procuraduría Provincial de Cali decidió exonerar de responsabilidad disciplinaria a los aludidos funcionarios, decisión que en criterio de la demandante debe ser estudiada por esta Sala, ya que los sujetos investigados y exonerados de sanción por parte del ente de control hicieron parte del proceso de adjudicación del contrato n.º DAHM-GAA-015-05 de febrero de 2005, suscrito entre el municipio de Santiago de Cali y la UNION TEMPORAL SI CALI, y en la medida en que aquellos fueron investigados por los mismos hechos por los que fue sancionada la demandante.

Normas violadas y concepto de violación

Para la demandante, los actos administrativos sancionatorios acusados desconocieron las siguientes normas:

- Constitución Política de 1991, preámbulo y artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 40, 53, 95, numeral 1, 209 y 287, numeral 1.

³ Folios 474 a 480 del expediente.



- Ley 734 de 2002, artículos 4, 6, 15, 17, 21, 34 (numerales 1 y 2), 35, 48 (numeral 31), 44 (numera 1), 73, 84, 85, 101, 113, 114, 119, 128, 132, 140, 143, 146 y 147.
- Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).
- Ley 80 de 1993, artículos 23 y 24, numeral 5, literales a), b) y d), de la Ley 80 de 1993.

La formulación del concepto de violación hecho por la parte actora se expresó a partir de los siguientes cargos:

1. Violación de normas superiores
2. Falsa motivación
3. Violación de los derechos de audiencia y defensa
4. Desviación de poder

1. Violación de normas superiores

En cuanto a la violación de normas superiores, se invocaron los siguientes; (1.1) Violación de la cosa juzgada; (1.2) Violación del derecho a la igualdad (imparcialidad por impedimento); (1.3) Violación al debido proceso en cuanto a la doble instancia; (1.4) Violación al debido proceso en cuanto a la contradicción; y (1.5) Violación de la filosofía humanista de la Constitución.⁴

1.1 Violación de la cosa juzgada.

La demandante señaló que la cosa juzgada se desconoció de dos formas diferentes: por la tipicidad de la falta y por el dolo.

Frente a lo primero y luego de transcribir algunas normas constitucionales y legales, indicó que el debido proceso se violó, porque si ya un funcionario judicial de la República «había determinado que un proceso contractual era atípico», es decir, que no violó la Ley 80 de 1993, no podía la Procuraduría decir justamente lo contrario, para imponer, a renglón seguido, una sanción de destitución. Para ello, destacó la resolución de preclusión de investigación que adoptó la Fiscalía General de la Nación, según su criterio, por la misma situación fáctica. Con base en ello precisó que el ente acusador determinó que el hecho de haberse suscrito adendos a los términos de referencia era algo completamente regular y legal, y que los efectuados en la licitación tramitada por la demandante obedecieron a los criterios de planeación, selección objetiva y publicidad.

⁴ En el texto de la demanda se enunció el numeral «1.3 Violación al debido proceso en cuanto a la defensa», pero este no fue desarrollado, sin perjuicio de que otros argumentos relacionados con dicho tema fueron incluidos en otros numerales.



Igualmente, afirmó que no podía desconocerse que, frente «a unos mismos hechos, unas mismas imputaciones y unas mismas conductas y faltas endilgadas», las decisiones a adoptar debían obedecer al mismo razonamiento y a la misma lógica. Expuso que aunque no hubiese identidad de naturaleza procesal, sí había identidad de objeto, y que tanto en el estatuto penal como en el disciplinario «el bien jurídico tutelado era la Administración Pública», ello en atención a lo establecido en el tipo penal de «Contrato sin cumplimiento de los Requisitos Legales» y al contenido normativo de la falta consagrada en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

En tal forma, manifestó que en el proceso disciplinario que se le adelantó a la demandante se le sancionó por haber suscrito el Adendo 01, modificadorio de los términos de referencia, por considerarlo presuntamente atentatorio de los principios de publicidad y transparencia. No obstante, explicó que eso era contrario a la verdad, pues la decisión penal mostraba que se atendieron todos los principios de la contratación estatal. Por ende, si el juez penal decía que el hecho no violaba la ley de contratación, esa decisión tenía efectos *erga omnes*, pues no podía en ningún momento resultar, por una parte, que la conducta en penal era atípica, y en cambio sí, contraria al mismo régimen contractual, calificada como típica para efectos disciplinarios.

En cuanto al dolo, el señor apoderado dijo que también se violó el debido proceso, porque la Fiscalía había resuelto un proceso contractual que «carecía de dolo». En ese sentido, el señor apoderado aseveró que ninguna conducta humana, en un solo sentido, podía tener doble voluntad intrínseca y que, además, «el juez natural del dolo es el juez penal». Agregó que la Procuraduría obró en contravía de una providencia judicial de carácter penal que ya había fijado el sentido de la conducta, con las mismas pruebas del proceso disciplinario, ya que el allí denunciante fue el mismo Ministerio Público que adelantaba la investigación disciplinaria, y frente a un tipo penal de igual contenido estructural al del régimen de faltas disciplinarias. Por tanto, la valoración probatoria seguida por el ente disciplinario dentro del proceso fue incorrecta, insuficiente e inapropiada, pues de lo contrario debió tener igual sentido a la decisión obtenida en el proceso penal.

Por su parte, luego de efectuar algunas reflexiones acerca de la lógica, destacó que la independencia y autonomía de las investigaciones penales y disciplinarias no podía llegar al extremo de afirmar que una conducta «no era y sí era dolosa al mismo tiempo». Para ello, elaboró el siguiente cuadro comparativo de las consideraciones que se hicieron la jurisdicción penal como en las decisiones disciplinarias:



FALLO EN MATERIA PENAL	FALLO EN MATERIA DISCIPLINARIA
"Ahora bien si en gracia de discusión, abordamos el estudio del aspecto subjetivo del tipo penal, encontramos que igualmente en la conducta de los imputados no se vislumbra que hubiesen adelantado el proceso de contratación con la intención de afectar los principios que rigen la contratación estatal y por supuesto con la finalidad de afectar al bien jurídico de la administración pública , por lo que lógicamente puede inferirse que actuaron sin dolo.. , por el contrario la Delegada observa que la actuación del burgomaestre cuestionado, no tenía otra intención diferente a la de sanear las finanzas públicas de tan agobiado municipio..." (las negrillas de ambas columnas no son del texto original).	"Comportamiento con el cual incurrió sin justificación alguna en la falta gravísima descrita en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por desconocer los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y la Ley , afectando el deber funcional que le competía a la disciplinada, por lo tanto la conducta es sustancialmente ilícita en los términos del artículo 5° de la Ley 734 de 2002". "En este asunto, se reúnen a cabalidad los elementos del dolo, la voluntad, la intención y un fin determinado, la señora MARÍA DEL ROSARIO PEÑA SAAVEDRA, con pleno conocimiento de manera intencional violó la ley, hechos plenamente comprobados, pues teniendo conocimiento que por la fecha en que se adoptó y la hora en que se publicó el Adendo 1, la regla en él prevista resultaba injusta, no objetiva, y de imposible cumplimiento para algunos de los posibles oferentes , y que por tanto no hubo una verdadera publicidad..." (las negrillas de ambas columnas no son del texto original).
Redacción y textos resaltados originales, tomados del escrito de la demanda (fl. 37 del expediente).	

Por esta razón, consideró que el cargo de la violación directa de las normas que regulaban la cosa juzgada, en lo concerniente al dolo, quedaba demostrado, razón por la cual los actos demandados debían ser anulados.

1.2 Violación al debido proceso en cuanto a la imparcialidad por impedimento.

El señor apoderado de la demandante manifestó que la procuradora regional del Valle del Cauca (primera autoridad que conoció del proceso disciplinario) debió declararse impedida, pero que no lo hizo, con lo cual comprometió el principio de neutralidad, imparcialidad y transparencia que debe tener un proceso disciplinario. Ello por cuanto dicha funcionaria (i) presentó la denuncia penal por los mismos hechos investigados en el proceso disciplinario; (ii) apeló la resolución de la Fiscalía de preclusión de primera instancia; y (iii) decidió el proceso disciplinario. De esa manera, argumentó que la funcionaria ya había emitido su opinión o concepto sobre el particular y que fue contraparte en el proceso penal.



1.3 Violación al debido proceso en cuanto a la doble instancia.

La demandante señaló que el entonces apoderado de la señora María del Rosario Peña Saavedra dentro del procedimiento disciplinario presentó algunas nulidades, las cuales fueron resueltas en el fallo de segunda instancia. Agregó que sobre este acto «carecían recursos», por ser la decisión final, por lo cual, contra la que negó las nulidades, no podía ejercerse el recurso de reposición. Para ello, consideró que era un principio universal del derecho procesal, que el funcionario fallador debía resolver todas las peticiones que se encontraran pendientes, antes de proferir la providencia de que se trate, pues solamente, de esa manera, se garantizaría el derecho a la defensa, a través de los medios de impugnación con que contaba el sujeto pasivo de la acción, según el caso.

1.4 Violación al debido proceso en cuanto a la contradicción.

El señor apoderado de la demandante refirió que otra arista del «núcleo duro» del derecho al debido proceso estaba en la posibilidad de controvertir y pedir pruebas y de intervenir en su práctica. No obstante, dijo que estos derechos fueron conculcados mediante los actos demandados.

Al respecto, destacó que las partes tienen el derecho a ser informadas oportunamente de las pruebas que habrán de practicarse para poder participar en ellas con el propósito de ejercer en debida forma el derecho de defensa, en especial el derecho a estar presente en su práctica. Por tanto, el no cumplimiento de este principio significaba practicar pruebas a espaldas de las partes, lo que generaba la nulidad de estas.

Así las cosas, el señor apoderado enumeró algunas las diligencias y pruebas que se practicaron sin la presencia de la demandante o la de su apoderado, por lo cual debían considerarse como inexistentes. Por ende, argumentó que las decisiones administrativas demandadas se profirieron fundándose en pruebas inexistentes y producidas en forma ilegal, por lo cual se encontraban viciadas de nulidad por desconocimiento directo de normas superiores de rango constitucional y otras legales y procedimentales.

1.5 Violación de la «filosofía humanista de la Constitución».

El señor apoderado sustentó que la Constitución Política había sido desconocida de manera indirecta conforme a lo siguiente:

- Se violó el preámbulo porque no se respetaron los valores del trabajo, ni de la justicia, ni de la igualdad.



- Se violó el artículo 1.º porque la dignidad humana y el carácter social del Estado se vieron vulnerados por la actitud persecutoria del Ministerio Público, lo que recordaba épocas en que el Estado perseguía a los ciudadanos.
- Se violentó el artículo 2.º porque la efectividad de los derechos humanos y de un orden justo fueron sacrificados en el altar de la política persecutoria, investigativa y draconiana del Estado.
- Se violó el artículo 6.º porque se desconoció el principio de legalidad, ya que el CDU se interpretó amañada y sesgadamente.
- Se violó el artículo 13 en la medida en que, frente a casos de contratos similares celebrados en otros municipios de Colombia, la Procuraduría resolvió con absolución de los cargos.
- Se violó el artículo 25 toda vez que la demandante quedó desprovista de su trabajo, con todas las consecuencias económicas y morales que ello conlleva.
- Se violó el artículo 29 porque el debido proceso no fue respetado.
- Se violó el artículo 40, numerales 1.º y 7.º, porque, entre otros aspectos, no se le permitió «acceder a un cargo público a la demandante», como consecuencia de la destitución.
- Se violó el artículo 53 porque la demandante se quedó sin trabajo y, además, sin igualdad de oportunidades.
- Se violó el artículo 95, numeral 1.º, porque la Procuraduría General de la Nación abusó de sus derechos a investigar, ya que montó una Comisión Especial Disciplinaria, «falló en un tiempo récord», «se apartó de la Fiscalía», «no dio un trato igual al que brindó en otras investigaciones suyas», «notificó a las malas» y «no se declaró impedida». En síntesis, «toda una persecución abusiva».
- Se violó el artículo 209 porque la función administrativa no se colocó al servicio de los intereses generales, sino particulares de la propia Procuraduría General de la Nación y, además, el Estado no funcionó con igualdad ni imparcialidad.
- Se violó el artículo 287, numeral 1.º, porque la ciudad de Cali no se gobernó, para la época de la sanción disciplinaria, sino por las autoridades excepcionales y transitorias que el Ministerio Público provocó designar.



2. Falsa motivación.

Luego de efectuar una referencia al concepto de falsa motivación, el señor apoderado manifestó que la demandante actuó conforme a los requerimientos de la contratación estatal, en lo concerniente a la etapa precontractual, especialmente en el tema de la suscripción del adendo 01, y en lo relativo a la celebración y ejecución del contrato, por lo cual los fundamentos fácticos y jurídicos invocados por la Procuraduría General de la Nación se tornaban contrarios a la veracidad, con lo que se generaba el vicio de nulidad denominado falsa motivación.

Para ello agregó que con el adendo n.º 1 del 11 de octubre de 2004, modificatorio de los términos de referencia, no se desconocieron los principios, reglas y fines que rigen la planeación y la etapa precontractual, pues con ello se buscó una mayor concurrencia al proceso de selección, toda vez que se mantuvo intacta la primera opción de quienes debían asistir a la visita obligatoria de recorrido e información fundamental, y se adicionó otra que en ningún momento excluyó a posibles proponentes, sino que, por el contrario, se amplió el espectro de participación en aras de garantizar el principio de selección objetiva y la propuesta más favorable para la entidad, buscando una mayor concurrencia al proceso. Por tanto, esa modificación no era una regla injusta, no objetiva y de imposible cumplimiento, como lo había sostenido el Ministerio Público.

De manera más concreta, explicó que lo que se hizo fue agregar una regulación para los consorcios y uniones temporales que se constituyeran con posterioridad a la visita referida, acerca de que deberían asistir todos los representantes legales de las personas jurídicas que se pretendieran unir por medio de tales figuras, lo que en ningún momento impidió la participación de interesados que desde atrás tenían la intención de participar o que eran consorcios o uniones temporales ya constituidas. Por el contrario, dijo que se registró una concurrencia masiva en la visita señalada del 12 de octubre de 2004.

Por ende, aclaró que la censura efectuada en el proceso disciplinario, relacionada con que el adendo n.º 1 no garantizó el principio de publicidad, era falsa, como quiera que la inserción y publicación de dicha modificación a través de la página web de la entidad se produjo el día anterior a la vista y en el día en el cual tuvo desarrollo la audiencia de aclaraciones de los términos de referencia. Por tal motivo, de la audiencia surgió la necesidad de adecuar y modificar los términos de referencia en cuanto a la visita obligatoria, todo ello en aras de satisfacer los principios de igualdad de oportunidades, selección objetiva, imparcialidad y transparencia que regían el proceso.

Agregó que si lo anterior no era cierto, habría que inferir que la Fiscalía faltó a la verdad, incurriendo en un hecho punible. Por tanto, destacó «o que la Fiscalía tenía razón, y el contrato no violó la Ley 80 de 1993; o que la Procuraduría sí tenía la razón, y el contrato sí violó la Ley 80 de 1993». De esa manera, no podía quedar impune que la Procuraduría sostuviera tácitamente que la Fiscalía General de la Nación es una institución mentirosa.



3. Violación al derecho de defensa y audiencia.

El apoderado de la demandante aclaró que este cargo era redundante, pues se confundía con la violación de las normas superiores, como quiera que el debido proceso era norma constitucional. No obstante, a partir de la reiteración de lo dicho en el primer cargo, sostuvo que este adquiría el carácter de autónomo, por lo cual también debía prosperar.

4. Desviación de poder.

Después de efectuar algunas reflexiones sobre la desviación del poder, el señor apoderado de la demandante argumentó que a la Procuraduría General de la Nación le correspondía demostrar que con la forma en como fue dispuesta la visita obligatoria por parte de la entidad pública se había lastimado el proceso de selección objetiva, el principio de igualdad de oportunidades y el principio de transparencia, en lo que concierne a los posibles oferentes que pudieren resultar afectados. Añadió que ello no se había demostrado en la investigación y que resultaba evidente que la modificación introducida al pliego en ningún momento desconoció los principios que rigen la etapa precontractual, sino que buscó una mayor concurrencia precisamente en la realización de tales principios.

En consecuencia, no era posible que la Procuraduría General de la Nación diera por configurada la falta, y mucho menos que la calificara a título de dolo, pues no se estructuraron los elementos para proceder a tal decisión. Por el contrario, las pruebas obrantes en el proceso demostraban que los resultados obtenidos en la gestión de administración tributaria, luego de la celebración del contrato entre el Municipio de Cali y la Unión Temporal SI CALI, fueron totalmente superiores y mejores en relación a la situación que se presentaba antes de la celebración del mencionado contrato, lo que denotaba que con en el proceso licitatorio y con el contrato sí se cumplieron los presupuestos exigidos legalmente para la planeación, como bien lo entendió y definió la Fiscalía General de la Nación.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Pronunciamiento frente a las pretensiones de la demanda

El apoderado de la Procuraduría se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó que los actos administrativos impugnados fueron proferidos en el ejercicio de las atribuciones legales y con arreglo a los preceptos constitucionales⁵.

⁵ Folios 367 – 375 del expediente.



En el mismo sentido, el apoderado del municipio de Santiago de Cali se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Adicionalmente agregó que únicamente se demandaron las decisiones sancionatorias de la Procuraduría General de la Nación, más no el acto de ejecución de la sanción disciplinaria proferido por el municipio de Cali, el cual ni siquiera había sido mencionado, por lo que dicho acto administrativo gozaba de presunción de legalidad⁶.

Excepciones

El apoderado de la Procuraduría General de la Nación presentó las excepciones de «improcedencia de la acción incoada», «cosa juzgada disciplinaria» y «legalidad de los actos administrativos».

A su turno, el apoderado del municipio de Santiago de Cali esgrimió como excepciones una que individualizó como «innominada», fundamentada en «todos los hechos exceptivos que demostrados en el proceso le fueran favorables a la parte demandada». Así mismo, adujo como excepción la «falta de legitimación de la causa por pasiva».

Pronunciamiento frente a los hechos de la demanda

El apoderado de la Procuraduría dio por ciertos los hechos relacionados con el trámite del proceso disciplinario mediante el cual se sancionó disciplinariamente a la señora María del Rosario Peña Saavedra y se opuso a aquellos en los que la demandante cuestionó la legalidad del proceso disciplinario y la declaratoria de responsabilidad.

Por su parte, el apoderado del municipio de Santiago de Cali afirmó que únicamente podía dar como cierto el hecho relacionado con la vinculación de la demandante con la Alcaldía de Cali, por cuanto los demás eran un asunto que le concernía estrictamente a la Procuraduría General de la Nación.

Pronunciamiento frente a las causales de nulidad que fundamentan la demanda.

El apoderado de la Procuraduría General de la Nación presentó los argumentos que se sintetizan a continuación:

- A la disciplinada se le notificaron las diferentes providencias así como a su defensor, por lo cual se le garantizó el derecho de contradicción y la posibilidad de interponer los recursos de ley.

⁶ Folios 492 – 502, *ibidem*.



- Los argumentos fácticos y probatorios fueron suficientemente analizados por los actos administrativos sancionatorios de primera y segunda instancia en la Procuraduría General de la Nación, de lo cual puede concluirse que sí existieron motivos legales, fácticos y probatorios que respaldan la decisión sancionatoria.
- Los actos acusados no están viciados por algunas de las causales contenidas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984)⁷. Por el contrario, la demandante pretende revivir un debate relacionado con la valoración de las pruebas y la adecuación de las conductas, desconociéndose que el control de legalidad no puede convertirse en una tercera instancia.
- La investigación disciplinaria se adelantó correctamente, para lo cual debe tenerse en cuenta la autonomía del régimen disciplinario y las diferencias con la responsabilidad penal.

Entre tanto, el apoderado del municipio de Santiago de Cali destacó, de manera principal, la autonomía de la Procuraduría General de la Nación en el ejercicio de la acción disciplinaria. En ese sentido, en lo que corresponde al municipio de Cali, este únicamente debía atacar lo decidido y ordenado por el organismo de control, por lo cual su intervención se limitó a ejecutar la sanción.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante

En sus alegatos de conclusión, el apoderado de la señora María del Rosario Peña Saavedra reiteró los argumentos presentados en la demanda⁸. De forma complementaria, resaltó que si la Procuraduría General de la Nación hubiese tenido en cuenta la providencia proferida por la Fiscalía General de la Nación su decisión habría sido diferente.

Parte demandada

La parte demandada guardó silencio⁹.

⁷ «Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió». Inciso segundo del artículo 84 del Decreto 01 de 1984, subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989.

⁸ Folios 568-583, *ibidem*.

⁹ Folio 594, *ibidem*.



V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda¹⁰. Las razones de su posición se resumen a continuación:

- El juicio de adecuación típica fue correcto. Para ello, sustentó de forma principal que las pruebas mostraron que el adendo n.º 1 no fue debidamente publicitado, pues este fue insertado en la página web de la entidad el 11 de octubre de 2004, fuera del horario de trabajo (7:12:58 p. m.), cuando la visita sobre la cual versaba la modificación tendría ocurrencia a las 9.00 del día siguiente. Sostuvo que existía un amplio margen de posibilidad de que no se enteraran de su contenido los interesados determinados o indeterminados, entendiendo por los primeros quienes ya hubieren adquirido los términos de referencia y por lo segundos quienes no lo habían hecho.
- Relacionado con lo anterior, destacó que el adendo no fue comunicado a los interesados, pese a haberse consignado así en la parte inicial de dicho documento. Esta circunstancia fue corroborada con la comunicación del 29 de octubre de 2004, que dirigieron al señor alcalde los representantes legales de unas empresas que se quejaron del trámite de la licitación y que se abstuvieron de participar en ella, porque se les impidió la libre concurrencia, la publicidad, la transparencia, la contradicción y la igualdad que deben observarse con rigor en todos los procesos de selección de contratistas.
- En cuanto a la tesis de la demandante, relacionada con que no hubo afectación al servicio, indicó que ello no era cierto, pues algunos de los participantes se quejaron ante el alcalde del municipio de Cali por la falta de publicidad de las decisiones sobre las modificaciones a los términos de referencia. Además, el procedimiento de publicación del adendo no era en la página web, sino que debía comunicarse al correo electrónico o a la dirección de los oferentes. Por lo tanto, la demandante tomó decisiones que si bien estaban dentro de sus facultades lo hizo de un momento a otro, sin comunicarlo en debida forma a los interesados y a terceros.
- La ilicitud sustancial fue acreditada de forma correcta, pues se desconoció el principio de transparencia, en la medida en que como servidora pública la demandante estaba en la obligación de buscar el cumplimiento de los fines de la contratación y debía permitir una participación plural de oferentes, para lo cual tenía que acudir a los medios legales para publicitar con antelación las decisiones de la administración.
- Luego de efectuar algunas consideraciones entre el derecho penal y la acción disciplinaria, explicó que la conducta que fue investigada resultó ser irregular, a la

¹⁰ Folios 585 – 593, *ibidem*.



luz del buen servicio y la buena marcha de la administración y de la transparencia de la contratación. Por ello, pudo no haberse configurado la responsabilidad penal, pero sí la disciplinaria. De esa manera, la absolución en materia penal no era indicativa de que la autoridad disciplinaria haya incurrido en falsa motivación o desviación de poder, pues lo que ocurría era que el juez penal valoró una prueba respecto del tipo penal, lo cual era distinto en el proceso disciplinario.

- No hubo violación del debido proceso, aspecto que fue explicado de forma suficiente en los actos administrativos demandados, en especial, porque lo alegado por la demandante había ocurrido en la indagación preliminar, y en dicha etapa la señora María del Rosario Peña Saavedra no había sido vinculada a la actuación. No obstante, en el transcurso del proceso la demandante conoció las pruebas y ejerció su derecho de defensa y contradicción.
- La sanción disciplinaria fue impuesta de forma correcta, para lo cual se observaron los criterios de proporcionalidad y aquellos indicados en la ley.

VI. CONSIDERACIONES

1. BREVE RECUENTO DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

Los cargos y la sanción disciplinaria

En la investigación que adelantó la Comisión Especial Disciplinaria conformada por el procurador general de la Nación se le formularon varios cargos a la demandante, de los cuales fue sancionada por uno solo. En el siguiente cuadro se resume la concordancia entre el pliego de cargos y el acto administrativo sancionatorio respecto de ese solo cargo:

PLIEGO DE CARGOS DEL 14 DE MARZO DE 2006¹¹	ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DEL 4 DE DICIEMBRE DE 2006¹² CONFIRMADO EL 7 DE MAYO DE 2007¹³
Cargo cuarto: «María del Rosario Peña Saavedra, en su condición de directora del departamento administrativo de hacienda y catastro de ese municipio, suscribió el 11 de octubre de 2004 el adendo número 01 de la licitación pública n.º DAH-001-04, que se publicó	Cargo cuarto: Se confirma el cargo formulado.

¹¹ Tomado de los folios 79 y 80 del cuaderno principal n.º 1.

¹² Folios 75-215 del cuaderno principal n.º 1.

¹³ Folios 1 a 189 del cuaderno principal n.º 2.



607
224

Radicado: 11001-03-25-000-2011-00337-00 (1285-2011)
Demandante: María del Rosario Peña Saavedra y otros

ese día a las 7:12:58 p. m., en la página web de la entidad territorial, por el cual se modificó el numeral 1.4.3 de los términos de referencia, estableciendo que, tratándose de uniones temporales o consorcios que se conformaran con posterioridad a la visita que debía practicarse el 12 de octubre del mismo año, a las 9.00 a. m., sería obligatoria la asistencia a esta última de todos los que los llegaren a conformar, y que, en el evento de que uno de sus integrantes fuere una persona jurídica, sería obligatoria la asistencia del representante legal de la misma, o de su apoderado especial acreditado por escrito. Teniendo en cuenta en que se adoptó dicho adendo y la hora en que se publicó, se concluye que la regla en él prevista no resultaba justa, ni objetiva, y podía resultar de imposible cumplimiento para algunos de los posibles oferentes.».	
Falta imputada: Falta gravísima de acuerdo con el numeral 31 del artículo 48 del CDU¹⁴.	Faltas imputadas: Se confirmó la falta que se imputó en el auto de cargos.
Culpabilidad: La falta fue cometida a título de dolo.	Culpabilidad: La falta fue cometida a título de dolo.
Decisión sancionatoria: «SEXTO: DECLÁRESE probado el cargo cuarto formulado contra MARÍA DEL ROSARIO PEÑA SAAVEDRA, [...] en su condición de directora del departamento administrativo de hacienda y catastro del municipio de Santiago de Cali, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo. SÉPTIMO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y condenas, de conformidad con lo expresado en la parte considerativa de esta providencia, SANCIÓNSE [...] a MARÍA DEL ROSARIO PEÑA SAAVEDRA [...], en su condición de directora del departamento administrativo de hacienda y catastro del municipio, con DESTITUCIÓN DEL CARGO DE DIRECTORA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE HACIENDA Y CATASTRO DEL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI E INHABILIDAD GENERAL POR EL TÉRMINO DE DIEZ (10) AÑOS».	

¹⁴ CDU, art. 48-31. «FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes: [...] 31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.». Aparte subrayado declaro exequible por la Corte Constitucional, en el entendido de que la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios. Corte Constitucional, sentencia C-818 de 2005.



2. CUESTIONES PREVIAS

Control judicial integral respecto de las decisiones administrativas sancionatorias

Con la sentencia de unificación proferida el 9 de agosto de 2016 por la Sala Plena del Consejo de Estado¹⁵, se dio inicio a una nueva línea interpretativa en torno al control que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre los actos administrativos de naturaleza disciplinaria.

Al respecto, señaló la providencia que, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, ese control es de carácter integral por cuanto exige una revisión legal y constitucional de las actuaciones surtidas ante los titulares de la acción disciplinaria, sin que, para tales efectos, el juez se encuentre sometido a alguna limitante que restrinja su competencia.

En dicha oportunidad, la corporación fue enfática en explicar que, siendo la función disciplinaria una manifestación de la potestad pública sancionatoria que busca mantener la actividad estatal sujeta a los límites legales y constitucionales, no es dable restringir las facultades de que goza la jurisdicción en la realización de dicho estudio.

Esta integralidad se proyecta en múltiples aspectos que son destacados en la providencia en los siguientes términos:

[...] 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. 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 [...]

Así pues, el control judicial que ha de efectuarse en el presente caso tiene como hoja de ruta los parámetros dispuestos en aquella decisión judicial, lo que desde ya implica descartar los argumentos con los que la entidad demandada pretende desconocer las amplísimas facultades de que goza el juez para efectuar una revisión seria y profunda de todas las actuaciones y etapas surtidas en el proceso disciplinario.

¹⁵ C.E., S. Plena, Sent. 110010325000201100316 00 (2011-1210), ago. 9/2016.



3. ASUNTO SOMETIDO A ESTUDIO

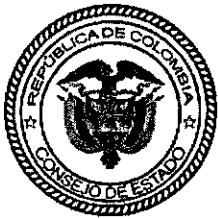
Problemas jurídicos

i. ¿Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios acusados fueron expedidos con violación de normas superiores? La respuesta a esta cuestión dependerá de la solución de los siguientes subproblemas:

- ¿Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios desconocieron el principio de la cosa juzgada?
- ¿En el proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación, se desconoció el principio de imparcialidad por cuanto alguna de las autoridades que intervino en el trámite de primera y de segunda instancia debió declararse impedida para conocer del asunto?
- ¿Las decisiones administrativas adoptadas por la Procuraduría General de la Nación desconocieron el derecho fundamental a la igualdad?
- ¿Los actos administrativos demandados desconocieron los derechos fundamentales al trabajo y a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político?
- ¿Las nulidades que se presentaron en el recurso de apelación contra el acto administrativo sancionatorio de primera instancia debieron ser resueltas en una decisión diferente para que dicho aspecto pudiera ser cobijado por el principio de la doble instancia?
- ¿Se presentó alguna vulneración al debido proceso por cuanto algunas decisiones y práctica de pruebas no le fueron notificadas y/o comunicadas a la demandante?

ii. ¿Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios acusados fueron expedidos con falsa motivación? La respuesta a esta cuestión dependerá de la solución de los siguientes subproblemas:

- ¿Se adecuó de forma correcta la conducta de la demandante a la falta disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002?
- ¿La decisión de preclusión de investigación a favor de la señora María del Rosario Peña Saavedra, proferida por la Fiscalía General de la Nación, demostraba la atipicidad de la conducta respecto de la falta disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002?



iii. ¿Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios acusados fueron expedidos con desviación de poder?

A partir de lo expuesto, se resolverán los problemas jurídicos planteados para tomar la decisión que en derecho corresponda en esta sentencia.

3.1. Primer problema jurídico

¿Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios acusados fueron expedidos con violación de normas superiores? La respuesta a esta cuestión dependerá de la solución de los siguientes subproblemas:

3.1.1 Primer subproblema

¿Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios desconocieron el principio de la cosa juzgada?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios no desconocieron el principio de la cosa juzgada, por cuanto en el derecho disciplinario no existe prejudicialidad penal y porque ambas acciones tienen finalidades diferentes y son autónomas.

Para desarrollar este subproblema se hará una exposición de los siguientes temas:

- La cosa juzgada en el derecho disciplinario (3.1.1.1)
- Diferencias entre la acción penal y disciplinaria (3.1.1.2).
- Caso concreto (3.1.1.3).

3.1.1.1. La cosa juzgada en el derecho disciplinario.

A pesar de que la Ley 734 de 2002 no refirió de manera expresa la figura de la «cosa juzgada», sí desarrolló un principio denominado «ejecutoriedad». En efecto, el artículo 11 de dicha codificación dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 11. EJECUTORIEDAD. El destinatario de la ley disciplinaria **cuya situación se haya decidido mediante fallo ejecutoriado o decisión que tenga la misma fuerza vinculante**, proferidos por autoridad competente, no será sometido a **nueva investigación y juzgamiento disciplinarios** por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta. [Negrillas fuera de texto].

[...]



En dicha legislación, la expresión «fallo ejecutoriado» equivale al acto administrativo sancionatorio que resuelve el fondo del asunto, el cual puede ser la decisión de primera o de segunda instancia, según si se interpusieron o no los recursos. Esta afirmación es coherente con otra norma que consagra uno de los presupuestos procesales de la actuación disciplinaria, en la cual se determina cuándo una decisión ha quedado ejecutoriada:

ARTÍCULO 119. EJECUTORIA DE LAS DECISIONES. Las decisiones disciplinarias contra las que proceden recursos quedarán en firme tres días después de la última notificación. Las que se dicten en audiencia o diligencia, al finalizar ésta o la sesión donde se haya tomado la decisión, si no fueren impugnadas.

Las decisiones que resuelvan los recursos de apelación y queja, así como aquellas contra las cuales no procede recurso alguno, quedarán en firme el día que sean suscritas por el funcionario competente.

Por su parte, las decisiones que «tengan la misma fuerza vinculante» corresponden a los autos de terminación del proceso, que en la mencionada reglamentación se circunscribe a unos eventos taxativos (artículo 73) y a la inexistencia de prueba suficiente para formular cargos disciplinarios (artículo 156, inciso 3.º):

ARTÍCULO 73. TERMINACIÓN DEL PROCESO DISCIPLINARIO. En cualquier etapa de la actuación disciplinaria en que aparezca plenamente demostrado que el hecho atribuido no existió, que la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria, que el investigado no la cometió, que existe una causal de exclusión de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse, el funcionario del conocimiento, mediante decisión motivada, así lo declarará y **ordenará el archivo definitivo de las diligencias.** [Negrillas fuera de texto].

[...]

ARTÍCULO 156. TÉRMINO DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA. [...]

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

Así las cosas, sea el acto administrativo sancionatorio de primera o de única instancia o la decisión de terminación del proceso que produce el archivo definitivo, para poder pregonar el principio de ejecutoriedad o la figura procesal de la cosa juzgada, se requiere que la decisión correspondiente se haya adoptado en un proceso disciplinario, pues el principio aludido establece que el sujeto «no será sometido a una nueva investigación y juzgamiento **disciplinarios**», por lo cual cualquier otra determinación de naturaleza diferente hace inoperante la mencionada garantía.



Lo anterior tiene que ver con los requisitos sustanciales para darle el valor de cosa juzgada, como son (1) Identidad de objeto, (2) Identidad de causa *petendi* y (3) Identidad de partes.

La Corte Constitucional ha explicado dichos requisitos de la siguiente manera¹⁶:

Para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere:

- **Identidad de objeto**, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.
- **Identidad de causa *petendi*** (*eadem causa petendi*), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.
- **Identidad de partes**, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.

La Corte Suprema de Justicia también se ha referido al tema, para lo cual ha relacionado la figura de la cosa juzgada con otro principio fundamental como lo es el de *non bis in idem*. Sobre el particular, la alta corporación ha dicho lo siguiente:

También se ha ocupado esta Corporación de resaltar las características esenciales de la garantía fundamental del *non bis in idem*. Así, en la sentencia de casación del 26 de marzo de 2007, radicado 25629, sostuvo lo siguiente:

Esta genérica expresión latina (*Non bis in idem*) de una institución seguramente de origen griego, se traduce como no dos veces sobre lo mismo o no dos o más veces por la misma cosa.

Comprende varias hipótesis.

Una. Nadie puede ser investigado o perseguido dos o más veces por el mismo hecho, por un mismo o por diferentes funcionarios. Se le suele decir principio de prohibición de doble o múltiple incriminación.

Dos. De una misma circunstancia no se pueden extractar dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado. Se le conoce como prohibición de la doble o múltiple valoración.

Tres. Ejecutoriada una sentencia dictada respecto de una persona, ésta no puede ser juzgada de nuevo por el mismo hecho que dio lugar al primer fallo. Es, en estricto sentido, el principio de cosa juzgada.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-774 de 2001.



610
277

Radicado: 11001-03-25-000-2011-00337-00 (1285-2011)
Demandante: María del Rosario Peña Saavedra y otros

Cuatro. Impuesta a una persona la sanción que le corresponda por la comisión de una conducta delictiva, después no se le puede someter a pena por ese mismo comportamiento. Es el principio de prohibición de doble o múltiple punición.

Cinco. Nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente por un hecho que en estricto sentido es único. Se le denomina *non bis in ídem material*."

Posteriormente, en decisión CSJ SP, 24 de noviembre de 2010, Rad. 34.482, se afirmó:

El principio *non bis in ídem* precisa de tres presupuestos de identidad: En el **sujeto** (*eadem personae*), el **objeto** (*eadem res*) y la **causa** (*eadem causa*)¹⁷.

El primero exige que el mismo individuo sea incriminado en dos o más actuaciones; el segundo, la identidad de objeto, requiere que el *factum* motivo de imputación sea igual, aún si el *nomen iuris* es diverso; y el tercero, **la identidad en la causa, postula que la génesis de los dos o más diligenciamientos sea la misma**".

[Negrillas fuera de texto].

La Procuraduría General de la Nación también ha acogido dicho criterio¹⁸:

La jurisprudencia y la doctrina han señalado que para que opere la cosa juzgada se requiere que haya una **identidad de objeto, causa y partes**. La identidad en el objeto se refiere a que los hechos, pretensiones y sentencia sean los mismos; la identidad de **causa**, a los motivos que se tienen para pedir al Estado determinada sentencia, y la identidad de partes, a las personas que actuaron dentro del proceso¹⁹. Así mismo, en sentencia del 2 de noviembre de 1990 de la Corte Suprema de Justicia se anotó: «La identidad en la persona (lo cual) significa que el sujeto incriminado (sea) la misma persona física en dos procesos de la misma índole. La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza. **La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos**».

En el presente caso tenemos, que si bien se presenta una identidad del sujeto, puesto que el disciplinado es la misma persona, esto es el TC. [...], en su calidad de Jefe de Seguridad Interior del Área de Contrainteligencia de la DIPOL, no se configura la identidad de objeto, pues como se analizó anteriormente, los hechos investigados dentro del presente proceso fueron diferentes, mientras que la investigación aludida por el disciplinado se refirió al caso concreto del abuso de autoridad y violación de los derechos fundamentales del Patrullero Elkin Yesid Oviedo Bueno, lo que corresponde a unos hechos diferentes en espacio, tiempo

¹⁷ Sentencia del 6 de septiembre de 2007. Rad. 26591.

¹⁸ Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria. Decisión de segunda instancia del 20 de septiembre de 2012. Radicación 161 – 4703 (IUS 009-169053-2008).

¹⁹ Hernán Fabio López, Derecho Procesal Civil Colombiano, Dupre Editores, Bogotá, 2003, pág. 641 a 643.

y lugar a los investigados en este expediente. **En cuanto a la identidad de causa**, el bien jurídicamente tutelado no es el mismo, correspondiendo en materia disciplinaria al deber funcional, vulnerado en cada una de las dos conductas reprochadas al disciplinado, las cuales no tienen elementos comunes en lo que tiene que ver con la definición y determinación de una conducta prohibida por la ley. **La naturaleza de las faltas en general y las sanciones por sus particulares contenidos difieren sustancialmente, de ahí que se pueda concluir que no existe identidad de objeto y de causa, motivo por el cual no prospera el principio del non bis in idem.**

[Negrillas fuera de texto].

Por lo anterior, el principio de cosa juzgada no es procedente, si la decisión en que se fundamenta dicha figura fue proferida en un proceso de naturaleza diferente al disciplinario, por ejemplo, una decisión de carácter penal, pues no habría identidad de causa, en la medida en que los fundamentos y finalidades de una y otra jurisdicción son completamente distintos. Sostener la tesis contraria equivaldría a aceptar que en el derecho disciplinario existe una prejudicialidad de carácter penal, en donde la autoridad encargada del asunto quedaría sometida a las pruebas, valoraciones y contenidos de un área jurídica totalmente distinta.

Para corroborar esta conclusión, en el siguiente apartado, la Sala se permitirá exponer las principales diferencias entre la acción penal y disciplinaria.

3.1.1.2. Diferencias entre la acción penal y disciplinaria

Como lo ha sostenido esta Sala, en la actualidad existe un sólido consenso doctrinal²⁰ y jurisprudencial acerca de la independencia entre el derecho penal y el derecho disciplinario. En efecto, esta Sección sobre tal aspecto ha dicho lo siguiente²¹:

Las múltiples irregularidades que se denunciaron con relación a los procesos de adjudicación y contratación surtidos en la Aeronáutica Civil regional Antioquia fueron puestas en conocimiento de las diferentes autoridades competentes para que adelantaran la investigación respectiva. Esto dio pie a que, además de surtir el trámite disciplinario que hoy se revisa, se adelantara un proceso de responsabilidad fiscal ante la Contraloría General de la República y dos investigaciones penales, una en la Fiscalía 186 delegada ante los jueces penales del circuito de Bogotá y otra en la Fiscalía 29 Seccional de la Unidad Segunda de Patrimonio en Medellín.

En forma reiterada, el demandante argumentó en procura de la defensa de sus intereses que en ambas investigaciones penales se había decidido precluir la instrucción en su contra por no existir mérito para continuarla. Con base en ello,

²⁰ Ver, entre muchos otros, GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del derecho disciplinario. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (Colombia). Sexta edición. 2017.

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda – Subsección A. Sentencia del 7 de octubre de 2016. Radicado: 110010325000201100457 00 (1751-2011). Actor: Jairo Echeverri Miranda. Demandado: Procuraduría General de la Nación.



611
27/8

Radicado: 11001-03-25-000-2011-00337-00 (1285-2011)
Demandante: María del Rosario Peña Saavedra y otros

adujo que la decisión del proceso disciplinario debió haber seguido la misma suerte.

La Sala considera que las apreciaciones del demandante no son de recibo como quiera que la acción disciplinaria es completamente independiente y autónoma de la acción penal. Si bien es cierto que, por su naturaleza punitiva, el derecho disciplinario se nutre bastamente de la principalística del derecho penal, **ello no supone una relación de subordinación o dependencia en virtud de la cual la decisión del titular de la acción disciplinaria deba estar en consonancia con la que se adopte en el escenario penal.** En uno y otro caso la situación fáctica es la misma, sin embargo en cada una de estas acciones, los propósitos, las infracciones que se juzgan, [...] son diferentes. [Negrillas fuera de texto].

La Corte Constitucional también ha efectuado la descripción de las diferencias entre la acción penal y disciplinaria, para lo cual se ha referido en los siguientes términos²²:

La diferencia en cuanto a la naturaleza, principios, características y finalidad de los procesos penal y disciplinario, puede llevar a que por un mismo hecho: i) se condene penalmente y se sancione disciplinariamente a la misma persona, ii) se le condene penalmente y se le absuelva disciplinariamente, iii) se le absuelva penalmente y se le sancione disciplinariamente, o iv) se le absuelva penal y disciplinariamente.

En todas estas hipótesis se habrá tramitado tanto el proceso penal como el disciplinario, sin que haya mérito para considerar que por tal razón se ha violado el principio *non bis in idem*, pues, como se ha explicado, **se trata de juicios que atienden a razones y fines diferentes,** los cuales pueden dar lugar a decisiones similares o divergentes. [Negrillas fuera de texto].

De manera que la independencia entre una y otra acción puede dar lugar a la adopción de diferentes decisiones, al punto que, según lo expresa la misma jurisprudencia, se puede absolver penalmente y sancionar disciplinariamente. Ello, lejos de ser una contradicción, es una posibilidad razonable que dependerá de las pruebas y las valoraciones tanto jurídicas como probatorias que se hagan en una u otra jurisdicción. Agrega la Sala que incluso el error o las amplias facultades de la Fiscalía, a través de las figuras como los preacuerdos²³ o la aplicación del principio de oportunidad²⁴, son razones más que suficientes para que la autoridad disciplinaria no deba subordinarse indefectiblemente a las decisiones adoptadas en otra jurisdicción.

Ahora bien, en cuanto a la tipicidad, las diferencias son más dicentes, pues en el derecho penal el principio de legalidad es más exigente, mientras que en el derecho disciplinario se admite una mayor flexibilidad.

²² Corte Constitucional. Sentencia C-720 de 2006.

²³ Artículos 348 y ss. de la Ley 906 de 2004.

²⁴ Artículos 321 y ss., *ibidem*.

La doctrina especializada ha dicho sobre tal aspecto lo siguiente²⁵:

El objeto de regulación del Derecho Penal viene demarcado por la idea de que en un Estado de Derecho los particulares pueden hacer todo lo que no se encuentre prohibido, por lo que los tipos penales desarrollan, dentro de un marco de tipos cerrados como norma general, los comportamientos considerados como punibles. Por el contrario, los funcionarios públicos pueden hacer solo lo que se encuentra mandado y para lo cual están autorizados, de tal manera que describir lo punible tiene una tendencia al infinito, lo que implica que la técnica de tipificación debe ser abierta, pues de lo contrario los códigos serían verdaderas enciclopedias sin terminar.

[...]

De lo expuesto se puede concluir que el sistema de tipos abiertos en materia disciplinario implica la existencia de un **mayor margen de apreciación para el fallador disciplinario al efectuar la adecuación típica** de una conducta a la definición normativa de la falta que se va a sancionar.

Esto es, "las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa no tienen por qué ser descritos **con la misma minuciosidad y detalle** que se exige en materia penal, permitiendo así una **mayor flexibilidad**".²⁶ [Negrillas fuera de texto].

En cuanto a la culpabilidad disciplinaria, la demostración de la responsabilidad exige la existencia y acreditación de un elemento subjetivo de la conducta, es decir, que esta haya sido cometida a título de dolo o culpa. Ello se deriva del contenido mismo del artículo 29 de la Constitución Política al establecer «[...] toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable [...]».

De esta forma, está excluida toda forma de responsabilidad objetiva²⁷, como un simple juicio de reproche por la coincidencia del comportamiento desplegado con el tipo disciplinario, la infracción del deber impuesto o de la prohibición decretada.

Este principio de culpabilidad fue definido por la Corte Constitucional como «[...] la misma responsabilidad plena, la cual comporta un juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa al servidor estatal la realización de un comportamiento disciplinario contrario a las normas jurídicas que lo rigen, dentro de un proceso que se ha de adelantar con la observancia de las reglas constitucionales y legales que lo regulan, garantizando siempre un debido proceso y el ejercicio pleno del derecho de defensa que le asiste al imputado [...]»²⁸, y tiene aplicación dentro del derecho disciplinario, al igual que en el derecho penal, en el cual se consagran garantías sustanciales y procesales en favor del

²⁵ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Fundamentos del Derecho Disciplinario Colombiano. Universidad Externado de Colombia. Segunda edición. Bogotá (Colombia). 2018. pp.68 a 70.

²⁶ Sentencias C-921 de 2001, C-0099 de 2003, C-406 de 2004, C-343 de 2006 y C-242 de 2010.

²⁷ Artículo 13 de la Ley 734 de 2002.

²⁸ Sentencia C-310 de 1997.



612
279

Radicado: 11001-03-25-000-2011-00337-00 (1285-2011)
Demandante: María del Rosario Peña Saavedra y otros

investigado en aras del respeto de sus derechos fundamentales, y además, para controlar la potestad sancionadora del Estado²⁹.

Es relevante igualmente señalar que la culpabilidad tiene incidencia directa en la imposición de la sanción³⁰. Al respecto, esta Subsección precisó³¹:

[...] El principio de dolo o culpa nos permite distinguir diversos grados de culpabilidad en la comisión de la infracción, los cuales deben ser considerados por el órgano administrativo competente en el momento de individualizar la sanción. De este modo, el principio de culpabilidad coadyuva a la correcta aplicación del principio de proporcionalidad, pues permite una mayor adecuación entre la gravedad de la sanción y la del hecho cometido.

Una sanción proporcionada exigiría, por tanto, la previa consideración de si el ilícito ha sido cometido a título de dolo o culpa, así como del grado en que estos elementos han concurrido. Es notorio que el principio de proporcionalidad impide que por la comisión imprudente de una infracción, se imponga la sanción en su grado máximo [...] pues ese límite máximo correspondería a la misión dolosa³² [...]

De esta manera, las autoridades deben verificar si la conducta que se atribuye al encartado fue cometida con dolo o culpa.

En tal sentido, la Ley 734 de 2002, en el parágrafo del artículo 44, definió los conceptos de culpa grave y culpa gravísima así

[...] Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones [...]

Por su parte, se ha definido que el dolo está integrado: i) por el conocimiento de que los hechos son constitutivos de infracción disciplinaria y, ii) por la voluntad en la realización de la conducta. Por tanto, cuando estas dos circunstancias concurren es dable afirmar que la conducta fue realizada a título de dolo. Sobre el particular la jurisprudencia ha indicado³³:

²⁹ En este sentido ver las sentencias C-195 de 1993, C-280 de 1996, C-306 de 1996, C-310 de 1997, entre otras.

³⁰ Artículo 44 de la Ley 734 de 2002.

³¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B Sentencia del 19 de mayo de 2011, Radicación: 25000-23-25-000-2000-00281-01(2157-2005) Actor: Remberto Enrique Corena Silva Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B, sentencia del 20 de marzo de 2014. Radicación: 11001-03-25-000-2012-00902-00(2746-12) Actor: Víctor Virgilio Valle Tapia Demandado: Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

³² De Palma del Teso, Ángeles, «El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador». Editorial Tecnos. Madrid (España), 1996. Páginas 45 y 46.

³³ Sentencia del Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Radicado: 11001-03-25-000-2013-00190-00(0449-13), del 29 de enero de 2015. Ver también sentencia T- 319 a de 2012 proferida por la Corte Constitucional.



[...] Por otra parte por la vía de la jurisprudencia constitucional y de la doctrina se ha aceptado que el dolo se entiende configurado, en principio, cuando el disciplinado **conoce la tipicidad de su conducta** y, pese a ello, actúa en contra de sus deberes funcionales, con lo cual el conocer involucra el querer, ya que si se tiene conocimiento y pese a ello se realiza la conducta es porque efectivamente quiere el resultado [...][Negrillas fuera de texto].

En ese orden de ideas, tanto la estructura del delito como aquella en la cual se edifica la responsabilidad disciplinaria coinciden en la necesidad de analizar y desarrollar, entre otras, las categorías de la tipicidad y la culpabilidad. No obstante, sus contenidos son diferentes, por lo cual es plausible concluir que por estas razones no existe una identidad de causa entre el derecho penal y el derecho disciplinario. De esa manera, si en la jurisdicción penal se adopta una decisión absolutoria en favor de determinada persona, aquella no será vinculante en la actuación disciplinaria, en la cual deberán examinarse las pruebas obrantes en el proceso y los elementos sustanciales que edifican la responsabilidad conforme a la naturaleza y particularidades del derecho disciplinario.

3.1.1.3. Caso concreto

El apoderado de la demandante destacó que la Fiscalía General de la Nación profirió una decisión de preclusión de Resolución a favor de la señora María del Rosario Peña Saavedra por los mismos hechos que originaron el proceso disciplinario en el cual se adoptaron las decisiones sancionatorias demandadas, premisa a partir de la cual sustentó la violación del principio de cosa juzgada.

No obstante, dicha decisión no es vinculante como quiera que en ella la valoración probatoria y jurídica se hizo sobre conductas penales, más no sobre faltas disciplinarias, aspecto sobre el cual la respectiva autoridad goza de una mayor flexibilidad al momento de efectuar el respectivo juicio de adecuación típica.

De esa manera, puede ocurrir que por unos mismos hechos la jurisdicción penal haya absuelto y que la autoridad disciplinaria haya sancionado, cuestión que no es excluyente y que mucho menos afecta o viola el principio de la cosa juzgada.

De forma adicional, la demandante refirió que sí había identidad de objeto, puesto que en el estatuto penal como en el disciplinario el bien jurídico tutelado era la «Administración Pública». Dicha afirmación no es cierta y adicionalmente es incompleta, pues, por un lado, el fundamento de la responsabilidad disciplinaria no es la protección de un bien jurídico, y, por el otro, la identidad de objeto es tan solo uno de los tres requisitos que pueden hacer configurar la figura jurídica procesal de la cosa juzgada.



613
270

Radicado: 11001-03-25-000-2011-00337-00 (1285-2011)
Demandante: María del Rosario Peña Saavedra y otros

Así las cosas, esta Subsección diferirá el aspecto relacionado con la supuesta coincidencia del bien jurídico entre el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales con la falta disciplinaria que fue endilgada. Dicho aspecto se abordará al momento de resolver el subproblema jurídico concerniente a si la decisión de preclusión de investigación proferida por la Fiscalía General de la Nación a favor de la señora María del Rosario Peña Saavedra puede tener o no la aptitud suficiente para demostrar la atipicidad de la conducta.

Sin embargo, con la argumentación hasta aquí expuesta, es evidente que el señor apoderado se limitó al aspecto de la identidad de objeto, pero omitió deliberadamente el aspecto esencial de la identidad de causa, cuestión que pone de presente la imposibilidad de reconocer la supuesta violación de la cosa juzgada, amén de que las consideraciones efectuadas líneas atrás son lo suficientemente esclarecedoras en cuanto a que las decisiones penales no deben atar ni incidir en las valoraciones jurídicas y probatorias a cargo de las autoridades disciplinarias.

Por tanto, no es cierto que la decisión de la Fiscalía tuviera efectos *erga omnes*, al punto de que lo decidido allí pudiera afectar lo valorado y probado en la actuación disciplinaria, esgrimiéndose así una prejudicialidad penal en el derecho disciplinario, aspecto completamente descartado por las diferencias entre una y otra especie de derecho sancionador.

Adicionalmente, para esta Subsección, el análisis de los elementos de la estructura de la responsabilidad que efectuó la Procuraduría General de la Nación fue acertado, en especial en lo que tuvo que ver con la tipicidad y el dolo. En efecto, en cuanto a los elementos de la falta, se describieron las reglas que desarrollaban los principios de transparencia y publicidad en la contratación, cuestión en la que se ahondará en un problema jurídico diferente. En cuanto al dolo, el ente de control tuvo en cuenta el conocimiento de los hechos, de la ilicitud y la voluntad frente al deber funcional que fue infringido, análisis que por obvias razones fue distinto a los planteamientos que pudo tener la Fiscalía General de la Nación frente a la eventual comisión de un delito. Incluso, la segunda instancia del ente disciplinario analizó la posibilidad de la existencia de un error como causal de exclusión de responsabilidad, aspecto que fue desestimado³⁴, pero que en todo caso no fue abordado en la presente demanda.

En conclusión: No hubo violación al principio de cosa juzgada, por cuanto las valoraciones en una y otra actuación son completamente diferentes, con lo cual no hay identidad de causa entre la acción penal y la acción disciplinaria.

³⁴ Folios 184 a 186 del cuaderno n.º 2 del expediente, que corresponde a algunos apartados de la decisión sancionatoria de segunda instancia.

3.1.2 Segundo subproblema.

¿En el proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación, se desconoció el principio de imparcialidad por cuanto alguna de las autoridades que intervino en el trámite de primera y de segunda instancia debió declararse impedida para conocer del asunto?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: No se desconoció el principio de imparcialidad toda vez que en las autoridades que intervinieron en el trámite de primera y de segunda instancia no recaía alguna causal de impedimento, por lo cual no se configuró el vicio alegado por la demandante.

Para desarrollar este problema se hará una exposición de los siguientes temas:

- El régimen de impedimentos y recusaciones en la actuación disciplinaria (3.1.2.1).
- Caso concreto (3.1.2.2).

3.1.2.1 El régimen de impedimentos y recusaciones en la actuación disciplinaria.

El régimen de impedimentos y recusaciones contenido en la Ley 734 de 2002 busca hacer efectivo el principio de imparcialidad, el cual es exigible a todos los servidores del Estado y, en general, de quien tiene a su cargo el ejercicio de funciones públicas, pues en sus actuaciones debe prevalecer siempre el interés general³⁵, motivo por el cual su juicio debe estar exento de intereses que lo alejen de dicha finalidad.

La importancia y trascendencia de la imparcialidad en la función pública ha sido resaltada por la jurisprudencia constitucional, en razón a que los pronunciamientos y los actos que expiden quienes la desempeñan afectan los derechos de las personas, lo que implica que los servidores encargados de tal labor deben asumir una conducta recta, libre de toda inclinación respecto del sentido en el que deba adoptarse la decisión y así brindar un trato igual para todas las personas que se encuentren en una misma situación fáctica y jurídica³⁶.

De esta manera, en virtud del principio de imparcialidad, las autoridades en su actuar deben tener en cuenta que el propósito de los procedimientos es el de asegurar y garantizar los derechos de las personas sin discriminación alguna, otorgándoles la igualdad en su trato.

³⁵ Artículo 123 de la Constitución Política, prevé: «[...] Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento [...]»

³⁶ T-297 de 1997.



El principio en cuestión tiene dos dimensiones: una objetiva y otra subjetiva³⁷. La parte objetiva hace referencia a la materia sobre la cual ha de conocerse el objeto del proceso. El aspecto subjetivo se predica respecto de los sujetos y consiste en que el juez o funcionario que debe emitir una decisión sobre determinada materia no haya tenido relación alguna con las partes involucradas, de manera que se asegure su probidad e independencia para que no se vea afectado su razonamiento objetivo por inclinaciones o diferencias personales con alguna de las partes del asunto bajo su conocimiento.

De esa manera, la Ley 734 de 2002 le da especial relevancia al principio de la imparcialidad cuando se refiere a la función pública (art. 22), a los deberes de los servidores públicos (art. 34 numerales. 2.º, 6.º y 38), a los principios del procedimiento disciplinario (art. 94³⁸) y a la búsqueda de la prueba (art. 129). Por tanto, su acepción en materia disciplinaria se puede resumir en el siguiente criterio expresado por la Corte Constitucional³⁹:

[e]l principio de imparcialidad, como parte del debido proceso disciplinario, debe ser entendido como la garantía con la cual se asegura que el funcionario que adelanta la investigación, o que conozca de los recursos interpuestos contra las actuaciones adelantadas, obre efectivamente como tercero neutral, tanto ante el sujeto disciplinado como ante la causa misma y el objeto o situación fáctica que se analiza. Un tercero que además deba desarrollar sus competencias, sin prejuicios ni posturas previas que afecten su ánimo y la sana crítica para actuar y en su momento decidir.».

En materia disciplinaria la administración ostenta una doble condición, pues quien adelanta la investigación también define si existe responsabilidad del implicado. No obstante, en la labor de instrucción y recaudo de la prueba está especialmente condicionada por la búsqueda de la verdad real, por lo cual debe imprimir el mismo rigor para verificar tanto los aspectos desfavorables como los favorables, en relación con la conducta que le corresponde analizar (art. 129 Ley 734 de 2002).

Adicionalmente y dada su trascendencia, el ordenamiento jurídico ha dotado de herramientas que permiten la efectividad de dicho principio, tales como los impedimentos y las recusaciones⁴⁰, con la finalidad de asegurar que el ejercicio de la función disciplinaria respete los derechos del investigado atendiendo la naturaleza y propósitos del poder disciplinario⁴¹.

³⁷ Al respecto se pueden consultar las sentencias T-1034 de 2006, C-545 de 2008, C-450 de 2015.

³⁸ Artículo 94. Principios que rigen la actuación procesal. La actuación disciplinaria se desarrollará conforme a los principios rectores consagrados en la presente ley y en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo. Así mismo, se observarán los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción.

³⁹ Sentencia C- 762 de 2009.

⁴⁰ Sentencia T-176 de 2008.

⁴¹ Sentencia C- 792 de 2009.



En efecto, dicha garantía se concreta en el artículo 84 de la Ley 734 de 2002 de la siguiente manera:

Artículo 84. Causales de impedimento y recusación. Son causales de impedimento y recusación, para los servidores públicos **que ejerzan la acción disciplinaria**, las siguientes:

1. Tener interés directo en la actuación disciplinaria, o tenerlo su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
2. Haber proferido la decisión de cuya revisión se trata, o ser cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del inferior que dictó la providencia.
3. Ser cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, de cualquiera de los sujetos procesales.
4. Haber sido apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales o contraparte de cualquiera de ellos, o haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia de la actuación.
5. Tener amistad íntima o enemistad grave con cualquiera de los sujetos procesales.
6. Ser o haber sido socio de cualquiera de los sujetos procesales en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada, en comandita simple, o de hecho, o serlo o haberlo sido su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
7. Ser o haber sido heredero, legatario o guardador de cualquiera de los sujetos procesales, o serlo o haberlo sido su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
8. Estar o haber estado vinculado legalmente a una investigación penal o disciplinaria en la que se le hubiere proferido resolución de acusación o formulado cargos, por denuncia o queja instaurada por cualquiera de los sujetos procesales.
9. Ser o haber sido acreedor o deudor de cualquiera de los sujetos procesales, salvo cuando se trate de sociedad anónima, o serlo o haberlo sido su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
10. Haber dejado vencer, sin actuar, los términos que la ley señale, a menos que la demora sea debidamente justificada.

Solo a partir de la configuración de las siguientes causales y en el momento en que se ejerza la acción disciplinaria es que la autoridad deberá declararse impedida.

3.1.2.2 Caso concreto.

El apoderado de la demandante manifestó que la procuradora regional del Valle del Cauca (primera autoridad que conoció del proceso disciplinario) debió declararse impedida. Para ello, efectuó las siguientes tres afirmaciones:

- Presentó la denuncia penal por los mismos hechos;
- Apeló la resolución de la Fiscalía de preclusión de primera instancia; y
- Decidió el proceso disciplinario.



615
27/2

Radicado: 11001-03-25-000-2011-00337-00 (1285-2011)
Demandante: María del Rosario Peña Saavedra y otros

La actuación de la Procuraduría Regional del Valle del Cauca se circunscribió a adelantar la indagación preliminar, la cual inició con el auto del 9 de febrero de 2005 y finalizó el 7 de marzo del mismo año, pues el proceso disciplinario fue asumido por una Comisión Especial Disciplinaria, integrada por la procuradora primera delegada para la Contratación Estatal y el director Nacional de Investigaciones Especiales. Esta Comisión Especial Disciplinaria fue la que profirió el pliego de cargos y adoptó la decisión sancionatoria de primera instancia, mientras que la Sala Disciplinaria fue la dependencia que resolvió el recurso de apelación.

Así las cosas, de la actuación de la procuradora regional, se observa lo siguiente:

- Adelantó una indagación preliminar, cuya actuación fue inferior a un mes.
- Mientras el proceso disciplinario fue adelantado por la procuradora regional no se había vinculado a la señora María del Rosario Peña Saavedra.
- La presentación de una denuncia penal no se encuadra en ninguna de las causales de impedimento y recusación contenidas en el artículo 84 de la Ley 734 de 2002.
- La causal alegada más próxima sería la señalada en el numeral 4 de dicho artículo, el cual establece lo siguiente: «4. Haber sido apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales **o contraparte de cualquiera de ellos, o haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia de la actuación**». [Negritas fuera de texto].
- Pese a lo anterior, el presentar una denuncia penal por los mismos hechos no equivale a ser contraparte ni mucho menos a dar una opinión sobre un asunto materia de la actuación. De hecho, es un deber para todo servidor público, según lo indicado en el numeral 24 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002.⁴²
- En gracia a la discusión, cuando la procuradora regional, según la demandante, apeló la resolución de preclusión proferida por la Fiscalía General de la Nación, ya no era la dependencia competente para conocer el proceso disciplinario, y su trámite estuvo a cargo de la Comisión Especial Disciplinaria y la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación.
- No es cierto, como lo sostuvo la demandante, que la procuradora regional haya decidido el proceso disciplinario.

De esa manera, el argumento presentado por la demandante no tiene vocación de prosperar.

⁴² **Artículo 34. Deberes.** Son deberes de todo servidor público:
[...]

24. Denunciar los delitos, contravenciones y faltas disciplinarias de los cuales tuviere conocimiento, salvo las excepciones de ley.

Conclusión:

No se desconoció el principio de imparcialidad porque las autoridades que intervinieron en el trámite de primera y de segunda instancia no tuvieron la obligación de declararse impedidas para conocer del asunto, por cuanto (1) no se configuró alguna causal de impedimento en cabeza de los funcionarios que conocieron de la actuación; y (2) La procuradora regional no decidió el proceso disciplinario.

3.1.3 Tercer subproblema

¿Las decisiones administrativas adoptadas por la Procuraduría General de la Nación desconocieron el derecho fundamental a la igualdad?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios no desconocieron el derecho a la igualdad, por cuanto las decisiones que se profieren en las distintas actuaciones disciplinarias son individuales y su diferencia puede obedecer a distintos factores tanto sustanciales como procesales.

Para desarrollar este subproblema se hará una exposición de los siguientes temas:

- El derecho a la igualdad y su incidencia en el derecho disciplinario (3.1.3.1)
- Caso concreto (3.1.3.2).

3.1.3.1 El derecho a la igualdad y su incidencia en el derecho disciplinario.

La igualdad constituye un derecho fundamental, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, que goza de eficacia normativa directa en atención a lo dispuesto en el artículo 85 ibidem. De acuerdo con la primera de tales disposiciones:

[...] ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.
El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.
El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan [...]

Adicionalmente, este derecho tiene consagración en la Convención Americana de Derechos Humanos, integrada al bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Carta Política. Al respecto, este instrumento internacional dispone en su artículo 24 que «[...] Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley [...]».



El derecho a la igualdad busca la realización de un orden justo mediante la garantía de un trato idéntico para todos aquellos que se encuentran en las mismas condiciones, lo que lleva a concluir que, en ciertas situaciones, lo procedente a efectos de garantizarlo es una discriminación positiva. Este concepto, que corresponde a lo que se conoce como igualdad material, permitió la superación de la teoría clásica liberal que, al predicar una igualdad absoluta y abstracta, promovía situaciones de profunda inequidad.

En armonía con las normas de rango superior anotadas, en materia disciplinaria, el legislador dispuso en el artículo 15 de la Ley 734 de 2002 que «[...] Las autoridades disciplinarias tratarán de modo igual a los destinatarios de la ley disciplinaria, sin establecer discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica [...]».

Ahora bien, en aquellos casos en que se pone en juicio la garantía del derecho a la igualdad, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto la aplicación de una herramienta denominada «juicio integrado de igualdad», que se agota en las siguientes etapas:

[...] (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis*, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución. [...]

En ese sentido, una de las formas de determinar si existe igualdad entre una y otra situación fáctica es efectuar un ejercicio comparativo, a efectos de definir, según el nivel de discrepancia o semejanza, si las cuestiones objeto de análisis son comparables entre sí, es decir, si existe un *tertium comparationis*. Este ejercicio es importante porque de acuerdo con lo que se concluya en él, debe seguirse uno de los siguientes cuatro mandatos:

[...] (i) el de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) el de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (iv) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presentes similitudes y diferencias, cuando las segundas más relevantes que las primeras [...]

Todo lo anterior indica que para llevarse a cabo dicho juicio de igualdad se tiene que comparar los supuestos de hecho de ambas situaciones, por lo cual se debe acreditar, con un mínimo de rigurosidad, aquellas circunstancias fácticas del respectivo caso, cuya aplicabilidad, por vía del principio de igualdad, se reclama. Cuando dicha



exigencia no se cumple, la sola afirmación de que se vulneró el derecho a la igualdad, porque supuestamente en otro evento se adoptó determinada decisión, hace improcedente el reconocimiento de dicho derecho.

3.1.3.2 Caso concreto.

La parte demandante manifestó que se violó el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia porque en «contratos similares celebrados en otros municipios de Colombia la Procuraduría resolvió con absolución de cargos».

No obstante, adicional a que no se demostró dicha afirmación, la Sala encuentra que es improcedente efectuar una comparación entre los «otros» casos en los que supuestamente se expidió una decisión absolutoria con el asunto aquí examinado. En efecto, la expresión «otros municipios de Colombia» muestra, no solo la vaguedad de la aseveración, sino la marcada debilidad del argumento, porque, en el número indeterminado de posibles actuaciones en las que posiblemente se presentaron conductas similares, las circunstancias fácticas, jurídicas, probatorias y hasta procesales pudieron ser completamente diferentes.

Incluso, en gracia a la discusión, la Sala destaca que el hecho de que algunos asuntos similares sean resueltos en forma diferente ello no comporta necesariamente una discriminación o diferencia de trato, dado que pueden presentarse particularidades en cada caso, como la existencia de pruebas o faltas disciplinarias distintas que determinen un desenlace diferente sobre el asunto. En efecto, el derecho a la igualdad de trato ante la ley que le asiste a los disciplinados no alude al sentido de la decisión en sí misma, sino en la aplicación de las normas procesales y sustanciales, atendiendo a los supuestos de hecho que determinaran cada caso individualmente considerado. Por ende, la ausencia de un patrón de igualdad que permita la comparación de uno y otro evento torna improcedente la pretensión de considerar que los actos administrativos disciplinarios supuestamente vulneraron el derecho a la igualdad.

Conclusión: No se demostró la violación del derecho a la igualdad con ocasión del proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación en contra de la señora María del Rosario Peña Saavedra.

3.1.4 Cuarto subproblema

¿Los actos administrativos demandados desconocieron los derechos fundamentales al trabajo y a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios no desconocieron los derechos fundamentales al trabajo y a participar en



la conformación, ejercicio y control del poder político, porque estos derechos no son absolutos y pueden ser restringidos por el ejercicio de la acción disciplinaria cuando existe mérito para imponerse un correctivo disciplinario.

Para desarrollar este subproblema se hará una exposición de los siguientes temas:

- Los derechos al trabajo y a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y la posibilidad de que sean restringidos a través de una sanción disciplinaria (3.1.4.1).
- Caso concreto (3.1.4.2).

3.1.4.1 Los derechos al trabajo y a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y la posibilidad de que sean restringidos a través de una sanción disciplinaria.

El derecho al trabajo es otra de las garantías fundamentales consagrada en la Constitución Política de Colombia. En cuanto a este derecho, el ordenamiento superior dispone lo siguiente:

Artículo 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

[...]

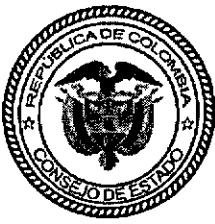
Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.



Como una garantía adicional relacionada con lo anterior, la Constitución también previó una protección especial para todo aquel que desee participar en la conformación, ejercicio y control de poder político:

Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.
7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.

En tal forma, muchas de las potestades atrás enunciadas se ejercen a través de la ocupación de un cargo público, por lo cual el derecho al trabajo y la garantía de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político tienen una marcada y estrecha relación.

La Convención Americana de Derechos Humanos, por cierto, es el instrumento que envuelve en un solo concepto tanto el derecho al trabajo, en el ámbito de lo público, con la garantía de acceder a las funciones públicas de todo orden. La combinación de esas dos prerrogativas lo hace a través del denominado derecho político, cuya regulación se fijó de la siguiente manera:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
 - b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y



618
235

Radicado: 11001-03-25-000-2011-00337-00 (1285-2011)
Demandante: María del Rosario Peña Saavedra y otros

- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

La Corte Constitucional, por su parte, se ha referido a la protección del derecho al trabajo en todas sus manifestaciones, incluida la relacionada con la de los servidores públicos, para lo cual ha expresado lo siguiente⁴³:

La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del **servidor público**, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada.

3.4.1 Desde el Preámbulo de la Constitución, se enuncia como uno de los objetivos de la expedición de la Constitución de 1991, el asegurar a las personas la vida, la convivencia, **el trabajo**, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Es decir, **el trabajo es un principio fundante del Estado Social de Derecho**. Es por ello que desde las primeras decisiones de la Corte Constitucional se ha considerado que *“Cuando el Constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente en la construcción de la nueva legalidad”*. [...]

Lo anterior implica entonces que dentro de la nueva concepción del Estado como Social de Derecho, debe entenderse la consagración constitucional del trabajo no sólo como factor básico de la organización social **sino como principio axiológico de la Carta**.

El artículo 25 de la Constitución Política dispone que *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”*

[...]

3.4.2 De igual manera, la jurisprudencia constitucional⁴⁴ ha considerado que la naturaleza jurídica del trabajo cuenta con una triple dimensión. En palabras de la Corporación la *“lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el*

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-593 de 2014.

⁴⁴ Entre otras, pueden consultarse las sentencias C-177 de 2005, C-100 de 2005, C-019 de 2004, C-038 de 2004, C-425 de 2005 y C-580 de 1996.



*ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, **el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico** que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias (artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, **el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental** y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social.” [...]*

[Cursivas originales. Negrillas fuera de texto].

Pese a la incuestionable importancia constitucional y convencional del derecho al trabajo, esta garantía no tiene un valor absoluto, pues en prevalencia del interés general, la Sociedad, a través de las pautas y reglas fijadas por el legislador, puede razonable y justificadamente limitarlo. Al respecto, la Corte Constitucional, al revisar la incoherencia de una de las sanciones disciplinarias más drásticas fijadas por el ordenamiento jurídico, manifestó lo siguiente⁴⁵:

Así las cosas, es menester indicar que el derecho a acceder al ejercicio de las funciones públicas, como ningún otro derecho fundamental, **puede ser considerado como absoluto**. Por el contrario, **el legislador puede limitarlo**, puesto que sobre el mismo se hacen efectivas ciertas restricciones, que se justifican esencialmente en la consecución de **la prevalencia del interés general** y de los principios que deben orientar el cumplimiento de la función pública, se reitera, todo ello en aras a la consecución de los fines estatales y de la transparencia y probidad de quienes ejercen la función pública, por ello no podría decirse que con las normas acusadas se afectan dicho derecho, en la medida en que **dicha restricción se encuentra justificada**.

[...]

En ese orden de ideas, es legítimo frente al Texto Fundamental, que el legislador consagre como una de las sanciones derivadas del proceso disciplinario las inhabilidades, puesto que ello se enmarca dentro de un ámbito de razonabilidad y proporcionalidad **que no desconoce los valores, principios y derechos consagrados en la Carta**, sino que, por el contrario, **procura realizar los fines delineados por el constituyente**, entre otros, el acatamiento de los fines de la función pública como elemento estructural **de la prevalencia del interés general**.

[...]

Y en la misma sentencia, efectuando el respectivo control de convencional, puntualizó:

[L]a Corte considera que el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica, en lo que concierne a la imposición de restricciones legales al ejercicio del derecho de acceder a cargos públicos por la imposición de condenas penales, siendo interpretado sistemáticamente con otros instrumentos internacionales universales y regionales de reciente adopción en materia de lucha contra la corrupción, **no se opone a que los Estados Partes en aquél adopten otras medidas**, igualmente sancionatorias aunque no privativas de la libertad, encaminadas a proteger el

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-028 de 2006.



erario público, y en últimas, a combatir un fenómeno que atenta gravemente contra el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, consagrados en el Protocolo de San Salvador. [Negritas fuera de texto].

En ese orden de ideas, los derechos al trabajo y al ejercicio de las funciones públicas deben entenderse armonizados con la acción disciplinaria, pues su ejercicio está soportado en la prevalencia del interés general, y las sanciones que con fundamento jurídico y probatorio se impongan se encuentran constitucionalmente justificadas.

3.1.4.2 Caso concreto.

La demandante adujo la violación de los artículos 25 y 40, numerales 1.º y 7º, porque supuestamente se «desconoció la elección del alcalde del municipio de Cali» y porque no se le permitió permanecer en un cargo público a la señora María del Rosario Peña Saavedra como consecuencia de la destitución.

En lo que concierne a la primera afirmación, la Subsección encuentra que dicho planteamiento es equivocado porque frente a los derechos fundamentales de la demandante que se reputan como vulnerados nada tiene que ver la eventual sanción disciplinaria impuesta a una persona diferente, en este caso, el alcalde del municipio de Cali. La señora María del Rosario Peña Saavedra ocupaba el cargo de directora del Departamento Administrativo de Hacienda y Catastro del municipio de Cali, por lo que las decisiones disciplinarias adoptadas en contra de su superior no pueden considerarse como una afectación de sus derechos fundamentales reclamados.

Por su parte, en lo que respecta al argumento de que la demandante no pudo permanecer en su cargo como consecuencia de la destitución, ello no afecta sus derechos de manera irrazonable e injustificada, toda vez que ese tipo de restricciones están autorizadas por la Constitución y la ley y por el correcto entendimiento de las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como sucede con la Convención Americana de Derechos Humanos.

En ese sentido, el argumento basado en los derechos al trabajo y a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político solo tiene razón de ser si se demuestra que los actos administrativos disciplinarios fueron expedidos con algún vicio que determine su ilegalidad, más no con la simple afirmación de que dichos derechos resultaron afectados por la sola imposición de la sanción disciplinaria.

En consecuencia, los argumentos presentados por la demandante no están llamados a prosperar.

Conclusión: Los actos administrativos sancionatorios no desconocieron los derechos fundamentales al trabajo y a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, porque estos derechos no son absolutos y la sanción disciplinaria que fue

impuesta está justificada conforme a las normas constitucionales, convencionales y legales que rigen la materia.

3.1.5 Quinto subproblema

¿Las nulidades que se presentaron en el recurso de apelación contra el acto administrativo sancionatorio de primera instancia debieron ser resueltas en una decisión diferente para que dicho aspecto pudiera ser cobijado por el principio de la doble instancia?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: Las nulidades que se presentan con el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de primera instancia deben ser resueltas como un argumento más de impugnación en el trámite de la segunda instancia en el proceso disciplinario.

Para desarrollar este problema se hará una exposición de los siguientes temas:

- Las nulidades en el proceso disciplinario y oportunidad para solicitarlas y resolverlas conforme a la estructura del procedimiento. (3.1.5.1).
- Caso concreto (3.1.5.2).

3.1.5.1 Las nulidades en el proceso disciplinario y oportunidad para solicitarlas y resolverlas conforme a la estructura del procedimiento.

La Ley 734 de 2002, al igual que otras codificaciones, contempló una regulación para la figura procesal de las nulidades, para lo cual señaló sus causales⁴⁶, los principios que la orientan⁴⁷, sus requisitos⁴⁸, sus efectos⁴⁹, los momentos para declararla de oficio⁵⁰, las

⁴⁶ Artículo 143. Causales de nulidad. Son causales de nulidad las siguientes:

1. La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo.
2. La violación del derecho de defensa del investigado.
3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

[...]

⁴⁷ Artículo 143. [...]

Parágrafo. Los principios que orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación, consagrados en el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán a este procedimiento.

⁴⁸ Artículo 146. Requisitos de la solicitud de nulidad. [...] [D]eberá indicar en forma concreta la causal o causales respectivas y expresar los fundamentos de hecho y de derecho que la sustenten.

⁴⁹ Artículo 145. Efectos de la declaratoria de nulidad. La declaratoria de nulidad afectará la actuación disciplinaria desde el momento en que se presente la causal. Así lo señalará el funcionario competente y ordenará que se reponga la actuación que dependa de la decisión declarada nula. La declaratoria de nulidad de la actuación disciplinaria no invalida las pruebas allegadas y practicadas legalmente.

⁵⁰ Artículo 144. Declaratoria oficiosa. En cualquier estado de la actuación disciplinaria, cuando el funcionario que conozca del asunto advierta la existencia de alguna de las causales previstas en la norma anterior, declarará la nulidad de lo actuado.



condiciones para efectuar la solicitud de parte⁵¹ y los términos otorgados al funcionario para resolver dicho tipo de solicitudes⁵².

De esa manera, si los sujetos procesales advierten que se ha configurado una causal de nulidad, la pueden formular antes del «fallo definitivo» (artículo 146), comprendiéndose por este como la decisión sancionatoria de primera instancia⁵³, pues el acto administrativo que resuelve la impugnación (recurso de reposición o apelación) ha sido entendido como un solo recurso de la vía gubernativa⁵⁴.

Por tanto, si la solicitud de nulidad se efectúa antes de la decisión sancionatoria de primera instancia cabe distinguir dos situaciones: que se presente con anterioridad al auto que ordena correr el traslado para la presentación de los alegatos de conclusión (momento que puede darse en la indagación preliminar, la investigación disciplinaria o en el trámite de pliego de cargos, por ejemplo) o que esa petición se presente con el escrito de alegatos de conclusión, conforme al traslado dispuesto en el artículo 169 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 55 de la Ley 1474 de 2011⁵⁵.

En ese orden de ideas, si es lo primero, esto es, si la nulidad se interpone antes de que se ordene el traslado para la presentación de los alegatos de conclusión, el término para resolver dicha solicitud será de cinco (5) días, conforme a lo señalado en el artículo 147 de la Ley 734 de 2002. En ese evento y conforme a lo dispuesto en el artículo 113 *ibidem*, contra la decisión que resuelve la nulidad procederá el recurso de reposición⁵⁶. Por el contrario, si la petición de nulidad se efectúa con el escrito de alegatos de conclusión, la resolución a dicha cuestión hará parte de la decisión de primera instancia y, en ese sentido, lo allí decidido será susceptible del respectivo recurso, esto es, el de reposición, si el proceso es de única instancia⁵⁷, o el de apelación, si el proceso es de primera instancia⁵⁸. En tal forma, cuando el proceso es de primera instancia, la garantía en cuanto

⁵¹ Artículo 146. Requisitos de la solicitud de nulidad. La solicitud de nulidad podrá formularse antes de proferirse el fallo definitivo [...].

⁵² Artículo 147. Término para resolver. El funcionario competente resolverá la solicitud de nulidad, a más tardar dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su recibo.

⁵³ « En su misión de unificar jurisprudencia, la Sala adopta la tesis según la cual entratándose del régimen sancionatorio disciplinario, la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, **que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa.**». [Negrillas fuera de texto]. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. 29 de septiembre de 2009. Radicación número: 110010315000200300442 01.

⁵⁴ *Ibidem*

⁵⁵ Artículo 55. Traslado para alegatos de conclusión. El artículo 169 de la Ley 734 de 2002 quedará así: Si no hubiere pruebas que practicar o habiéndose practicado las señaladas en la etapa de juicio disciplinario, el funcionario de conocimiento mediante auto de sustanciación notificable **ordenará traslado común de diez (10) días para que los sujetos procesales puedan presentar alegatos de conclusión.** [Negrillas fuera de texto].

⁵⁶ Artículo 113. Recurso de reposición. El recurso de reposición procederá únicamente **contra la decisión que se pronuncia sobre la nulidad** y la negación de la solicitud de copias o pruebas al investigado o a su apoderado, y contra el fallo de única instancia. [Negrillas fuera de texto].

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Artículo 115. Recurso de apelación. El recurso de apelación procede únicamente contra las siguientes decisiones: la que niega la práctica de pruebas solicitadas en los descargos, la decisión de archivo y **el fallo de primera instancia.** [Negrillas fuera de texto].

a la impugnación de la nulidad se incrementa, pues del habitual recurso de reposición contra este tipo de decisiones se pasa al recurso de apelación.

Ahora bien, no sucede lo mismo cuando la solicitud de nulidades se presenta con posterioridad a la decisión administrativa de primera instancia, pues a esta altura del procedimiento dicho tipo de solicitudes solo pueden presentarse a través del respectivo recurso. En efecto, adoptada la decisión definitiva, solo cabe el pronunciamiento de la segunda instancia en virtud del respectivo recurso y frente a lo allí decidido ya no caben más pronunciamientos por falta de competencia.

Esta explicación ha sido elaborada por la doctrina especializada de la siguiente manera⁵⁹:

7.6 Peticiones de nulidad efectuadas luego de proferido el fallo de primera o de única instancia **deben tramitarse como parte de los recursos ordinarios.**

El proceso es una sucesión ordenada de actos donde opera el principio de las eventualidades y preclusión de las instancias.

Significa lo anterior que las peticiones que se efectúen **tienen que ser presentadas en los términos procesales propicios**, pues si se postulan cuando los mismos han fenecido, es claro que las peticiones son extemporáneas.

[...]

Postulación de una nulidad después del fallo de primera o única instancia es de naturaleza extemporánea. Se dice fallo de primera o única instancia por cuanto, los fallos de segunda instancia o el de reposición se integran con aquellos, respectivamente, jurídicamente hablando.

Si así no se entendiera la norma **entonces no existiría límite a la petición de nulidad, pues operaría en cualquier momento procesal**, esto es, después de del fallo de primera instancia **y antes de resolver la segunda** o después del fallo de única y antes de la reposición; luego entonces, **en cualquier oportunidad procesal**, pues proferidos esas decisiones pendientes se han agotado las instancias. [Negritillas fuera de texto].

Agrega esta Sala que solo de forma excepcional podría presentarse una solicitud nulidad entre la decisión de primera y de segunda instancia⁶⁰, es decir, que el vicio se origine en el trámite a cargo del *ad quem* y que la solicitud se efectúe de forma posterior a la presentación del respectivo recurso⁶¹. En todo caso, ello tendría que resolverse de forma

[...].

⁵⁹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Asuntos Disciplinarios. Praxis y Jurisprudencia. Ediciones Jurídicas Axel. Bogotá (Colombia). 2018. p. 175.

⁶⁰ La oportunidad para solicitar nulidades ha sido comprendida de manera más amplia, en otro texto por el autor anteriormente citado. Ver, para tal efecto, GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La lucha por los derechos en el derecho Disciplinario. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (Colombia). 2018. p. 231.

⁶¹ Piénsese, por ejemplo, un trámite de segunda instancia con práctica de pruebas y alegatos de conclusión, en donde puede aparecer un vicio constitutivo de nulidad.



definitiva en la decisión de segunda instancia, pues no habría más oportunidades de pronunciamientos o de recursos frente a lo allí decidido.

3.1.5.2 Caso concreto.

La demandante señaló que el entonces apoderado de la señora María del Rosario Peña Saavedra presentó en el proceso disciplinario algunas nulidades, las cuales fueron resueltas en el fallo de «segunda instancia», por lo cual lo que fue decidido careció de recursos, afectándose así el derecho a la defensa. Agregó que el funcionario de segunda instancia debió resolver todas las peticiones que se encontraran pendientes, entre ellas las nulidades, antes de resolver la apelación contra el acto administrativo sancionatorio de primera instancia.

Al respecto, la Sala no comparte el criterio de la demandante, por cuanto los argumentos que hicieron parte del recurso de apelación contra la decisión proferida por la Comisión Especial Disciplinaria debieron ser resueltos no de manera anticipada por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, sino en la decisión de segunda instancia que resolvía la referida impugnación. En ese sentido, lo que hizo la Sala Disciplinaria del órgano de control fue tramitar las peticiones de nulidad como un argumento más del recurso de apelación que los sujetos procesales presentaron en forma oportuna contra el acto administrativo sancionatorio de primera instancia.

Como si lo anterior fuera poco, esta Subsección, al revisar los argumentos en que se edificó la petición de nulidad en el recurso de apelación encontró que fueron los mismos que se presentaron con los alegatos de conclusión, previos a adoptarse la decisión de primera instancia por parte de la Comisión Especial Disciplinaria. Es decir, los planteamientos que en su momento fueron esgrimidos por el apoderado de la demandante tuvieron la posibilidad de ser impugnados a través del recurso de apelación y de ser resueltos por una dependencia diferente de segunda instancia, como lo fue la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación.

Por estas razones, no le asiste razón al señor demandante.

Conclusión: En el proceso disciplinario que se siguió contra la demandante, no hubo violación al principio de la doble instancia, por cuanto las nulidades que se presentaron con el recurso de apelación contra el acto administrativo sancionatorio de primera instancia debieron ser resueltas en la decisión de segunda instancia.

3.1.6 Sexto subproblema

¿Se presentó alguna vulneración al debido proceso por cuanto algunas decisiones y práctica de pruebas no le fueron notificadas y/o comunicadas a la demandante?



La Sala sostendrá la siguiente tesis: No se vulneró el derecho al debido proceso por cuanto, por una parte, la mayoría de las decisiones y pruebas que no le fueron notificadas o comunicadas a la demandante ocurrieron en el trámite de la indagación preliminar, cuando aquella no estaba vinculada al proceso y, por la otra, porque las restantes pruebas, todas ellas documentales, fueron conocidas por los sujetos procesales durante el trámite de la actuación disciplinaria, sobre las cuales se ejerció el derecho de contradicción y defensa.

Para desarrollar este problema se hará una exposición de los siguientes temas:

- El debido proceso en el proceso disciplinario y su transgresión sustancial para efectos de que se configure una causal de nulidad (3.1.6.1).
- Caso concreto (3.1.6.2).

3.1.6.1 El debido proceso en el proceso disciplinario en el proceso disciplinario y su transgresión sustancial para efectos de que se configure una causal de nulidad.

El debido proceso es un derecho de rango superior que busca la protección de las garantías que instituye el ordenamiento jurídico a favor de quienes se ven llamados a hacer parte de una actuación judicial o administrativa. Por ende, siendo el proceso disciplinario un trámite de naturaleza administrativa, es claro que las partes que en él intervienen se encuentran provistas de tales amparos a lo largo de todas sus etapas.

En ese sentido, es pertinente señalar que el derecho al debido proceso goza de una naturaleza dual, la cual se manifiesta en una perspectiva formal y otra material. La primera se refiere a las ritualidades legalmente establecidas, como lo son las etapas que deben surtirse, los términos que han de cumplirse, las oportunidades de actuación procesal, entre otras. Por otro lado, su dimensión material alude a las garantías sustanciales en las que se proyectan esas formalidades, entre las cuales pueden destacarse el principio de publicidad, la doble instancia, la presunción de inocencia, la imparcialidad, el *non bis in idem* y muy especialmente el derecho de contradicción y defensa.

De manera específica, el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia dispone que «quien sea sindicado tiene derecho a la defensa» y a «presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra». En la actuación disciplinaria, el mandato superior ha sido consagrado en el artículo 92 de la Ley 734 de 2002 de la siguiente manera:



Artículo 92. Derechos del investigado. Como sujeto procesal, el investigado tiene los siguientes derechos:

1. Acceder a la investigación.

2. Designar defensor.
3. Ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia.
4. Solicitar o aportar **pruebas y controvertirlas, e intervenir en su práctica.**
5. Rendir descargos.
6. Impugnar y sustentar las decisiones cuando hubiere lugar a ello.
7. Obtener copias de la actuación.
8. Presentar alegatos de conclusión antes del fallo de primera o única instancia.

[Negrillas fuera de texto].

Igualmente, la legislación prevé algunas situaciones que pueden darse entre la apertura de investigación disciplinaria y su respectiva notificación. Al respecto, el artículo 91 de la Ley 734 de 2002 dispone lo siguiente:

Artículo 91. Calidad de investigado. La calidad de investigado se adquiere a partir del momento de la apertura de investigación o de la orden de vinculación, según el caso.

El funcionario encargado de la investigación, notificará de manera personal la decisión de apertura, al disciplinado. Para tal efecto lo citará a la dirección registrada en el expediente o a aquella que aparezca registrada en su hoja de vida. De no ser posible la notificación personal, se le notificará por edicto de la manera prevista en este código.

El trámite de la notificación personal no suspende en ningún caso la actuación probatoria encaminada a demostrar la existencia del hecho y la responsabilidad del disciplinado. Con todo, **aquellas pruebas que se hayan practicado sin la presencia del implicado, en tanto se surtía dicho trámite de notificación, deberán ser ampliadas o reiteradas, en los puntos que solicite el disciplinado.** [Negrillas fuera de texto].

[...]

Ahora bien, conforme a lo anotado, es pertinente aseverar que no toda violación a la dimensión formal del debido proceso debe traducirse inexorablemente en la anulación de la actuación procesal afectada, pues, para tales efectos, será necesario que aquella transgresión se proyecte en la esfera material de protección de aquel derecho. En armonía con ello, se ha sostenido en cuanto a las irregularidades procesales que, para que puedan afectar la validez de lo actuado en el procedimiento disciplinario, tienen que ser determinantes, de manera que, cuando se resguardan las garantías sustanciales con que cuentan los disciplinados para ejercer su derecho de defensa, los yerros procesales de menor entidad no pueden aducirse a efectos de anular el acto administrativo sancionatorio.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

[...] no toda irregularidad se puede calificar como violación al debido proceso, sino que éste se afecta cuando hay privación o limitación del derecho de defensa, que se produce en virtud de concretos actos de los órganos jurisdiccionales que entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en que se ventilan intereses al sujeto, respecto de los cuales las decisiones judiciales han de suponer modificación de una situación jurídica individualizada. Si bien es cierto "toda clase de actuaciones judiciales", pueden acarrear una violación al debido proceso, la connotación constitucional se da si alguna de las partes es ubicada en tal condición de indefensión que afectaría el orden justo, violándolo ostensiblemente [...]⁶²

En efecto, este postulado es coherente con el llamado principio de trascendencia que consagra el artículo 310, numeral 1, de la Ley 600 de 2000, aplicable al proceso disciplinario en virtud del artículo 143 de la Ley 734 de 2002, que en su párrafo dispone la incorporación de los principios que, en materia penal, orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación. Esta norma señala sobre el principio en cuestión que «[...] Quien alegue la nulidad **debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales** de la instrucción y el juzgamiento [...]⁶³. [Negrillas fuera de texto].

Por otra parte, sobre el derecho de contradicción y defensa en la etapa de la indagación preliminar, esta Subsección ha destacado lo siguiente⁶⁴:

Visto lo anterior, es diáfano para la Sala que hasta el momento no se tenía identificado el o los presuntos autores, por lo que no se dispuso la notificación de dicho proveído a ninguna persona en concreto. Si bien es cierto el operador disciplinario pudo tener simples sospechas acerca de cuál o cuáles funcionarios estarían incurriendo en dichas conductas, **el CDU no obliga a que en la indagación preliminar se tengan identificados plenamente los sujetos pasivos de la acción disciplinaria** ya que de hecho, esta puede ser una de sus finalidades.

Así las cosas, la inconformidad alegada por la actora carece de sustento fáctico y jurídico toda vez que, de haber tenido las pruebas necesarias para establecer las circunstancias en que ocurrió la conducta e identificado a su autor o autores, la autoridad disciplinaria no hubiera visto necesario agotar esta etapa sino que de

⁶² Sentencia T-267 del 7 de marzo de 2000, Corte Constitucional. En este sentido también puede leerse el auto 029A del 16 de abril de 2002, en el que dicha Corporación sostuvo que: «[...] ha de valorarse si la irregularidad observada tiene la capacidad de alterar de manera grave el proceso, tornándolo en injusto, es decir, violatorio del debido proceso. En consecuencia, sólo cuando además del vicio procesal se vulnera el fin buscado con la norma, ha de dictarse la nulidad de lo actuado. Por el contrario, cuando la irregularidad no impide la realización efectiva de la función o propósito perseguido por el instrumento procesal, no puede endilgarse de injusto e indebido el proceso. De otra parte, el vicio debe ser trascendente; es decir, que de no haberse producido, otra hubiera sido la evolución del proceso. Por ende, si se incurre en una grave irregularidad en un fallo, pero el fallo de reemplazo debe dictarse en el mismo sentido del anterior, a pesar del defecto es improcedente la nulidad por falta de trascendencia del vicio [...]».

⁶³ Ley 610 de 2000, artículo 310, numeral 2.

⁶⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 31 de octubre de 2018. Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho. Radicado: 11001-03-25-000-2012-00425-00. n.º Interno: 1637-2012. Demandante: Adriana Maribeth Fedullo Rumbo. Demandado: Nación, Procuraduría General de la Nación.



una vez hubiese dado apertura a la investigación, lo que en el presente caso ocurrió cuando se tenía identificados con certeza a los posibles responsables, mediante auto del 5 de agosto de 2004 cuyo numeral 4.3. dispuso la notificación personal de los investigados.

De otro lado, es preciso señalar que si bien es cierto, la indagación preliminar en el *sub lite* superó el término de seis meses, comoquiera que inició el 21 de febrero de 2003 y culminó el 4 de agosto de 2004, es decir, 1 año, 5 meses y 13 días, **ello no afectó de manera sustancial el procedimiento adelantado toda vez que fue el tiempo que necesitó la autoridad disciplinaria para recaudar las pruebas que le permitieron abrir la investigación.**

A ello se suma que la entidad demandada le brindó protección a la hoy demandante en cuanto a las garantías materiales propias del derecho de defensa, lo que se refleja indudablemente en (i) el agotamiento de todas las etapas procesales legalmente definidas (ii) **la notificación de la apertura del proceso disciplinario, la formulación de los cargos imputados y las decisiones de primera y segunda instancia (iii) el acceso a las pruebas practicadas y las oportunidades legales para contradecirlas (iv) el término para rendir descargos y presentar alegatos de conclusión (v) la concesión de los recursos procedentes (vi) la solución de solicitudes de nulidad, entre otras.**

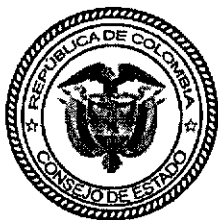
Frente a la afirmación de que el trámite preliminar no podía ser dirigido contra una dependencia entera, sin señalar los sujetos indagados, tampoco es de recibo, en la medida que la Ley previó que el operador disciplinario precisamente **contara con una etapa previa que le permitiera decretar pruebas a fin de verificar si efectivamente existe una conducta irregular, si esta se encuentra dentro del ámbito disciplinario e identificar plenamente sus presuntos autores.**

Ahora bien, como la respuesta al problema jurídico planteado es negativa, **la consecuencia de ello frente a las pruebas recaudadas en la indagación preliminar, es que conservan su validez, toda vez que son las herramientas con las que cuenta el funcionario instructor para valorar si hay lugar o no a iniciar la investigación disciplinaria, de lo cual dará traslado al encartado en su momento para que, posteriormente, tenga la oportunidad de pronunciarse sobre estas y controvertirlas dentro de los parámetros de la sana crítica que atañe a las actuaciones administrativas.**

La Sala estima que **las pruebas que se recaudaron y practicaron con anterioridad a la vinculación formal de la demandante al proceso disciplinario no pueden considerarse inválidas** por el hecho de que no contaron con la asistencia de la accionante, pues, de acuerdo con lo previsto en el artículo 69 de la Ley 734 de 2002 la autoridad disciplinaria tiene la facultad de iniciar y tramitar oficiosamente la acción y dentro de ese actuar oficioso, puede decretar y practicar las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos; [...] [Negrillas fuera de texto].

De todo lo anterior, sobre el tema del derecho de contradicción y defensa, la Subsección concluye lo siguiente:

- Los sujetos procesales tienen derecho a acceder a la actuación disciplinaria, a partir de que son vinculados a ella.



- Desde el momento en que son vinculados pueden aportar y solicitar pruebas e intervenir en su práctica.
- Mientras se surte el trámite de la notificación personal del auto de apertura de investigación disciplinaria, se pueden seguir practicando las pruebas. No obstante, aquellas pruebas que se hayan practicado sin la presencia del implicado, en tanto se surtía dicho trámite, deberán ser ampliadas o reiteradas, en los puntos que solicite el disciplinado.
- Igualmente, puede suceder que, por algunas razones, los sujetos procesales no intervengan en la práctica de pruebas, bien porque no han sido vinculados o porque estándolo la autoridad no comunicó de forma oportuna y efectiva la fecha de la práctica de pruebas, o habiéndolo hecho los sujetos procesales no asistieron.
- En todo caso, las pruebas recaudadas pueden ser objeto del derecho de contradicción y defensa a través de otros medios, en especial en etapas posteriores en donde los sujetos pueden pedir la práctica de otras pruebas o efectuar las respectivas valoraciones sobre aquellas.
- Para poder solicitar la nulidad por violación al derecho de contradicción y defensa se debe acreditar una irregularidad determinante, esto es, aquella que sea capaz de socavar la materialidad de este derecho fundamental; es decir, que de no haberse presentado dicha anomalía el trámite de la actuación o los resultados del proceso hubiesen sido diferentes.

3.1.6.2 Caso concreto.

El apoderado de la demandante se limitó a elaborar un listado de decisiones y pruebas sobre las cuales esgrimió que se había vulnerado el derecho de contradicción y defensa, pero sin hacer, al menos, una distinción entre aquello que sucedió antes de que la demandante fuera vinculada a la actuación disciplinaria y entre lo que sucedió después de la notificación de dicha decisión.

La apertura de investigación disciplinaria en contra de la señora María del Rosario Peña Saavedra se adoptó el día 18 de agosto de 2005 y la notificación de dicho auto tuvo lugar el 29 de agosto de 2005, a las 12:45 p. m., según lo informó el señor apoderado de la demandante.

Por tanto, de la enumeración de las diligencias y pruebas sobre las cuales supuestamente se vulneró el derecho de contradicción y defensa, se puede efectuar una clasificación de la siguiente manera:



Diligencias y pruebas <u>antes</u> de la notificación de la apertura de investigación disciplinaria.	Pruebas <u>después</u> de la notificación de la apertura de la investigación disciplinaria.
- Auto del 9 de febrero de 2005, por medio del cual se inició indagación preliminar y se decretaron pruebas. - Diligencia de visita especial practicada el 11 de febrero de 2005. - Declaración juramentada rendida por la señora Nazly Amanda Mera Arguedas, el 15 de febrero de 2005. - Auto del 28 de febrero de 2005 en donde se ordenó la práctica de pruebas. - Diligencia de visita especial practicada el 1.º de marzo de 2005. - Prueba trasladada en papel fax de la declaración juramentada rendida por la doctora Nazly Amanda Mera Arguedas dentro del despacho comisorio n.º 275 del 23 de febrero de 2005, sin conocerse la radicación del proceso de origen. - Declaración juramentada del doctor Luis Mario Duque, a quien no se le informó la excepción al deber de declarar, toda vez que actuaba como apoderado judicial del implicado Caicedo Salcedo en las presentes diligencias. - Diligencia de visita especial practicada en la Secretaría de Hacienda Municipal entre el 29 y el 31 de agosto de 2005, que inició sin que la disciplinada Peña Saavedra hubiera sido notificada del auto de apertura de investigación.	- Diligencia de visita especial a las dependencias de la Tesorería el 1.º de septiembre de 2005, donde se dejó constancia de que los abogados defensores no asistieron y que fueron avisados de la diligencia. No obstante, el abogado de la demandante dijo que no existía constancia en el expediente de dicho aviso. - Diligencia de visita especial a la Secretaría General del Concejo de Cali el 1.º de septiembre de 2005, donde se dejó constancia de que los abogados defensores no asistieron y que fueron avisados de la diligencia. No obstante, el abogado de la demandante dijo que no existía constancia en el expediente de dicho aviso. - Diligencia de visita especial al Instituto Geográfico Agustín Codazzi el 2 de septiembre de 2005. - Diligencia de visita especial a la Fiscalía 90 Seccional de Cali el 2 de septiembre de 2005, con miras a revisar el expediente n.º 741606-90, en la cual se allegaron como pruebas trasladadas las versiones libres de Apolinar Salcedo Caicedo, del 6 de julio de 2005; la versión libre de la doctora María del Rosario Peña Saavedra, del 7 de julio de 2005; la versión libre de Juan Gabriel Rojas Girón, del 18 de julio de 2005; y la versión libre de Víctor Manuel Armella Velásquez, del 1º de agosto de 2005. - Diligencia de visita especial al Consorcio Fiducolombia S.A - Fiducomercio S.A. y al Encargado Fiduciario, efectuada el día 2 de septiembre de 2005. - Acta de visita especial a la Secretaría de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de Bogotá el 16 de mayo de 2006.

Respecto de las diligencias y pruebas señaladas en la columna de la izquierda, es absolutamente claro que, con excepción de la visita especial del 29 y el 31 de agosto de 2005, aquellas se dieron antes de la expedición del auto de apertura de investigación disciplinaria, por lo cual los reparos formulados por el abogado de la demandante carecen de sentido, pues en ese momento la señora María del Rosario Peña Saavedra no había sido vinculada a la actuación. Como bien se sabe, la indagación preliminar es opcional⁶⁵ y en la actuación que aquí se examina dicha fase cobijó a un investigado distinto. De esa manera, con fundamento en la referida indagación preliminar, se profirió auto de apertura de investigación disciplinaria en

⁶⁵ Artículo 150 de la Ley 734 de 2002.



contra de la demandante, etapa procesal a partir de la cual conoció dichas pruebas y sobre las cuales pudo ejercer el derecho de contradicción y defensa.

Por su parte, en cuanto a la visita especial practicada en la Secretaría de Hacienda Municipal entre el 29 y el 31 de agosto de 2005, esta ocurrió en el trámite intermedio entre la apertura de la investigación disciplinaria (18 de agosto de 2005) y la respectiva diligencia de notificación (29 de agosto de 2005). Por tanto, la actuación desplegada por la Procuraduría General de la Nación estaba habilitada conforme a lo preceptuado en el artículo 91 de la Ley 734 de 2002, evento en el cual le correspondía a los sujetos procesales, de forma posterior, solicitar la ampliación o reiteración en los aspectos que consideraran pertinentes. A partir de allí, la demandante, a través de su apoderado, tuvo innumerables oportunidades de proceder de dicha manera, y ejercer el derecho de contradicción, como en efecto lo hizo en la fase de pliego de cargos, alegatos de conclusión y el recurso contra la decisión sancionatoria de primera instancia.

Ahora bien, un distinto análisis merecerían las pruebas que se practicaron después de la notificación de la apertura de investigación disciplinaria (columna de la derecha), de las que, según la demandante, se generó una irregularidad que afectó el derecho de contradicción y defensa. Sin embargo, el señor apoderado no explicó de forma suficiente las razones por las cuales las presuntas anomalías fueron determinantes como para considerar una afectación sustancial al derecho de defensa.

Por el contrario, lo que observa la Sala es que las pruebas recaudadas en esas visitas fueron documentales, razón por la cual la demandante y su apoderado pudieron ejercer, de manera ulterior y en distintos momentos, el derecho de contradicción y defensa, como efectivamente lo hicieron en la fase de pliego de cargos, los alegatos de conclusión y en el recurso de apelación contra el acto administrativo sancionatorio de primera instancia. Incluso, según las mismas circunstancias indicadas por el apoderado de la demandante, los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación comunicaron de forma oportuna a los sujetos procesales la realización de dichas diligencias, aspecto que fue refutado por el profesional del derecho en el sentido de que no existía una prueba de ello, pero olvidando las constancias que se dejaron en las respectivas actas de visita por parte de los funcionarios encargados de practicar las pruebas.

Conclusión: En el proceso disciplinario que aquí se examina, no se vulneró el derecho de contradicción y defensa por cuanto (1) La mayoría de las decisiones y pruebas que no le fueron notificadas o comunicadas a la demandante ocurrieron en el trámite de la indagación preliminar; (2) En la indagación preliminar la demandante no estaba vinculada a la actuación, pues ello ocurrió a partir de la investigación disciplinaria; (3) Porque otras pruebas tuvieron lugar mientras se surtía el trámite de la notificación de la apertura de investigación, aspecto permitido y reglamentado por la legislación disciplinaria; (4) Porque las restantes pruebas fueron documentales, sobre las cuales se pudo ejercer el derecho de contradicción y defensa en varias oportunidades; y (5)



625
24/2

Radicado: 11001-03-25-000-2011-00337-00 (1285-2011)
Demandante: María del Rosario Peña Saavedra y otros

Porque no hubo una irregularidad determinante capaz de afectar la esfera material del derecho de defensa.

Solución del primer problema jurídico: una vez han sido resueltos todos los subproblemas jurídicos, esta Sala considera que los actos administrativos sancionatorios disciplinarios acusados no fueron expedidos con violación de normas superiores, razón por la cual la causal alegada por la demandante no está llamada a prosperar.

3.2 Segundo problema jurídico

¿Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios acusados fueron expedidos con falsa motivación?

La respuesta a esta cuestión dependerá de que Sala, de forma preliminar, se refiera brevemente a la causal de falsa motivación. De forma posterior, deberá solucionar dos subproblemas específicos relacionados con la falta disciplinaria que fue endilgada, para concluir si las decisiones están afectadas del vicio expuesto por la demandante.

3.2.1 La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos.

El vicio de falsa motivación se configura cuando las razones invocadas en la fundamentación de un acto administrativo son contrarias a la realidad. Sobre el particular la jurisprudencia de esta Subsección indicó⁶⁶:

Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado [...]

Así las cosas, el vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de dos eventos a saber: primero, cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados o, segundo, cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración aunque habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta.

⁶⁶ C.E. Sec. Segunda. Subsec. A. Sent. 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218-12), mar. 17/2016.



En lo que respecta a los actos administrativos disciplinarios, una causal de falsa motivación podría estar relacionada con la categoría de la tipicidad, pues es en este elemento de la estructura de la responsabilidad en donde converge la imputación fáctica con la imputación jurídica, cuestión que permitirá no solo saber si la falta es gravísima, grave o leve⁶⁷, sino determinar con toda claridad si la conducta se adecuó o no al respectivo tipo disciplinario. En síntesis, la falsa motivación en materia disciplinaria se puede dar, entre otros eventos, por una defectuosa imputación típica, lo que implicaría desconocer, al mismo tiempo, el principio de legalidad.

Hechas estas precisiones, le corresponde a la Sala resolver dos subproblemas para saber si los actos acusados se adecuaron de forma correcta a la falta disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y si la decisión de preclusión de investigación a favor de la señora María del Rosario Peña Saavedra, proferida por la Fiscalía General de la Nación, demostraba la atipicidad de dicha conducta.

3.2.2. Primer subproblema.

¿Se adecuó de forma correcta la conducta de la demandante a la falta disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios efectuaron un juicio de adecuación típica correcto frente a la falta disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por cuanto se desconocieron los principios de transparencia y publicidad en la contratación estatal.

Para desarrollar este subproblema, se hará una exposición de los siguientes temas:

- Consideraciones respecto de la falta disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 (3.2.2.1).
- Las reglas que desarrollan los principios de transparencia y publicidad en la contratación estatal (3.2.2.2).
- Caso concreto (3.2.2.3).

3.2.2.1 Consideraciones respecto de la falta disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

La norma en comento contempla como falta gravísima la siguiente:

⁶⁷ Artículo 42 de la Ley 734 de 2002.



31. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual [...] con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley. [...]

La parte subrayada de la norma fue declarada exequible por parte de la Corte Constitucional mediante la sentencia C-818 de 2005, bajo las siguientes consideraciones:

«[...] De acuerdo con lo expuesto, la Corte concluye que para convalidar el señalamiento de un *principio* que regula la contratación estatal y la función administrativa como descriptor de un comportamiento constitutivo de falta gravísima, es necesario:

(i) **Acreditar que la infracción disciplinaria de uno de tales principios tiene un carácter concreto y específico a partir de su complementación con una regla** que le permita determinar de manera específica su contenido normativo, describiendo con claridad cuál es el deber, mandato o prohibición que fue desconocido por el servidor público o por los particulares en los casos previstos en la ley. Para ello, es indispensable demostrar que a pesar de tener la conducta reprochable su origen en un principio, **(a) la misma se desarrolla conforme a una norma constitucional de aplicación directa**, como sucede, por ejemplo, en las hipótesis previstas en los artículos 126 y 268 del Texto Superior, el primero, que para garantizar el principio de moralidad pública prohíbe el nepotismo, y el segundo, que para lograr el mismo fin prohíbe a los Congresistas dar recomendaciones a fin de proveer empleos en la Contraloría General de la República; **(b) o que a pesar de su generalidad, éste se puede concretar acudiendo a una disposición de rango legal** que lo desarrolle de manera específica, como sucedería, a manera de ejemplo, **con algunas de las reglas previstas en los artículos 23 a 26 de la Ley 80 de 1993**⁶⁸.

(ii) Cuando se formule la acusación disciplinaria debe señalarse tanto la conducta imputable como la norma que la describe, según lo ordena el artículo 163 del Código Disciplinario Único. Así las cosas, **no es suficiente la simple manifestación de haber vulnerado un principio, sino que resulta exigible su descripción y determinación conforme a la disposición de rango legal o al precepto constitucional de aplicación directa** que le sirve de complemento [...]» [Negritas fuera de texto].

La Corte llegó a esta conclusión en aras de proteger los principios de legalidad, tipicidad y reserva de la ley. En efecto, la Corporación manifestó que en virtud del primero la ley debe, entre otras cosas y de forma previa, establecer el comportamiento sancionable y la sanción. Ello porque es un derecho del disciplinado conocer anticipadamente cuáles son las conductas prohibidas y los correctivos que se derivan de su infracción.

⁶⁸ Dispone el artículo 23 de la citada disposición: «[...] Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa [...]» Más adelante, los artículos 24, 25 y 26 desarrollan algunos aspectos puntuales de dichos principios.

En cuanto al segundo, precisó que es indispensable que la norma disciplinaria señale de forma clara, expresa e inequívoca las conductas que pueden ser sancionadas, medida que desarrolla el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, por lo que la descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción no debe dar campo a especulaciones y, por tanto, tiene que ser de tal claridad que permita al servidor público saber exactamente la conducta disciplinable.

En cuanto al principio de reserva de ley, la Corte expresó que es obligación del Estado, cuando se trata de conductas punitivas, someter el tratamiento de estas a la ley, tal como lo advierte el artículo 29 de la Constitución Política, cuando instituye que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa. Sobre el particular declaró lo siguiente:

«[...] Desde esta perspectiva, en materia disciplinaria, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que la consagración de los comportamientos reprochables disciplinariamente, así como las sanciones, los criterios para su fijación y los procedimientos para adelantar su imposición, **corresponden a una materia que compete desarrollar de manera exclusiva a la ley, tanto en sentido formal como material**⁶⁹ [...]» (Resalta la Sala).

Por esas razones, la Corte señaló que no es posible que normas con rango inferior a la ley tipifiquen conductas disciplinarias⁷⁰ e indicó que no es dable invocar el quebrantamiento de un principio como único elemento descriptor de una conducta disciplinaria, toda vez que ello vulnera las garantías de legalidad y tipicidad, en tanto este «[...] tiene una vocación normativa de carácter general, contraria a la concreción y especificidad que se requiere para la descripción de una falta disciplinaria [...]»⁷¹, lo que significaría otorgar una amplia discrecionalidad a la autoridad disciplinaria para fijar la tipificación del proceder sancionable.

⁶⁹ Véase, entre otras, las sentencias T-181 de 2002, C-506 de 2002, C-948 de 2002, C-1076 de 2002, C-125 de 2003, C-252 de 2003, C-383 de 2003 y T-1093 de 2004.

⁷⁰ La Corte completó su análisis manifestando que: «[...] De admitirse que una norma distinta a la ley permita la complementación de los principios para la definición de las faltas disciplinarias, llegaríamos al absurdo que además de la generalidad del principio, y de la ausencia de ley, las conductas sancionables terminen siendo descritas por reglamentos o normas de menor entidad. Así las cosas, esta Corporación concluye que solamente en aquellos casos en que sea posible la concreción de un principio a través de disposiciones de rango legal o de preceptos constitucionales de aplicación directa, se satisface los principios constitucionales que rigen en el derecho punitivo del Estado, y especialmente, en el derecho disciplinario [...]»

⁷¹ Sentencia C-808 de 2005. Al respecto, precisó la Corte Constitucional que «[...] los principios como lo reconoce la doctrina están llamados a cumplir en el sistema normativo los siguientes papeles primordiales: (i) Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho. En estos términos, es indiscutible que los principios cumplen una triple función de fundamento, interpretación e integración del orden jurídico [...]».



No obstante, la alta Corporación también consideró que los principios pueden ser objeto de complementación mediante la integración jurídica de su contenido, ya sea a través de disposiciones constitucionales de aplicación directa o de normas de rango legal⁷² que permitan identificar, sin duda, de forma clara, concreta e inequívoca, las conductas prohibidas en materia disciplinaria. Si tal situación no acontece, no puede hablarse de una conducta tipificada en la materia, por cuanto estaría descrita de forma genérica y sin precisión sobre sus elementos, lo que sería inadecuado para las garantías fundamentales del debido proceso, pues se dejaría a la libre apreciación subjetiva del funcionario que ejerce la potestad disciplinaria la decisión de si se incurrió en la conducta prohibida.

En síntesis, de acuerdo con la sentencia C-818 de 2005, solo procede invocar el quebrantamiento de un principio que regula la contratación estatal o la función administrativa como único elemento descriptor de una conducta disciplinaria cuando:

- i) Esta se desarrolla conforme a una norma constitucional de aplicación directa, en la cual se puede determinar con claridad cuál es el deber, mandato o prohibición que fue desconocido por el servidor público y, ii) aunque el principio sea general, éste se puede complementar acudiendo a una disposición de rango legal que lo desarrolle de manera específica.

Por su parte, la doctrina ha explicado dicha falta disciplinaria de la siguiente manera⁷³:

En la segunda hipótesis (participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa) y de conformidad con el contenido normativo de los artículos 23, 24, subrogado por el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993; del artículo 3º del Código Contencioso Administrativo y del artículo 209 de la Constitución Política, los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa son los de **TRANSPARENCIA, economía, responsabilidad, celeridad, eficacia, imparcialidad, PUBLICIDAD, contradicción y moralidad**. [Negritas y subrayado originales. Mayúscula fuera de texto].

⁷² «[...] Para lograr este propósito, es indispensable emplear la técnica de remisión del tipo disciplinario en blanco que exige para la constitucionalidad de la descripción de una falta disciplinaria, la definición previa de un contenido normativo específico que garantice la certeza de los comportamientos antijurídicos que serán objeto de reproche. En este caso, lo que se pretende determinar es la viabilidad de complementar la norma demandada, con otras disposiciones que preserven la posibilidad de reconocer consecuencias disciplinarias frente a aquellos comportamientos que infrinjan los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa. En últimas, esta Corporación debe antes de declarar la inconstitucionalidad de la norma, dilucidar si la misma a través de la complementación o remisión legislativa, admite salvaguardar la eficacia jurídica de los citados principios que sirven de fundamento para orientar y regular el comportamiento de los servidores públicos, a fin de hacer efectivos los fines del Estado [...]»

⁷³ SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel; YATE CHINOME, Diomedes y DÍAZ BRIEVA, Álvaro. Derecho disciplinario, parte especial. Estudio sistemático de las faltas gravísimas. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá (Colombia). Año 2009.p. 138.



Lo anterior quiere decir que si la imputación por la falta gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 lo es por participar en la etapa precontractual con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal, como por ejemplo, la transparencia y la publicidad, la autoridad disciplinaria deberá señalar con toda precisión cuál de las reglas que desarrollan esos principios fue la que se infringió, aseveración que, por supuesto, deberá contar con el respaldo probatorio suficiente para determinar la autoría de dicha conducta. Por lo pronto, la Sala deberá explicar cuáles son las reglas que desarrollan los principios de transparencia y publicidad en la contratación estatal.

3.2.2.2. Las reglas que desarrollan los principios de transparencia y publicidad en la contratación estatal.

Los principios de transparencia y publicidad en la contratación estatal tienen una estrecha cercanía, al punto que las reglas que desarrollan uno y otro principio se encuentran recopiladas en el mismo segmento normativo. A continuación, la Sala se permite transcribir el contenido del artículo 24 de la Ley 80 de 1991, dejando únicamente aquellos apartados que se relacionan con la transparencia y la publicidad:

ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

[...]

3o. Las actuaciones de las autoridades **serán públicas** y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.

[...]

5o. En los pliegos de condiciones

a) **Se indicarán los requisitos objetivos** necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

b) **Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas** que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto de la licitación [...]

d) **No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento**, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

[...]

[Negrillas fuera de texto].



Coherente con lo anterior, la Corte Constitucional, respecto del principio de transparencia, ha efectuado las siguientes consideraciones⁷⁴:

Así las cosas, en virtud del principio de transparencia, se consagró por el legislador con el fin de garantizar la imparcialidad, que la escogencia del contratista siempre se efectuará a través de la licitación o concurso público, que no es otra cosa que el ejercicio de la función administrativa correspondiente a la actividad que en materia contractual le compete al Estado, la cual se encuentra al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios ya mencionados en el párrafo precedente. La selección del contratista mediante la licitación pública o concurso, como lo señaló este Tribunal, es uno de los aspectos que merece especial interés en el Estatuto de Contratación Pública⁷⁵, **pues se garantiza que los procedimientos que han de ser utilizados para la escogencia del contratista, serán claros, nítidos, transparentes**, en aras de asegurar la prevalencia del interés general como principio fundante del Estado social de derecho (art. 1 C.P.). [Negrillas fuera de texto].

Y en cuanto al principio de publicidad ha explicado lo siguiente⁷⁶:

6.2.1. La publicidad es una garantía constitucional para la consolidación de la democracia, el fortalecimiento de la seguridad jurídica, y el respeto de los derechos fundamentales de los asociados, que se constituye en uno de los pilares del ejercicio de la función pública y del afianzamiento del Estado Social de Derecho (C.P. Art. 209). Dicho principio, permite exteriorizar la voluntad de las autoridades en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, y además **brinda la oportunidad a los ciudadanos de conocer tales decisiones**, los derechos que les asisten, **y las obligaciones y cargas** que les imponen las diferentes ramas del poder público. [Negrillas fuera de texto].

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado, al hacer el análisis en conjunto tanto del principio de transparencia como el de publicidad, ha dicho lo siguiente⁷⁷:

El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe “edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) **la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones** impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) **la publicidad de las actuaciones** de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierto; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración”⁷⁸. [Negrillas fuera de texto].

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-508 de 2002.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-711 de 2011.

⁷⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 31 de enero de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767). Actor: CARLOS EDGAR MORENO RINCON. Demandado: Departamento de Cundinamarca; Secretaria de Hacienda.

⁷⁸ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección tercera. Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007.

Y en cuanto al respeto del principio de transparencia, concretamente por las variaciones o modificaciones a los pliegos de condiciones, la corporación se ha referido de la siguiente manera⁷⁹:

*El desconocimiento de las normas relativas a la estructuración del pliego de condiciones, comporta una vulneración de las normas legales que gobiernan los procesos de selección y con ellos los principios de igualdad, participación selección objetiva y **transparencia**. En tanto el pliego de condiciones constituye un acto de carácter general, fruto de la voluntad de la administración con efectos vinculantes, en orden a la realización de los principios constitucionales y legales en la materia que orientan la función administrativa, tanto que esta Corporación, de tiempo atrás, ha sostenido que, una vez publicada, la invitación a contratar no puede modificarse o alterarse y menos aún después del cierre de la licitación o de la presentación de las ofertas, so pena de nulidad¹³. Igualmente ha privilegiado la condición del acto como ley del contrato, pues contiene, delimita y regula los derechos y obligaciones de las partes. En esta línea de pensamiento la Sala también ha sostenido i) que el pliego de condiciones es un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes en el proceso de selección y ii) que únicamente puede ser modificado en las oportunidades y con los límites previstos en el estatuto contractual¹⁴.*

Siendo así es claro que, conforme al texto original del artículo 30 numeral 4º de la Ley 80 de 1993, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de los interesados, **se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance del pliego y escuchar a los intervinientes, consignando lo acontecido en acta suscrita por los comparecientes.**

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, **el jefe o representante de la entidad expedirá las consecuentes modificaciones al pliego**, prorrogará el plazo hasta por seis (6) días hábiles o si lo estima conveniente o así lo solicitaren las dos terceras partes de los interesados, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. **Aunque la norma no descarta la facultad de la administración de introducir modificaciones al pliego de condiciones, lejos está de haberse consignado sin restricciones, en cuanto la sujeta a límites de índole material y temporal.** De una parte porque, en principio, se suscribe a aspectos no sustanciales, lo que excluye de suyo que la autorización comprenda factores de calificación y, de otra, **habida cuenta que los cambios que anteceden al cierre de la licitación deberán adoptarse con prudente antelación, para que los interesados puedan cumplir con las nuevas exigencias o condiciones.** [Cursivas originales. Negrillas fuera de texto].

De lo anteriormente expuesto, esta Sala destaca lo siguiente:

- Los principios de transparencia y publicidad son esenciales en los procesos contractuales, cuya observancia debe protegerse con el fin de seleccionar al mejor

⁷⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 30 de abril de 2012. Proceso número: 19001233100019990011601(21571). Actor: Empresa de Construcciones Civiles Ltda. "ECOCIVIL". Demandado: Corporación Autónoma Regional del Cauca. Referencia: Acción contractual



contratista y para que se brinden amplias y efectivas posibilidades de participación.

- Algunas de las reglas que desarrollan dichos principios son las siguientes: (1) Las actuaciones de las autoridades deben ser públicas; (2) Se deben indicar los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección; (3) Es necesario definir reglas objetivas, justas, claras y completas; en palabras de la jurisprudencia, criterios claros, nítidos y transparentes; (4) No se pueden incluir condiciones y exigencias de imposible cumplimiento; (5) Los cambios de los pliegos o requisitos fijados por la autoridad tienen unos límites materiales y temporales; y (6) Cuando dichos cambios se producen, la autoridad debe publicarlos de manera oportuna y efectiva, con el fin de que los interesados puedan conocerlos, saber sus obligaciones y cargas y se acomoden a las nuevas exigencias o condiciones.
- La inobservancia de cualquiera de las reglas anteriores significa una afectación considerable a los principios de transparencia y publicidad en la contratación estatal, por lo cual este tipo de conductas se encuadran en la falta descrita en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, concretamente por «participar en la actividad precontractual con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal».

3.2.2.3 Caso concreto.

La Procuraduría General de la Nación, a través de sus dependencias de primera y segunda instancia, demostró lo siguiente:

- El municipio de Cali adelantó la Licitación Pública n.º DAHM-001-04, cuyo objeto consistía en la «contratación de los servicios para la modernización y optimización de la gestión tributaria a cargo de la administración municipal, fortalecimiento de las finanzas y el saneamiento fiscal del municipio de Santiago de Cali».
- Uno de los requisitos de dicha licitación se contempló en el numeral 1.4.3 de los términos de referencia, en el cual se estipuló una visita de carácter obligatorio. En tal sentido, una de las reglas de esa visita fue la siguiente: «La asistencia obligatoria será por el representante legal de la empresa correspondiente o por el apoderado especial acreditado por escrito. Si se trata de Uniones Temporales o Consorcios, **es suficiente** con que asista el representante del Consorcio o la Unión». [Negrillas fuera de texto].
- El día 11 de octubre de 2004, entre las 9.00 y las 11.50 de la mañana, que por la fecha correspondió a un día anterior a aquel en que se llevaría a cabo la visita de carácter obligatorio, se celebró la audiencia pública de aclaración de los términos



de referencia, en la cual los participantes formularon algunas observaciones al contenido y alcance de las reglas de la licitación.

- Una de dichas observaciones la efectuó el representante legal de la empresa Narváez y Asociados Consultores, la cual estuvo relacionada con la visita de carácter obligatorio a desarrollarse al día siguiente. La inquietud fue formulada así:

[...] verificar si para el martes [12 de octubre de 2004] ya debe estar conformada la unión temporal o consorcio, porque en este punto dice: “si se trata de uniones temporales o consorcios es suficiente con que asiste (sic) el representante del consorcio o unión, es decir que ya tendría que tener un representante legal la unión?”.

- La demandante, María del Rosario Peña Saavedra, en su condición de directora del Departamento Administrativo de Hacienda y Catastro del municipio de Santiago de Cali, el mismo día 11 de octubre de 2004 —después de haberse cumplido la audiencia pública de aclaración de los términos de referencia— suscribió el Adendo n.º 01 del 11 de octubre de 2004, mediante el cual se modificó el numeral 1.4.3 de los términos de referencia, regla que fijaba las condiciones de la visita de carácter obligatorio a llevarse a cabo al día siguiente.
- La modificación de dicha regla consistió en que, para los consorcios o uniones temporales que se llegaren a conformar con posterioridad a la vista a realizarse al día siguiente, sería obligatoria la asistencia de todos sus miembros. En el siguiente cuadro se puede hacer la comparación entre el requisito original de los términos de referencia con el de la nueva exigencia originada por cuenta del adendo n.º 1:

Requisito original contenido en el numeral 1.4.3 de los términos de referencia	Requisito introducido en virtud del adendo n.º 1 del 11 de octubre de 2004.
«La asistencia obligatoria será por el representante legal de la empresa correspondiente o por el apoderado especial acreditado por escrito. Si se trata de Uniones Temporales o Consorcios, es suficiente con que asista el representante del Consorcio o la Unión»	«La asistencia obligatoria será por el representante legal de la empresa correspondiente o por el apoderado especial acreditado por escrito. Si se trata de Uniones Temporales o Consorcios, es suficiente con que asista el representante del Consorcio o la Unión; los Consorcios o Uniones Temporales que se conformen con posterioridad a la visita, será obligatoria la asistencia de todos los que la llegaren a conformar; en el evento que una de las personas que la integren sean personas jurídicas, deberá asistir el representante legal de la misma o su apoderado especial acreditado por escrito».

- El adendo n.º 1 del 11 de octubre de 2004, suscrito por la demandante, fue publicado en la referida fecha a las 7:12:58 p. m., es decir, en horas de la noche, a menos de catorce (14) horas de efectuarse la visita de carácter obligatorio.
- Además de lo anterior, el acto modificatorio no fue comunicado a los interesados que habían comprado los términos de referencia, muy a pesar de que en la parte inicial del adendo este se dirigió a unos interesados que lo habían adquirido. Las



tres empresas mencionadas en dicho documento fueron individualizadas así: FESA S. A., Jorge Arturo Pinto Serrano; LINKS S. A., Gonzalo Llano; y GESTIONES TALLION, Juan Carlos Álvaro.

- EL 29 de octubre de 2004, fecha posterior a la expedición del adendo y a la práctica de la visita obligatoria, los representantes legales de algunas empresas le enviaron un escrito al señor alcalde del municipio de Cali, con el fin de mostrar su descontento por la forma en que se estaba adelantando la licitación y le anunciaron que se abstendrían de participar en dicho proceso. Los siguientes apartados corresponden al contenido de dicha comunicación⁸⁰:

Los abajo firmantes..., todas compañías compradoras de los pliegos de condiciones e interesadas en participar en el proceso de la referencia, **conocidas las respuestas parciales y extemporáneas del municipio a las observaciones e interrogantes planteados en relación con las condiciones de la licitación pública de la referencia**, así como el Adendo No. 4, manifestamos que nos **abstendremos de participar en la referida licitación pública**.

La anterior determinación obedece a que, luego de revisados los pliegos definitivos, se advierte que tal y como están estructurados y **como se ha desarrollado el proceso licitatorio**, no se ha respetado el derecho fundamental al debido proceso consagrado en la Constitución Política, como tampoco **la libre concurrencia, la publicidad, la transparencia**, la contradicción y la igualdad, que deben observarse con rigor en todos los procesos de selección de contratistas que adelanten las entidades del Estado, en cumplimiento de lo ordenado por la Ley 80 de 1993.

(...) a continuación señalaremos de manera sencilla y general las mayores falencias e irregularidades advertidas durante el proceso...

1. **Se han adoptado determinaciones no comunicadas a los oferentes oportunamente y en la forma prevista en los pliegos**, a través de las cuales se modificaron las reglas del juego.

Tal es el caso del adendo No. 1, que modificó a las 7 y 10 de la noche del 11 de octubre las condiciones de la visita obligatoria revista para el día 12 de octubre a las 9 A. M. Este sólo hecho, que se repitió con la respuesta extemporánea e incompleta de las observaciones efectuadas por los oferentes, vicia el proceso contractual por violación al debido proceso y al principio de contradicción [...] [Negrillas fuera de texto].

- Entre las empresas que firmaron dicha carta estuvieron FESA S. A. y GESTIONES TALLION, quienes habían sido mencionados en la parte inicial del adendo, ya que estas firmas compraron los términos de referencia. Así mismo, la misiva también fue suscrita por la empresa NARVÁEZ Y ASOCIADOS CONSULTORES, la que si bien no obtuvo tales términos, fue la que precisamente, en la audiencia pública de aclaración, elevó la consulta acerca de las condiciones de la visita obligatoria.

⁸⁰ Folios 190 a 193 del cuaderno n.º 2 (en copia) del expediente disciplinario.

Conforme a los hechos anteriormente referidos, debidamente acreditados en los actos administrativos sancionatorios demandados, esta Subsección concluye que efectivamente la señora María del Rosario Peña Saavedra, en su condición de directora del Departamento Administrativo de Hacienda y Catastro del Municipio de Santiago de Cali, sí participó en la actividad precontractual, con desconocimiento de los principios de la contratación estatal, concretamente al haber afectado con su comportamiento los principios de transparencia y publicidad en la licitación pública que estuvo a su cargo.

En efecto, el contenido del adendo n.º 1 y la forma en como fue publicado no correspondía a una regla objetiva, justa y clara, pues, a menos de catorce (14) horas del cumplimiento de un requisito esencial y obligatorio como lo fue la visita en la que debían asistir los futuros proponentes, las condiciones fueron cambiadas de manera abrupta para aquellos interesados en participar en la modalidad de consorcios o uniones temporales.

Frente a lo anterior, el apoderado de la demandante, al igual que lo hicieron los profesionales del derecho que la representaron en el proceso disciplinario, argumentó que contrario al desconocimiento de los principios de la contratación lo que se buscó fue una mayor concurrencia al proceso de selección, por lo cual la adición del nuevo requisito en ningún momento excluía a algún proponente y con ello se ampliaba el espectro de participación en dicho proceso.

Para la Sala, dicha apreciación es incorrecta porque el contenido de la modificación, sumado a la hora en que fue publicada, introdujo un requisito adicional de imposible cumplimiento para aquellos que estuvieran interesados en participar en la modalidad de consorcio o unión temporal. Así, por ejemplo, antes de la modificación, bastaba que asistiera el representante legal de determinada empresa que a futuro estimara conveniente unir esfuerzos con otra firma. En ese caso, el único requisito, conforme a la regla original de la licitación, era que quien concurreniera a la visita obligatoria asumiera la representación legal de la nueva empresa, en la modalidad de consorcio o unión temporal. Por ende, si el representante legal de la firma A hacía presencia en la visita y después de ella aquella se asociaba con la empresa B para formar un consorcio o unión temporal C, únicamente se requería que la representación legal de esta nueva persona jurídica estuviera a cargo de quien asistió a la visita obligatoria.

Por el contrario, la respectiva regla del adendo n.º 1, publicado de forma irregular, cambió de manera sustancial el cumplimiento de dicho requisito, pues, si los consorcios o uniones temporales todavía no se habían formado, era necesario que los miembros que a futuro decidieran unirse asistieran de forma obligatoria. En dicho caso, si la empresa A quería aunar, de forma ulterior, esfuerzos con la firma B, era indispensable ahora que los representantes legales de ambas personas jurídicas asistieran a la visita de carácter obligatorio. No obstante, dicho requisito no fue conocido a tiempo, por lo cual podía suceder que quien asistiera a la visita tuviera la expectativa de asociarse a futuro con



631
248

Radicado: 11001-03-25-000-2011-00337-00 (1285-2011)
Demandante: María del Rosario Peña Saavedra y otros

otra empresa cuyo representante legal no hubiese hecho presencia el día de la visita, pero sin conocer que esa regla había cambiado la noche anterior, a escasas horas de la visita anunciada desde los términos de referencia, perdiéndose toda posibilidad de participar en el referido proceso.

Lo anterior correspondió precisamente el reparo que algunas empresas le formularon al señor alcalde del municipio de Cali, pues a la hora en que se produjo el cambio era imposible que algunos interesados se ajustaran a la nueva exigencia requerida por la administración. La prueba de ello, además de respaldarse en la misiva anterior, también se encuentra en otra comunicación que meses después la empresa GESTIONES TALLION VENEZUELA CA le envió al primer mandatario de aquella ciudad⁸¹:

[...] debemos recordar que por consulta efectuada en la página Web del municipio de Cali, **con sorpresa** se tuvo noticia de la existencia del **Adendo I de fecha 11 de Octubre de 2004** por medio del cual se efectuaban modificaciones a las condiciones de la visita obligatoria que fue realizada el **12 de octubre y que es requisito obligatorio** para participar en la licitación referida.

Efectuada la verificación del archivo divulgado a través de la web, según consta en documento que oportunamente se aportó al Municipio, se verificó que **fue creado el día 11 de Octubre de 2004 a las 07:10:31 p.m.**, a pesar que la audiencia se llevó a cabo el día 11 de Octubre de 2004 a las 9:00 a.m. El mencionado Adendo, **a pesar de que los abajo firmantes eran adquirientes de pliegos, no les fue remitido oportunamente por ningún otro medio** ¿Es eso cumplimiento de los principios de **publicidad y transparencia**? Desde luego que no.

¿Por qué se modifican las reglas de una visita obligatoria a las siete de la noche del día anterior y no se informa a los compradores de pliegos? ¿Quiénes pueden ajustarse a un cambio que se produjo en horas no hábiles, para una diligencia que se llevaría a cabo a la **primera hora del día hábil siguiente** y que no le fue notificado? A la fecha ninguna explicación ha dado el Municipio. [Negrillas fuera de texto].

Todas las circunstancias probatorias anteriormente abordadas fueron analizadas tanto en el pliego de cargos como en los actos administrativos sancionatorios de primera y de segunda instancia, razón por la cual la conducta de la señora María del Rosario Peña Saavedra sí desconoció los principios de transparencia y publicidad, pues la regla modificada a último momento no fue objetiva, justa y clara, y para aquellos interesados en participar en la modalidad de consorcios o uniones temporales, que decidieran hacerlo de forma posterior a la realización de la visita obligatoria, la estipulación por vía del adendo se convirtió en una exigencia de imposible cumplimiento.

Por lo anterior, la tesis de la desviación del poder de la que supuestamente también adolecen los actos acusados tampoco puede ser de recibo, porque, contrario a lo afirmado por la demandante, la Procuraduría General de la Nación sí demostró que la

⁸¹ Folios 194 a 197 del cuaderno n.º 2 (en copia) del expediente disciplinario.



nueva regla de la visita obligatoria, impuesta a través del adendo n.º 1 de la licitación, afectó los principios de transparencia y de publicidad de la contratación estatal. Para ello, nada tenía que ver que los resultados obtenidos a través del contrato que fue suscrito de forma posterior, producto de la licitación, fueran supuestamente superiores, pues ello, en gracia a la discusión, sería un asunto relacionado con los principios de eficiencia y eficacia, más no con los de transparencia y publicidad, cuyas reglas fueron inobservadas en la etapa precontractual en la que participó la demandante.

De esa manera, no le asiste la razón al demandante, por lo cual sus planteamientos no tienen vocación de prosperidad.

Conclusión: Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios efectuaron un correcto juicio de adecuación típica frente a la falta disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por cuanto la demandante desconoció los principios de transparencia y publicidad en la contratación estatal.

3.2.3 Segundo subproblema

¿La decisión de preclusión de investigación a favor de la señora María del Rosario Peña Saavedra, proferida por la Fiscalía General de la Nación, demostraba la atipicidad de la conducta respecto de la falta disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: La decisión de preclusión de investigación a favor de la señora María del Rosario Peña Saavedra, proferida por la Fiscalía General de la Nación, se refirió al delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, el cual es diferente a la falta disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Para desarrollar este subproblema se hará una exposición de los siguientes temas:

- Diferencias entre el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y la falta disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 (3.2.3.1).
- Caso concreto (3.2.3.2).

3.2.3.1 Diferencias entre el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y la falta disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

El artículo 410 del Código Penal (Ley 599 de 2000) dispone lo siguiente:



ARTÍCULO 410. CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES. <Ver Notas de Vigencia en relación con el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011> <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones **tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales** o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

De la descripción efectuada por el legislador, los elementos del tipo objetivo⁸² de este delito son los siguientes:

- Sujeto activo: determinado, es decir, servidor público.
- Sujeto pasivo: el Estado.
- Verbos rectores: tramitar, celebrar o liquidar.
- Objeto jurídico y antijuridicidad material: la administración pública.
- Objeto material: el contrato en el que el servidor público interviene
- Elemento normativo del tipo: «por razón del ejercicio de sus funciones», expresión que da cuenta del nexo funcional entre el servidor público y la realización del comportamiento.

En cuanto al tipo subjetivo, este delito únicamente admite la comisión dolosa.

A partir de la enunciación de los anteriores elementos, la Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad de dicha norma, comenzaba a anticipar las diferencias entre esta conducta punible con otros fenómenos como los ilícitos administrativos o disciplinarios. En esa ocasión, la corporación dijo lo siguiente⁸³:

Las razones para establecer la celebración indebida de contratos como un delito tipificado se remonta al legislador de 1936. Antes de aquella fecha, como lo recuerda Alfonso Gómez Méndez en el libro "Delitos contra la administración pública", no había un capítulo especial para esta clase de delitos, pues, en tal época, eran pocos los contratos que celebraba el Estado y su cuantía no era significativa. Pero, cuando la actividad del Estado en esta materia aumentó, debido, en especial, al incremento de las obras públicas y al desarrollo de actividades en el campo de las comunicaciones, en la prestación de servicios en salud y educación, etc., se abrió el camino no sólo para que se formara una rama independiente del derecho administrativo, que es la contratación administrativa,

⁸² En derecho penal, toda descripción típica tiene un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo. Este último, considerado como tipo subjetivo, se refiere al dolo, la culpa o preterintención y a los demás elementos anímicos y subjetivos.

⁸³ Corte Constitucional. Sentencia C-917 de 2001

sino para que la justicia ordinaria penal, adquiriera competencia para conocer de las conductas en que ha podido incurrir el funcionario o empleado público que intervino en la celebración del contrato administrativo y si, en abuso de sus cargos, sacaban ventajas de ella, bien fuera para favorecerse a sí mismo o a terceros.

Se planteó, entonces, una gran discusión sobre si esta clase de conducta por parte del servidor del Estado debía constituir un delito o **sólo merecería reproche ético o ser sancionada disciplinariamente.**

[...]

La Corte no duda en afirmar que no le asiste razón al actor en su acusación. Tal como se dijo, **las ópticas en que la jurisdicción contencioso administrativa y la penal examinan esta clase de asuntos, es distinta, y sus decisiones son, también, distintas.** El juez contencioso **examinará** los documentos correspondientes y hará las declaraciones del caso, de nulidad, ilegalidad, **ilicitud.** La jurisdicción ordinaria penal, en esencia, realiza un juicio de responsabilidad del servidor público, y en la sentencia declara la responsabilidad penal del investigado o acusado. **Las conclusiones en uno y en otro caso pueden finalizar en forma armónica o complementaria, o en forma totalmente diferente.** Por ejemplo, **cuando el juez contencioso declara la nulidad de un contrato por no contener los requisitos esenciales, pero el juez penal decide en la sentencia que no hay responsabilidad penal** del sujeto activo calificado (el servidor público), porque no se probó que existiera el ánimo de obtener un provecho para sí, para el contratista o para un tercero, como lo exige el artículo 146 del Decreto 100 de 1984. [Negritas fuera de texto].

La doctrina penal especializada revela de manera más diciente dichas diferencias, pues ha dicho que el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se asemeja a un prevaricato, en donde «[n]o es cualquier violación a cualquier norma contractual la que constituye delito, sino aquello manifiestamente contrario a la ley —en el sentido que se precisa para tal delito—, esto es, lo que desconozca los elementos esenciales que configuran la contratación estatal».⁸⁴

En ese sentido, al referirse a los elementos esenciales del contrato, los autores citados destacan aquellos elementos esenciales genéricos, como la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, pero recuerdan que hay otros requisitos esenciales específicos, sin los cuales no se produciría ningún efecto. En el contrato de compraventa, por ejemplo, pueden señalarse la cosa y el precio.

Ahora bien, en el entendido de que la Ley 80 de 1993 no hizo referencia expresa a cuáles son los requisitos esenciales de cada contrato, esa misma doctrina explica que en ellos deben entenderse aquellos que determinan el respeto cabal a los principios de la contratación estatal, entre ellos, por ejemplo, en la transparencia, pues el Estado impone allí ciertas exigencias que no es posible negociar.⁸⁵ De manera concreta,

⁸⁴ GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Delitos contra la administración pública. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (Colombia). Año 2008. p 402.

⁸⁵ *Ibidem*. pp. 406 y 407.



explican el tradicional caso en que se considera afectado el principio de transparencia, desde el ángulo de la responsabilidad penal⁸⁶:

Consideramos que se incurre en el tipo penal en estudio cuando se omite el requisito de la licitación o concurso público, pues si bien es cierto la Ley 80 de 1993 no habla expresamente de que se trata de un requisito esencial, sí lo es porque de su espíritu se desprende que lo que buscó el legislador fue garantizar **transparencia y la selección objetiva del contratista**. [...]Negrillas fuera de texto].

Luego, entonces, para esta Sala es claro que un asunto es la violación de los requisitos esenciales de la contratación estatal para efectos de configurarse el delito contenido en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, y otro muy diferente es la participación en la etapa precontractual con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal. Así, por ejemplo, lo esencial en el derecho penal puede ser el omitir de manera manifiesta el requisito de la licitación pública, pero descartándose allí otros yerros en cuanto a la forma en que se debe respetar el principio de publicidad. Esto obedece, por supuesto, a los principios de subsidiariedad y fragmentariedad propios del derecho penal⁸⁷, pues no cualquier irregularidad debe ser considerada como una afectación al bien jurídico objeto de protección. Por eso, la doctrina equipara dicha conducta como un prevaricato y la jurisprudencia, por su parte, explica que en algunos comportamientos basta el reproche ético o disciplinario.

Esta idea tan clara también ha sido desarrollada por la doctrina en el derecho disciplinario. En efecto, allí se puede encontrar una comparación entre el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales (artículo 410 de la Ley 599 de 2000) con la falta descrita en los numerales 30 y 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Veamos las diferencias entre una y otra norma y el análisis que se hace sobre ello⁸⁸:

Pero, además, algunos de los componentes de la categoría del bien jurídico de la administración pública, propia del derecho penal, **no son requeridos para que se justifique de forma legítima y conveniente la positivización de muchas faltas disciplinarias**. De hecho, una de las razones para considerar con más fuerza ciertos comportamientos disciplinarios **es que ellos han quedado por fuera del derecho penal**, ya que estos precisamente no alcanzan a afectar ese bien jurídico tan especial como lo es la administración pública.

En efecto, miremos con muchísima y especial atención el siguiente ejemplo:

⁸⁶ *Ibidem*. pp. 407 y 408.

⁸⁷ VELÁSQUEZ V. Fernando. Derecho Penal. Parte General. Cuarta edición. Librería jurídica COMLIBROS. Bogotá (Colombia). Año 2009. pp. 85, 185 y 186.

⁸⁸ PINZÓN NAVARRETE, John Harvey. *La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario: concepto, evolución y criterios teórico-prácticos para su correcto entendimiento*. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez, 2018. pp.188 y 189.



Delito en el Código Penal (Ley 599 de 2000)	Faltas disciplinarias en el Código Disciplinario Único (Artículo 48 de la Ley 734 de 2002)
Artículo 410. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas <u>de cinco (5) a doce (12) años</u> .	Numeral 30. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilitación prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental. Numeral 31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual , en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

Obsérvese en la columna de la izquierda que lo que se consideró delito, esto es, la lesión del bien jurídico de la administración pública, fue el tramitar, celebrar o liquidar un contrato estatal, sin la observancia de los requisitos legales esenciales. **De suerte que todo lo que allí no quepa no puede considerarse como afectación de ese bien jurídico.** Así, por ejemplo, si no se observan esos requisitos en la aprobación o ejecución del contrato, ello no deberá ser tenido como delito a cargo del servidor público, **porque únicamente el tipo penal consideró que los incumplimientos más graves son los que pueden realmente poner en peligro el bien jurídico de la administración pública**, concretamente el instituto jurídico que lo compone.

En cambio —ver la columna de la derecha—, **las descripciones de las dos faltas disciplinarias son mucho más amplias**, en las que están incluidos comportamientos que efectivamente no son delitos (es decir, que no afectan el bien jurídico de la administración pública), pero que **contrariamente sí pueden significar una afectación sustancial del deber funcional**. En efecto, de ello no debe haber ninguna duda, cuando —por ejemplo— **se apruebe o ejecute un contrato sin que se observen los respectivos requisitos esenciales**.

Para ser más claros: en este tipo de conductas toda realización del injusto penal corresponde al mismo tiempo a la configuración de un ilícito disciplinario, **pero no todo ilícito disciplinario es la comisión de un injusto penal**. Así, pues, si la conducta no debe ser considerada injusto penal, es precisamente porque no se afectó o no se puso en peligro el bien jurídico de la administración pública (como lo sería cometer dichas irregularidades en la *aprobación o ejecución* del contrato). Sin embargo, **ese mismo comportamiento sí puede ser considerado como una falta disciplinaria porque justamente se afectó de forma sustancial el deber funcional**. [...] Por ello, una cosa es el bien jurídico de la administración pública para el derecho penal y otra muy diferente es el deber funcional para el derecho disciplinario.

[Negritas fuera de texto]

En consecuencia, la Subsección concluye que si una determinada conducta constituye falta disciplinaria, pero al mismo tiempo resulta atípica respecto de algún delito, ello es perfectamente posible y de hecho coherente, en donde puede existir una decisión penal absolutoria, pero que el caso se resuelva, desde el escenario disciplinario, con la imposición de una sanción. Esto, lejos de ser una contradicción, obedece a los



requisitos y categorías que estructuran la responsabilidad penal y disciplinaria por separado, cuyos fundamentos y finalidades son enteramente diferenciables como se ha puesto de presente a lo largo de la presente decisión.

3.2.3.2 Caso concreto.

El señor apoderado de la demandante argumentó que si un funcionario judicial de la República había determinado que un proceso contractual era atípico, es decir, que no violó la Ley 80 de 1993, no podía la Procuraduría decir justamente lo contrario, para imponer, a renglón seguido, una sanción disciplinaria. En su aseveración resaltó la Resolución de preclusión de investigación que adoptó la Fiscalía General de la Nación, por los mismos hechos, a favor de la señora María del Rosario Peña Saavedra, con el fin de reclamar que las decisiones adoptadas en la jurisdicción penal y en el proceso disciplinario debían obedecer al mismo razonamiento y a la misma lógica. Así mismo, su argumento fue complementado nuevamente con la teoría de la desviación del poder, pues la Procuraduría no podía haber calificado la conducta de dolosa, cuando la Fiscalía había determinado lo contrario.

En ese sentido, la Sala desestima los anteriores planteamientos, por cuanto la decisión a la que hizo referencia la demandante tuvo que necesariamente circunscribirse a la acreditación o exclusión de cada uno de los elementos del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, contenido en el artículo 410 del Código Penal, tanto los relacionados con el tipo objetivo como con el tipo subjetivo.

En efecto, la Sala considera, al igual que lo hizo el Ministerio Público en su concepto en el trámite de este proceso, que puede ser completamente razonable que la jurisdicción penal haya absuelto a la señora María del Rosario Peña Saavedra, porque su conducta quizás no fue una irregularidad manifiesta lo suficientemente capaz para haber afectado el bien jurídico de la administración pública. De hecho, si se acoge la teoría de los requisitos esenciales del contrato y se toma como ejemplo el tradicional caso de adelantarse el proceso contractual sin acudir a la licitación pública cuando era obligatorio hacerlo, es evidente que los hechos acreditados en el expediente disciplinario son indicadores de que la demandante no cometió el referido delito, es decir, que su conducta es atípica desde el punto de vista penal.

Sin embargo, lo anterior no excluye la realización de la falta disciplinaria por parte de la demandante, que consistió en introducir una regla desprovista de objetividad y claridad y de imposible cumplimiento para algunos interesados en participar en el proceso contractual a cargo de la administración del municipio de Cali. En efecto, la conducta de la señora María del Rosario Peña Saavedra sí afectó de manera sustancial su deber funcional, pues inobservó deliberadamente las reglas contenidas en la Ley 80 de 1993 y demás normas complementarias que desarrollan los principios



de transparencia y publicidad en la contratación estatal, conclusión para la cual no se requiere de la realización de determinada conducta punible.

Por tanto, la supuesta incoherencia y falsedad que cometió la Procuraduría General de la Nación no es cierta, pues ella se edificó en la premisa inexacta de reclamar un mismo razonamiento y una misma lógica frente al análisis dogmático de la tipicidad y la culpabilidad tanto del delito como la falta disciplinaria aquí examinados.

Conclusión: La decisión de preclusión de investigación a favor de la señora María del Rosario Peña Saavedra, proferida por la Fiscalía General de la Nación, no demuestra la atipicidad de la conducta ni la ausencia de dolo, respecto de la falta disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 cometida por la demandante.

Solución del segundo problema jurídico: una vez han sido resueltos los subproblemas jurídicos, esta Sala considera que los actos administrativos sancionatorios disciplinarios acusados no fueron expedidos con falsa motivación, razón por la cual las causales alegadas por la demandante no están llamadas a prosperar.

3.3 Tercer problema jurídico.

¿Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios acusados fueron expedidos con desviación de poder?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: Los actos administrativos sancionatorios demandados no fueron expedidos con desviación del poder, por cuanto la decisión sancionatoria se ajustó a los parámetros establecidos en la Constitución y la ley.

Para desarrollar este problema, se hará una exposición de los siguientes temas:

- La desviación de poder en la expedición de actos administrativos (3.3.1).
- Las categorías y subcategorías de la estructura de la responsabilidad, como parámetro de imposición de la sanción disciplinaria (3.3.2).
- Caso concreto (3.3.3).

3.3.1 La desviación de poder en la expedición de actos administrativos.

El vicio de desviación de poder se configura cuando una autoridad expide un acto administrativo que si bien puede ajustarse a las competencias de las que es titular y a las formalidades legalmente exigidas, da cuenta del uso de las atribuciones que le



corresponden a efectos de satisfacer una finalidad contraria a los intereses públicos o al propósito que buscó realizar el legislador al momento de otorgar la competencia en cuestión. Esta Subsección ha definido este vicio así⁸⁹:

La desviación de poder ha sido comprendida por la jurisprudencia de esta Corporación como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, **se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse [...]** [Negrita fuera de texto].

La mayor aplicabilidad y utilidad de la desviación de poder se da al tratarse de actos discrecionales pues, además de la competencia, los demás elementos de su validez no son tan importantes para controlarlos. En estos actos, el fin específico (correspondiente al régimen jurídico particular de que se trate) y el general (interés general o mejoramiento del servicio), se erigen como los factores últimos para valorar su legalidad⁹⁰.

No pasa lo mismo cuando se trata de actos reglados, como los disciplinarios, toda vez que en estos están predeterminadas las circunstancias de mérito y de oportunidad, así como los requisitos formales y sustanciales para su expedición. En estos casos, como resulta evidente, la voluntad del funcionario con competencia para emitir el acto se reduce a su mínima expresión⁹¹.

Otra cuestión relevante es la de la prueba de la desviación de poder. Normalmente, es oculta, por cuanto se queda en la mente de quienes intervinieron en la expedición del acto, de allí que para demostrarla sea necesario auscultar en las intimidades del procedimiento de su emisión, lo cual dificulta su comprobación, sobre todo cuando la desviación es hacia intereses espurios o mezquinos⁹². Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que «demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma»⁹³.

⁸⁹ C.E. Sec. Segunda, Subsec. A, Sent. 2700123310002003004702 (1385-2009), nov. 26/2009.

⁹⁰ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. *Manual del acto administrativo*. Séptima edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2016, pp. 553-554.

⁹¹ *Ibidem*. P.554.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ C.E. Sec. Segunda, Subsec. B, Sent. 170012331000200301412 02(0734-10), feb. 23/2011.

3.3.2 Las categorías y subcategorías de la estructura de la responsabilidad, como parámetro de imposición de la sanción disciplinaria.

A partir de los elementos definidos por la ley⁹⁴, el desarrollo de la jurisprudencia constitucional⁹⁵, lo sostenido por esta Corporación⁹⁶ y lo explicado por la doctrina especializada⁹⁷, la estructura de la responsabilidad disciplinaria se comprende cuando un sujeto —servidor público o particular que ejercer funciones públicas—, plenamente capaz, comete una conducta —acción u omisión—, que resulta ser típica —falta gravísima, grave o leve—, sustancialmente ilícita —afectación del deber funcional, sin justificación alguna—, que sea realizada con culpabilidad —culpabilidad psicológica: dolo o culpa; y culpabilidad normativa: exigibilidad de una conducta diferente— y que no esté presente alguna causal de exclusión de responsabilidad.

En tal forma, cada una de las categorías mencionadas cumple una función diferenciadora. Así, por ejemplo, la conducta servirá para establecer en qué modalidad se afectó el deber funcional, esto es, por acción o por omisión; la tipicidad será necesaria para respetar el principio de legalidad; la ilicitud sustancial evitará que se sancione por desvalores de conducta irrelevantes; y con la culpabilidad se respetará el principio de dignidad humana, a partir de que el hombre, en cualquier aspecto situacional de su vida, debe ser libre para actuar con culpabilidad.

Igualmente, cada una de las categorías allí mencionadas está compuesta a su vez por otros elementos denominados subcategorías. Así, *verbi gratia*, en la tipicidad el concepto de tipo definirá si la falta es gravísima, grave o leve. A su vez, la ilicitud sustancial tiene un aspecto tanto positivo —afectación sustancial del deber funcional— como negativo —causal de justificación—. Por su parte, la culpabilidad tiene una dimensión psicológica en donde aparecen los conceptos de dolo y culpa, en tanto que

⁹⁴ Artículos 4, 5, 13, 23, 28, 43 y 48 de la Ley 734 de 2002.

⁹⁵ Ver, entre otras, sentencias C-948 de 2002, C-818 de 2005, C-720 de 2006, C-030 de 2012, C-721 de 2015 y C-284 de 2016.

⁹⁶ Ver, a manera de ejemplo, la sentencia del diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01092-00(2552-13). Actor: Francisco Javier Guillermo Barreto Vásquez Demandado: Contraloría General de La Republica. Sección Segunda, Subsección "A". del Consejo de Estado.

⁹⁷ Ver, entre muchos otros, GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del derecho disciplinario. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (Colombia). Sexta edición. 2017. PINZÓN NAVARRETE, John Harvey. La culpabilidad en el derecho disciplinario. Concepto y análisis de sus distintos problemas conforme a la compleja estructura de la responsabilidad. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá. Julio de 2016. PINZÓN NAVARRETE, John Harvey. *La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario: concepto, evolución y criterios teórico-prácticos para su correcto entendimiento*. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez, 2018. ROA SALGUERO, David. CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO. INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. Instituto Hispanoamericano de Derecho Disciplinario. Editorial Ibáñez. Año 2010. SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas. Tercera edición. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá (Colombia). Año 2012. Igualmente, ISAZA SERRANO, Carlos Mario. Teoría General del Derecho Disciplinario. Aspectos históricos. Sustanciales y procesales. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá (Colombia). Año 2009. Este último autor, precisamente, es el señor apoderado del demandante.



la culpabilidad normativa está referida a la exigibilidad de otra conducta, como forma de efectuar un reproche pleno.

A esta forma de pensamiento tradicionalmente se le llama «dogmática»⁹⁸, método o ciencia que se caracteriza por unos pasos especiales como lo son la interpretación, la sistematización y la crítica, en donde las particularidades metodológicas de esta forma de conocimiento son la lógica, la rigurosidad, el análisis y la organización en dicha estructura de cada uno de los elementos antedichos. En ese sentido, cada categoría de la estructura de la responsabilidad es un aspecto necesario, pero no suficiente, pues solo la concurrencia de todos ellos legitima la imposición de un correctivo disciplinario.

Por su parte y de forma contraria, la misma legislación disciplinaria ha contemplado algunos eventos de ausencia de responsabilidad⁹⁹. Es lo que podría equivaler a las causales de justificación (exclusión de ilícito) o a las causales de inculpabilidad (también denominadas como eventos de inexigibilidad de otra conducta), con lo cual sería improcedente la declaratoria de responsabilidad. La doctrina incluso, al analizar cada elemento de la responsabilidad, ha llegado a considerar cuatro causales totalmente diferentes, denominadas como eximentes de capacidad, eximentes de conducta, eximentes de ilicitud típica y eximentes de culpabilidad.¹⁰⁰

En ese orden de ideas, los temas tan generales como el modelo de Estado; el preámbulo de la Constitución; los valores como el trabajo, la justicia, la igualdad; el principio de dignidad humana; la efectividad de los derechos humanos; el orden justo; el derecho a acceder o a permanecer en un cargo público; las oportunidades de trabajo; el interés general; los principios de la función pública, entre muchos otros conceptos, no pueden explicar de forma suficiente por qué, en determinado caso, un servidor público no debe ser declarado responsable. Se requiere en dichos casos que los valores y principios enunciados tengan una nítida conexión con las categorías que conforman la estructura de la responsabilidad o con los eventos con los que ella se desvirtúa.

⁹⁸ Ver, entre otros, GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *La Dogmática Jurídica como ciencia del Derecho. Sus especies penal y disciplinaria, necesidad, semejanzas y diferencias*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá (Colombia). Año 2011.

⁹⁹ Artículo 28. Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito.
2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.
3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
4. Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.
5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable.
6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.
7. En situación de inimputabilidad. En tales eventos se dará inmediata aplicación, por el competente, a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes.

¹⁰⁰ PINZÓN NAVARRETE, John Harvey. *La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario: concepto, evolución y criterios teórico-prácticos para su correcto entendimiento*. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez, 2018. pp. 152 a 173.



De hecho, esta Sala considera que muchos de los elementos de la responsabilidad disciplinaria han sido contruidos precisamente a partir de los conceptos anteriormente referidos. En efecto, la relación especial de sujeción, como concepto que explica y fundamenta el derecho disciplinario, tiene mucho que ver con el modelo de Estado, el preámbulo de la Constitución, y el interés general, pues los servidores públicos están al servicio de los demás, en una inocultable situación de mayor responsabilidad que los particulares. La tipología de las faltas disciplinarias de competencia del legislador está diseñada conforme al interés general y al orden justo, para lo cual se ha concebido un sistema de deberes, derechos, prohibiciones y otros comportamientos considerados como falta. El concepto de ilicitud gira en torno a los y los principios de la función pública, mientras que el de la culpabilidad está fundamentado en la dignidad humana, pues a nadie se le puede imponer un correctivo si no ha actuado con completa libertad. En síntesis, es la «filosofía humanista» la que indiscutiblemente ha soportado un derecho disciplinario que se fundamenta principalmente en el principio de legalidad y en el régimen de la responsabilidad subjetiva.

3.3.3 Caso concreto.

El señor apoderado de la demandante afirmó que los actos administrativos sancionatorios desconocieron el modelo de Estado; el preámbulo de la Constitución; los valores como el trabajo, la justicia, la igualdad; el principio de dignidad humana; la efectividad de los derechos humanos; el orden justo; el derecho a acceder o a permanecer en un cargo público; las oportunidades de trabajo; el interés general; los principios de la función pública, entre muchos otros conceptos. En síntesis, dio a entender que los actos fueron expedidos con desviación de poder, a través de lo que denominó como el desconocimiento de la «filosofía humanista de la Constitución». Así mismo, manifestó que los actos administrativos no se ajustaron al interés general y que la actuación disciplinaria significó una persecución abusiva en contra la demandante. Por tanto, tildó a la Procuraduría como una entidad que actuó en contra de sus deberes y de lo que legítimamente le correspondía hacer.

No obstante, para esta Subsección, la demandante no explicó de manera adecuada las razones por las cuales los actos administrativos sancionatorios desconocieron dichos postulados. En efecto, solamente efectuó una serie de afirmaciones sin mayor respaldo probatorio y jurídico, pues lo que principalmente caracterizó el escrito de demanda en estos temas fue la utilización de argumentos *ad hominem*, al decir que «[e]n suma, **se requiere un talento especial para violar** este tajo de disposiciones de la Constitución. Fue lo que hizo aquí el Ministerio Público, en forma por demás paradójica, pues su misión constitucional es velar por el cumplimiento de las normas y la defensa de los derechos humanos». De igual manera, que hubo «**actitud persecutoria** del Ministerio Público, lo que recordaba épocas en que el Estado perseguía a los ciudadanos» y que la «Procuraduría falló en un tiempo récord, se



apartó de la Fiscalía, no dio un trato igual al que brindó en otras investigaciones suyas, notificó a las malas y no se declaró impedida. En síntesis, toda una **persecución abusiva**». [Negrillas fuera texto].

El argumento *ad hominem*, también conocido como ataque personal, consiste en «ofender al adversario mediante ataques personales, en vez de cuestionar los méritos de sus argumentos. Con esta estrategia lo único que se pretende es desprestigiar al oponente y restarle credibilidad a las opiniones que esta persona defiende. A falta de mejores argumentos, quien recurre a esta falacia lo único que en realidad espera es desviar la atención del auditorio de la verdadera esencia de los que se debate [...]».¹⁰¹

De similar manera, se ha explicado tanto el sentido positivo como el negativo de este tipo de defectos en la argumentación, siendo este último como el que más suele emplearse¹⁰²:

Es el argumento que se funda en razones subjetivas. Como por ejemplo, afirmar que una hipótesis es cierta o razonable solo porque lo dice fulano, quien es un gran intelectual, además de tener un apellido tradicional, poseer grandes riquezas y tener buena presencia.

El argumento *ad hominem* **suele ser utilizado en sentido negativo** como cuando se ataca una propuesta jurídica denigrando al oponente y **no destruyendo la hipótesis**. [Negrillas fuera de texto].

Otros autores amplían las posibilidades en que se puede dar este tipo de argumentos, para lo cual se explica lo siguiente¹⁰³:

Hay dos argumentos falaces o pseudoargumentos que atacan directamente al adversario: la Falacia *ad hominem* y la Falacia del Muñeco de paja. Son pseudoargumentos **porque ninguno refuta las afirmaciones del contrincante**. El primero se limita a descalificarlo como persona y el segundo **forja un oponente imaginario fácil de tumbar**. Son también, como se ve, ejemplos de la **Elusión de la carga de la prueba**. [Negrillas fuera de texto].

Así las cosas, esta Sala considera que todas las afirmaciones efectuadas en el texto de la demanda, que tuvieron como propósito acreditar la supuesta violación de la «filosofía humanista de la Constitución» y demás valores y principios referidos, originadas por las supuestas actitudes, posiciones y características de la entidad que tuvo a cargo de la actuación disciplinaria, no están llamadas a prosperar.

¹⁰¹ DÍAZ, Álvaro. La argumentación escrita. Editorial Universidad de Antioquia. 2009. p. 101.

¹⁰² CASTILLO ALVA, José Luis. LUJÁN TÚPEZ, Manuel. ZAVALETA RODRÍGUEZ, Róger. Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales. ARA Editores AXEL Editores. Segunda edición. Colombia. 2007. p. 320.

¹⁰³ GARCÍA DAMBORENEA, Ricardo. Diccionario de falacias. www.usoderazon.com pp. 10 y 11.



En el mismo sentido, al revisarse de forma minuciosa el expediente, la Subsección constata que la actuación disciplinaria se ajustó al debido proceso, con el trámite previsto por el ordenamiento jurídico, con lo cual está probado que las actuaciones adelantadas por la Procuraduría General de la Nación persiguieron los fines contemplados en que se basó el ejercicio de la acción disciplinaria, sin que se observe alguna intención torticera o desviada como lo indicó la demandante.

Al respecto, le correspondía al demandante demostrar aquellos supuestos móviles ilegales y arbitrarios, para sustentar de forma adecuada la causal de desviación de poder, pero dicha exigencia no fue cumplida. Por el contrario, lo que observa la Sala es que las decisiones fueron adoptadas con observancia de las normas que regulaban la materia, sin que interviniera alguna intención malévola de querer sancionar disciplinariamente a la demandante con ausencia de elementos jurídicos o probatorios para ello.

Conclusión: Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios no fueron expedidos con desviación de poder, toda vez que las razones de dichos actos administrativos sancionatorios se basaron en argumentos sustanciales y procesales, relacionados con la responsabilidad disciplinaria y la estructura del proceso.

DECISIÓN DE ÚNICA INSTANCIA

Al no encontrarse probada ninguna de las causales de nulidad endilgadas en contra de los actos acusados, la Subsección denegará las súplicas de la demanda.

Condena en costas

Toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el presente caso, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

Poder otorgado a la doctora María Paula Torres Marulanda, por parte de la jefe de la Oficina Jurídica de la entidad demandada.

En el folio 597 del cuaderno principal de este proceso, se encuentra un memorial en el que la jefe de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación le otorga poder a la doctora María Paula Torres Marulanda para que actúe en el presente proceso. Por tanto, la Sala le reconocerá personería para que represente a la entidad demanda.



638
254

Radicado: 11001-03-25-000-2011-00337-00 (1285-2011)
Demandante: María del Rosario Peña Saavedra y otros

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: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por María del Rosario Peña Saavedra en contra de la Procuraduría General de la Nación, por lo expuesto en la motivación de esta sentencia.

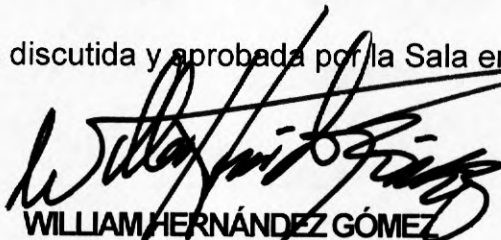
Segundo: Sin costas por lo brevemente expuesto.

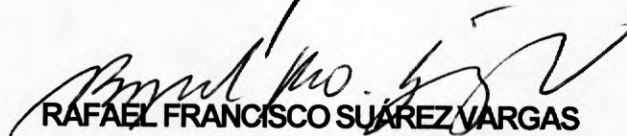
Tercero: Reconózcase personería a la doctora María Paula Torres Marulanda, identificada con c.c. 1.019.032.759 y tarjeta profesional 269.305 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Procuraduría General de la Nación en los términos y para los efectos del poder conferido, visible en el folio 597 del cuaderno principal.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase

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


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

En Bogotá, a 10 6 NOV 2019 notifico al señor (a)
Procurador (a) 3 Delegado (a) ante
el Consejo de Estado. la anterior providencia

Find

SECCION SEGUNDA

SE FIRMÓ EN EDICTO el presente negocio por el término legal
4. tres días hoy 10 8 NOV 2019 a las 8am