



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B**

Consejera Ponente: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2017

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

Radicación: 110010325000201100635-00 (2483-2011)

Actor: JORGE ARTURO GARCÍA DÍAZ

Accionado: UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA NACIONAL.

Trámite: ÚNICA INSTANCIA – DECRETO 01 DE 1984

Asunto: NULIDAD CONTRA SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA DEL CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B PROFERIDA EN ESTE PROCESO.

Decisión: SE ANULA LA SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2014 QUE SE INHIBIÓ PARA PRONUNCIARSE DE FONDO Y SE EXPIDE SENTENCIA SUSTITUTIVA NEGANDO LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

FALLO ÚNICA INSTANCIA

El proceso de la referencia viene con informe de la Secretaría de fecha 13 de mayo de 2016¹ a efectos de resolver la solicitud de nulidad presentada por el demandante contra de la sentencia de única instancia² proferida por esta Subsección, dentro del proceso de la referencia, por medio de la cual, declaró probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa y se inhibió para pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda y sus fundamentos³

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en artículo 85 del Código Contencioso Administrativo⁴, el señor

¹ Folio 641 del expediente.

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de Única Instancia de 27 de noviembre de 2014.

³La demanda, presentada el 5 de junio de 2008, se encuentra visible a folios 45 - 59 del cuaderno principal del expediente. Esta Corporación la admitió mediante providencia de 24 de septiembre de 2012 (folios 386 a 391 cuaderno principal).

⁴ "Artículo 138. *Nulidad y restablecimiento del derecho*. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar

Jorge Arturo García Díaz, a través de apoderado, solicitó la nulidad del fallo disciplinario de Primera Instancia proferido por el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Universidad Pedagógica Nacional el 27 de septiembre de 2007, a través del cual sancionó al demandante con destitución del cargo de Técnico Administrativo Grado 15 - Coordinador de Restaurante y Cafetería de la Universidad Pedagógica Nacional e inhabilidad permanente.

A título de restablecimiento del derecho, el demandante pretende que se condene a la Universidad Pedagógica Nacional a: **i)** reintegrarlo en el cargo que desempeñaba antes de ser destituido, **ii)** pagarle todos los salarios y prestaciones que dejó de percibir durante todo el tiempo que estuvo desvinculado y hasta que sea reintegrado, **iii)** reconocerle y pagarle los perjuicios morales que estima en dos mil gramos oro, y los materiales que superan los \$200.000.000, **iv)** dar cumplimiento al fallo dentro de los 30 días siguientes a su ejecución, en los términos de lo dispuesto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo y, **v)** pagarle, sobre los valores reconocidos, los intereses comerciales y moratorios de que trata el artículo 177 *ibídem*.

Para fundamentar sus pretensiones, el demandante expuso los siguientes hechos:

Señaló que laboró al servicio de la Universidad Pedagógica Nacional por más de veinte (20) años desde el 3 de agosto de 1987 tiempo durante el cual

que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. (...)

desempeñó el cargo de Técnico Administrativo Código 4065 Grado 15 de la Planta Global de Personal Administrativo de la Universidad con funciones de Coordinador de Restaurante y Cafetería.

Indicó que fue víctima de una persecución *“orquestada por los corruptos de la Universidad”*, lo cual llevó a que la Universidad Pedagógica Nacional le iniciara un proceso disciplinario por haber incurrido en: i) las faltas gravísimas consagradas en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002, Numeral 1 en concordancia con el artículo 397 del código penal que consagra el delito de peculado a favor de terceros (a título de culpa gravísima⁵ y título de dolo⁶) y Numeral 31 que prohíbe participar en la actividad contractual con desconocimiento de los principios que regulan la contratación pública (a título de dolo) y ii) en la falta grave consagrada en el artículo 34 (numeral 5) por incumplimiento del deber de cuidado de los documentos y facturas que servían como prueba de la compra de insumos a proveedores y necesarios para legalizar los pagos respectivos (culpa gravísima).

1.2. Normas violadas y concepto de violación⁷

Citó como normas violadas los artículos 1, 4, 5, 6, 11, 13, 14, 15, 16, 23, 25, 26, 28, 29, 42, 44, 48, 49, 53, 74, 83, 86, 87, 88, 90, 9, 92 y 95 de la Constitución Nacional; 4, 5, 6, 12, 14, 33, 103 y 112 y los demás de la Ley 734 de 2002.

⁵ Por a) quebrantamiento de normas de obligatorio cumplimiento derivadas de las exigencias de conocer los precios que se ofrecían en el mercado de estos productos y de pedir al menos tres cotizaciones para escoger la más favorable para la universidad y b) permitir el trámite de documentos con sobre facturación, al omitir verificar cantidades, precios de los productos y sumas que facturaban los proveedores.

⁶ Realizar doble facturación en compra de productos de restaurante.

⁷ Folios 13 a la 19 del expediente.

Sustentó el concepto de la violación en los siguientes términos:

La sanción fue impuesta sin ningún fundamento probatorio y con ella se vulneraron sus derechos fundamentales, especialmente el debido proceso.

La Entidad demandada desconoció el artículo 1 de la Carta Política, toda vez que transgredió el derecho a la dignidad humana, así como el trabajo, porque no tuvo en cuenta los 20 años de servicio que laboró en la Universidad, y fue expulsado dando por terminado su contrato sin justa causa.

La Universidad Pedagógica Nacional desconoció los fines esenciales del Estado previstos en el artículo 2 de la Constitución Política, como los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos y deberes establecidos en la misma, como la obligación de las autoridades de proteger la vida, honra y bienes y demás derechos.

Afirmó, además, que los funcionarios de la Universidad son responsables por acción y por omisión, al no garantizarle sus derechos a la defensa y al formularle cargos de manera infundada, y desconoció lo previsto en el artículo 6 de la Constitución.

A su juicio, la demandada transgredió el artículo 11 superior, porque atentó contra su derecho a la vida, al negarle el pago del salario que necesita para sobrevivir con su familia. La anterior situación se agrava, porque siendo mayor de 55 años de edad, es casi imposible que pueda conseguir otro

empleo. Quebrantó, además el artículo 23 *ibídem*, porque no resolvió conforme a derecho las peticiones de nulidad y de revocatoria directa.

Fue desconocido el derecho al trabajo, al no considerar los 20 años que permaneció al servicio de la Universidad, destituyéndolo sin razón alguna, con fundamento en un proceso disciplinario amañado.

La Entidad quebrantó los derechos al debido proceso y a la defensa, los derechos sociales y económicos, y se atentó contra la familia, al quitarle una fuente de subsistencia y los derechos de los niños que dependen de ella.

Señaló que cumplió el requisito de procedibilidad de agotamiento de la vía gubernativa porque sustentó el recurso de apelación contra la decisión sancionatoria, pues en la audiencia de lectura de fallo, cuando lo interpuso, expuso "*someramente*" sus argumentos que, en todo caso, fueron ampliados posteriormente mediante escrito que fue remitido a la Entidad dos veces vía fax el día en que el que se vencía el término y, además, adujo que el documento fue radicado personalmente por su abogado el día siguiente.

1.3 Contestación de la demanda

Dentro de la oportunidad legal la Universidad Pedagógica Nacional contestó la demanda en los siguientes términos (folios 441 - 448 cuaderno principal):

Señaló que el fallo sancionatorio estuvo fundado en el análisis y valoración de las pruebas que se practicaron, con las cuales se demostraron los cargos que se le endilgaron al actor, por cuanto las documentales recaudadas, así

como los testimonios practicados, dan cuenta de la responsabilidad del demandante.

Afirmó que no existen elementos de convicción que desvirtúen las faltas disciplinarias, y tampoco se demostró que el actor hubiese actuado al amparo de una causal de exclusión de responsabilidad. En ese orden, se acreditó que el demandante es responsable de las faltas gravísimas que se le imputaron, que afectan el patrimonio público y, por consiguiente, se hace merecedor de las sanciones que prevé la Ley.

Mencionó que de acuerdo con las disposiciones contenidas en el numeral 1 del artículo 44 del Código Disciplinario Único, en concordancia con el artículo 46 *ibídem*, para las faltas gravísimas dolosas que afectan el Patrimonio económico del Estado, independientemente de la cuantía, la Ley establece la sanción de destitución con inhabilidad permanente.

Indicó que no es cierto que el demandante haya vulnerado las disposiciones constitucionales ni legales que citó. La Universidad adelantó la actuación con observancia de los derechos al debido proceso y a la defensa, analizó los argumentos de la defensa y el proceso se tramitó en todas sus etapas sin que se advierta irregularidad alguna.

Finalmente, propuso las siguientes excepciones: 1) **Caducidad**, teniendo en cuenta que el fallo de primera instancia fue dictado y notificado en la misma audiencia el 27 de septiembre de 2007, y quedó ejecutoriado el 3 de octubre

de 2007, para el 5 de junio de 2008, cuando fue radicada la demanda, ya habían pasado más de 4 meses; y 2) **Falta de causa legítima y cobro de lo no debido, porque** no existe causa legítima de la parte actora, por cuanto la destitución del actor tiene pleno sustento legal en la medida en que la actuación disciplinaria respetó el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa y las demás formas y requisitos sustanciales y procedimentales del proceso disciplinario.

1.4 Alegatos de conclusión

Vencido el término probatorio cada una de las partes presentó sus alegatos de conclusión dentro de la oportunidad que se les concedió para el efecto, en los cuales reiteraron los argumentos de la demanda⁸ y de la contestación de la demanda⁹.

1.5 Concepto del Ministerio Público¹⁰

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, rindió Concepto mediante escrito visible, en el que solicitó proferir una Sentencia inhibitoria, con fundamento en los siguientes argumentos:

Señaló que en este caso no es posible abordar el estudio del fondo del asunto porque operó la caducidad de la acción, dado que la demanda se dirige contra el fallo sancionatorio de primera instancia, proferido el 27 de

⁸ Folios 538 - 557 cuaderno principal del expediente.

⁹ Folios 533 - 537 cuaderno principal del expediente.

¹⁰ Folios 559 a 565 del cuaderno principal del expediente

septiembre de 2007 por el Jefe de Oficina de Control Disciplinario Interno de la Universidad Pedagógica Nacional; y fue admitida el 24 de septiembre de 2012, sin que dentro del término de fijación en lista se hayan modificado las pretensiones.

El acto administrativo censurado fue notificado en estrados y, al no haber prosperado los recursos i) de apelación contra la decisión impugnada (porque no fue sustentado y por extemporaneidad), y ii) el de queja que negó aquél y que fue decidido el 17 de diciembre de 2007; el Fallo demandado quedó ejecutoriado ésta última fecha, pues el artículo 119 del Código Disciplinario Único prevé que la firmeza de las decisiones se adquiere con la suscripción del respectivo Auto.

Por tanto, si la demanda se presentó el 5 de junio de 2008, los 4 meses a que se refiere el artículo 136 – 2 del C.C.A, se superaron en desmedro de la oportunidad leal para acudir ante la jurisdicción y la consecuencia no es otra que el Juez se deba inhibir para estudiar el fondo del asunto.

1.6 Actuaciones judiciales de instancia y actuaciones relevantes de las partes. a) La Sala mediante sentencia de única instancia de 27 de noviembre de 2014, declaró probada la expresión de indebido agotamiento de la vía gubernativa y se inhibió para emitir un pronunciamiento de fondo¹¹; b) el actor solicitó formalmente aclaración y complementación de la mencionada sentencia -y *materialmente la nulidad de la misma*-¹² y c) la Sala

¹¹ Folio 570 del expediente –cuerno principal-.

¹² Folio 592 y 604 del expediente –cuerno principal-.

mediante auto 28 de abril de 2015¹³ corrió traslado a la demandada de la solicitud del demandante.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Problema Jurídico

En atención a los escritos de demanda, a la sentencia de única instancia de esta subsección que se inhibió para pronunciarse de fondo el presente litigio y a la solicitud de nulidad presentada por el demandante, la Sala debe resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en la sentencia de única instancia que declaró probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa y se inhibió para pronunciarse de fondo, incurrió en nulidad originada en la sentencia por violación del debido proceso?

En el evento de que el anterior problema jurídico se resuelva de manera positiva, la Sala debe proferir una sentencia sustitutiva y en consecuencia establecer:

¿Si la Universidad Pedagógica Nacional incurrió en falsa motivación e indebida valoración probatoria en el fallo disciplinario sancionatorio que sancionó al demandando?

¹³ Folio 596 del expediente –cuerno principal-.

2.2. RESOLUCIÓN DEL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO RELACIONADO CON LA SOLICITUD DE NULIDAD DE LA SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA PROFERIDA POR ESTA SUBSECCIÓN.

Procede la Sala a determinar si le asiste la razón al apoderado del señor Jorge Arturo García Díaz quien afirmó que sí cumplió con el requisito de procedibilidad de agotamiento la vía gubernativa, caso en el cual la Sentencia cuestionada deberá ser declarada nula para, en su lugar, emitir un pronunciamiento de fondo.

Como quiera que se trata de un asunto de carácter sustancial en el marco del deber judicial de control de legalidad de la actuación para el saneamiento de los vicios que configuran nulidades, procede la Sala a pronunciarse sobre el particular.

Está acreditado en el expediente que mediante en Audiencia llevada a cabo el 27 de septiembre de 2007, el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Universidad Pedagógica Nacional decidió sancionar al demandante con destitución en inhabilidad permanente (folios 24 - 42 cuaderno. principal). En esa oportunidad el apoderado del señor Jorge Arturo García Díaz interpuso el recurso de apelación manifestando lo siguiente:

“(...) infortunadamente continuamos con un sainete de aberrantes desafueros cometidos por quien se entiende, debe ser experta en cuestiones disciplinarias. No hay derecho a semejantes despropósitos. Por lo que voy a interponer el Recurso de Apelación, pero no resisto dejar sentada mi perplejidad, mi inconformidad en un régimen de estado (sic) de derecho que se cometan aberraciones como las que nos ocupan. Que a las claras demuestran una vía de hecho. Porque de una supuesta comisión que cobraba el disciplinado se sale a hacer unos cargos totalmente infundados del desempeño del cargo. Es inaceptable un fallo como el que hoy he tenido el infortunio de recibir y de notificarme. Dentro de los tres días siguientes

sustentaré mi recurso, no obstante atacar por vía de tutela lo que es una vía de hecho por la total y absoluta falta de un veredicto ajustado a derecho”¹⁴

Interpuesta la alzada, el disciplinado contaba con tres días para sustentarla, los cuales vencían inicialmente el día martes dos (2) de octubre de 2007. Sin embargo, a folio 1784 del cuaderno N° 4 del expediente, se encuentra un Auto de fecha 3 de octubre de la citada anualidad, suscrito por la Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Universidad Pedagógica Nacional, en el cual consideró:

“Que ayer a partir del medio día se presentaron disturbios de orden público en la Universidad, que originaron la evacuación del personal, a partir de las dos y treinta (2:30) de la tarde”.

En consecuencia, ordenó:

“reponer el día de hoy el suspendido ayer, para efecto de las notificaciones y recursos a que haya lugar”. (Negrillas de la Sala)

De este modo, el plazo para sustentar la impugnación en contra de la decisión sancionatoria venció el tres (3) de octubre de 2007.

A folio 1785 del cuaderno N° 4 del expediente, se encuentra el informe secretarial suscrito por la Auxiliar Administrativa de la Oficina de Control Disciplinario interno de la Entidad demandada, de fecha 3 de octubre de 2007, en el que consta lo siguiente:

“Para el día de hoy, y siendo las 5:00 de la tarde, se vencieron los términos, sin que el Dr. Gustavo Realpe Castillo se haya acercado a esta oficina para allegar el recurso de apelación en contra del fallo sancionatorio”

¹⁴ Folio 42 del cuaderno principal del expediente.

Sin embargo, en informe secretarial de 4 de octubre de 2007, la auxiliar administrativo dio cuenta de que *“en la tarde de ayer miércoles 3 de octubre a las 5:04, se hizo presente en esta Secretaría el señor JORGE GARCÍA DÍAZ, quien presentó a la mano para su recepción escrito en 3 folios, yo le recibí y marqué en el reloj, entregándole una copia de recibido”*¹⁵

El escrito a que hace referencia el anterior documento corresponde al que aparece a folios 1786 a 1788 del cuaderno 4, el cual se encuentra incompleto y borroso.

En el expediente también se encuentra el documento completo de sustentación del recurso¹⁶ enviado vía fax, y marcado con recibido en cada uno de sus folios con la fecha 3 de octubre de 2007 y distintas horas así: el primer folio a las 5:12 pm, el segundo a las 5:13 pm, el tercero y los restantes a las 5:18 pm.

A folio 1796 del mismo cuaderno, reposa el informe secretarial de 4 de octubre de 2007, en el que la Auxiliar Administrativo manifestó haber recibido vía fax a partir de las 5:12 pm, el escrito de sustentación del recurso que, a su juicio, contenía varios folios borrosos.

Adicionalmente se encuentra acreditado que el 4 de octubre a las 8:16 am, fue radicado el escrito de la sustentación del recurso legible y completo en la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Universidad Pedagógica Nacional (folios 1797 - 1801 cuaderno 4 del expediente).

¹⁵ Folio 1789 cuaderno 4 del expediente.

¹⁶ Folios 1790 – 1795 cuaderno 4 del expediente

Mediante Auto de 10 de octubre de 2007, la Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Universidad Pedagógica Nacional dispuso rechazar por extemporáneo el recurso de apelación interpuesto contra la decisión sancionatoria de 27 de septiembre de 2007, argumentando que “(...) los escritos allegados el 3 de octubre de 2007 dentro del término de Ley, no están completos, no son claros, ni inteligibles, razones por las cuáles se rechazará el recurso” y agregó: “la sustentación allegada el 4 de octubre de 2007 es extemporánea”¹⁷.

Contra la anterior decisión el apoderado del sancionado presentó recurso de queja¹⁸, el cual fue desatado mediante proveído de 17 de diciembre de 2007 en el sentido de declarar bien denegado el recurso de apelación¹⁹, argumentando i) que lo expresado por el señor García Díaz al momento de interponer el recurso no podía considerarse como sustentación del mismo en tanto que no hace referencia a ninguna prueba o argumentos específicos para oponerlos a los expuestos por el fallador de Primera Instancia y ii) que los escritos remitidos vía fax, llegaron a la Entidad por fuera del horario laboral y, además, se trata de “unas hojas de papel, algunas repetidas, sin coherencia de ninguna naturaleza, ni puede entenderse como un escrito con contenido lógico que apunte a desvirtuar los fundamentos del fallo. Sólo hasta el día cuarto, cuando ya había vencido el término para sustentar, el abogado aportó el escrito de sustentación, por lo cual obviamente, debía declararse desierto”.

Ahora bien, de las anteriores pruebas la Sala debe concluir que, efectivamente, las afirmaciones que expuso el actor en la audiencia de lectura de fallo al momento de interponer el recurso de apelación, no constituyen la sustentación del mismo, pues se limitan a expresar su

¹⁷ Folio 1802 cuaderno 4 del expediente.

¹⁸ Folios 1806 – 1811 cuaderno 4 del expediente

¹⁹ Folio 1825 - 1831 cuaderno 4 del expediente.

inconformidad, sin que se refieran a argumentos claros y puntuales contra lo considerado en la decisión sancionatoria.

Empero, no se puede desconocer que a las 5:04 del día 3 de octubre de 2007, el señor Jorge García Díaz compareció a la Entidad y radicó un escrito de sustentación que, efectivamente está incompleto y borroso.

Con todo, minutos más tarde la funcionaria encargada recibió vía fax otro documento contentivo de la sustentación del recurso de apelación, el cual si bien no está completo, sí resulta ser más legible que el anterior, y en él se aprecia claramente la petición del disciplinado de que se revoque la decisión sancionatoria, así como varios de los argumentos que respaldan su solicitud.

Se probó igualmente que el día siguiente, cuatro (4) de octubre de 2007, el apoderado del sancionado compareció a la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Universidad Pedagógica Nacional, y radicó, esta vez sí completo y legible, la sustentación al recurso de alzada.

De lo anterior se tiene que, aunque tanto el demandante como su apoderado no fueron lo suficientemente diligentes para cumplir su carga procesal de presentar el escrito de sustentación del recurso de apelación pues esperaron hasta el último día y el último momento del plazo, también lo es que el tres (3) de octubre de 2007 en la Entidad se recibieron dos (2) escritos: uno presentado personalmente y otro enviado por fax, los cuales contienen varios de los argumentos de inconformidad frente al fallo disciplinario.

En cuanto a la hora de recibido de los escritos mencionados, se tiene que el primero lo fue a las 5:04 pm y el segundo entre las 5:12 p.m. y las 5:18 p.m.,

tal como quedó consignado en el informe Secretarial visible a folio 1785 del cuaderno N° 4 del expediente. Por lo tanto se probó que la funcionaria encargada de la Dependencia, recibió los dos (2) documentos, situación que permite entender presentado el recurso en tiempo, máxime si se considera que prima el derecho sustancial.

Sobre el particular, no sobra la referencia a lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 4 de 1913 de acuerdo con el cual “en los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil” y lo señalado en el artículo 67 del Código Civil, que prevé: *“todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención legal, se entenderá que terminan a media noche del último día del plazo”*. Con fundamento en esa normativa, la Sección Segunda de esta Corporación consideró en Sentencia de trece (13) de febrero de 1993²⁰, lo siguiente:

“Ahora bien, señala la recurrente el artículo 4 del Decreto Ley 1975 de agosto de 1989 que establece el horario en las oficinas judiciales de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 12 m y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m. y, en tal virtud, podría deducirse que el escrito estaría por fuera de tiempo y, en consecuencia prorrogado el término, dada la hora en que fue recibido. Sin embargo, conviene hacer notar, que el Decreto en referencia si bien regula lo atinente a la jornada de despacho, ha de entenderse que no es lo mismo ésta que el término en sí mismo, según se infiere de los expuesto y pese a que estaría el escrito por fuera de aquella, no puede afirmarse tal cosa respecto del término, sin lugar a dudas, porque éste vencía a la medianoche de ese día y, en verdad, al correrse el traslado en proveído de folio 194, el término se dispuso de “tres (3) días” no de horas y la circunstancia de haberse recibido el escrito, es de relevancia para dar aplicación a las disposiciones del Código

²⁰ Consejero Ponente: dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

de Régimen Municipal en relación con el vencimiento del mismo. Pero además, no cabe aducir que se hubiera prorrogado esta situación, como es obvio suponer, solo podría darse en el supuesto de que el escrito se hubiera recibido al día siguiente, es decir, el 4 de agosto, que no es el caso.”

Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto a la luz del principio *pro homine* y de las garantías constitucionales de acceso a la administración de justicia, del debido proceso y de la prevalencia del derecho sustancial sobre los asuntos meramente formales; se ha de concluir que para efectos del acceso a esta jurisdicción, sí se cumplió con el requisito de procedibilidad consistente en agotar la vía gubernativa.

Lo anterior impone, entonces, declarar de oficio la nulidad de la providencia de 27 de noviembre de 2014, en cuanto la Sala declaró probada la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa y se inhibió de estudiar el fondo del asunto; para, en su lugar, emitir un pronunciamiento sobre las pretensiones formuladas por el actor.

Como consecuencia de lo anterior, efectuará un pronunciamiento de fondo frente a las pretensiones de la demanda.

2.3. RESOLUCIÓN DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO, RELACIONADO CON LA ACUSACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN E INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA CONTRA EL ACTO SANCIONATORIO PROFERIDO POR LA UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA NACIONAL.

Para resolver el problema jurídico enunciado, la Sala analizará las excepciones planteadas por la entidad demandada y de ser procedente los cargos planteados en la demanda.

Análisis de las excepciones propuestas por la Universidad Pedagógica Nacional

El apoderado de la Entidad demandada propuso como excepciones “*la falta de causa legítima y el cobro de lo no debido*” y “*la caducidad de la acción*”. Comoquiera que la primera está relacionada con el fondo del asunto, la misma será analizada cuando se aborde el estudio del mismo.

En lo que tiene que ver con la **caducidad**²¹, y considerando que el artículo 136 del C.C.A establece un término de 4 meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto -según el caso-, para instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; procede la Sala a verificar si la preceptiva se cumplió, previa la siguiente precisión.

Esta Corporación ha señalado que si bien el acto que ejecuta la sanción disciplinaria es conexo con el acto sancionatorio (fallos de primera y segunda instancia), no forma parte del mismo, sino que se trata de un nuevo pronunciamiento que materializa las medidas disciplinarias impuestas, y no

²¹ Tal y como lo ha expresado reiteradamente la Jurisprudencia de esta Corporación, la caducidad ha sido entendida como el fenómeno jurídico procesal a través del cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que -por el contrario-, apunta a la protección de un interés general, e impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado, no puede iniciarse válidamente el proceso. Se trata entonces de una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del Juez, cuando se verifique su ocurrencia También es una carga procesal que debe cumplir quien esté interesado en acudir al aparato jurisdiccional y su omisión lo priva del ejercicio del derecho de acción. En suma, la caducidad comporta el término dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción, y constituye un instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones entre individuos, y entre estos y el Estado.

crea, modifica ni extingue la situación jurídica del disciplinado. “(...) *Es esta la razón por la cual la única connotación que se le ha otorgado a este acto de ejecución, por la jurisprudencia de la Corporación, es la de servir para el conteo del término de caducidad, que empieza a contabilizarse a partir de su ejecución en aras de garantizar una efectiva protección del disciplinado.* (...)”.²² (Las negrillas son de la Sala).

Ahora bien, a efectos de determinar si en este caso la acción caducó, la Sala encuentra acreditado que:

- El demandante fue sancionado en Primera Instancia con destitución del cargo e inhabilidad permanente, mediante decisión de 27 de septiembre de 2007, proferida en Audiencia por el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Universidad Pedagógica Nacional, la cual quedó notificada en estrados el mismo día, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral tercero de la parte resolutive del fallo sancionatorio. (folios 24 - 42 cuaderno principal).
- En la misma Diligencia, el señor Jorge Arturo García Díaz interpuso recurso de apelación en contra del acto administrativo demandado (folio 42 cuaderno principal).

²² Sentencia de 5 de noviembre de 2009, proferida dentro del expediente N° 0792 de 2008, demandante: John Jairo Gamboa Torres Demandado: Secretaria de Educación de Antioquia y otro, Consejero Ponente dr. Gerardo Arenas Monsalve.

- Comoquiera que el recurrente no sustentó la alzada dentro de la oportunidad legal, el recurso de apelación fue rechazado mediante el proveído de 10 de octubre de 2007 (folio 207 cuaderno principal).
- Contra la anterior decisión, el demandante interpuso recurso de queja, el cual fue resuelto por el Rector de la Universidad Pedagógica Nacional, en Auto de 17 de diciembre de 2007, en el sentido de declarar bien denegada la apelación interpuesta contra el fallo sancionatorio (folios 210 a 215 cuaderno principal).
- El proveído que resolvió el recurso de queja, fue notificado por Estado fijado el 21 de diciembre de 2007 a las 8:00 a.m. y desfijado ese mismo día a las 17:00 horas. (folio 217 cuaderno principal).
- A través de la Resolución N° 0154 de 5 de febrero de 2008, el Rector de la Universidad Pedagógica Nacional expidió el auto de ejecución de la sanción, en el que resolvió *“ordenar a la Jefe de la División de Personal, que dentro de los 10 días siguientes contados a partir de la expedición, haga efectiva la sanción impuesta al servidor público JORGE GARCÍA DÍAZ (...) Técnico Administrativo 4065-15, consistente en destitución e inhabilidad permanente”* (folio 12 cuaderno principal).
- La demanda fue presentada el 5 de junio de 2008, ante la Oficina de Apoyo Judicial (folio 59 cuaderno principal).

La Sala advierte que en este caso concreto la acción no caducó, porque si bien el 21 de diciembre de 2007 fue notificado el Auto que resolvió el recurso de queja contra la decisión que negó el recurso de apelación; el 5 de febrero

de 2008 fue proferido el Acto Administrativo de ejecución de la sanción y, es a partir del día siguiente a esta última fecha que debe computarse el término de caducidad, lo cual consulta con los derechos y garantías del demandante, particularmente el de acceso a la administración de justicia, tal como lo ha considerado esta Corporación, en jurisprudencia que se citó con anterioridad.

En ese orden de ideas, el demandante tenía plazo para presentar válidamente su demanda hasta el 6 de junio de 2008 y, como la misma fue interpuesta el 5 de junio de ese mismo año, la acción no caducó. En consecuencia, procede la Sala a abordar el fondo del asunto.

Análisis de los cargos presentados contra el acto administrativo disciplinario de la Universidad Pedagógica Nacional

- Sobre el cargo de indebida valoración y/o falta sustento probatorio para expedir el acto administrativo disciplinario.

Observa la Sala que en la jornada de la “*croactividad*” ante el Instituto Distrital de Recreación y Deporte de la Alcaldía Mayor de Bogotá fue presentada una queja por “*los proveedores de la Universidad Pedagógica Nacional*” contra el señor Jorge Arturo García Díaz ante, en los siguientes términos:

“Denuncio al sr. (sic) Jorge García de la Universidad Pedagógica Nacional, Jefe del Restaurante, por corrupción.

El sr. Jorge García exige comición (sic) por venta del 10% en:

*Verduras,
Granos
Carnes,
Huevos
Gaseosa etc.*

Esperamos solución al respecto”. (Folio 22 cuaderno principal).

Previa remisión de la queja anterior por parte del Instituto Distrital de Recreación y Deporte a la Secretaria General de la Universidad; mediante Oficio N° SGR – 210- 0546 de 29 de julio de 2003, esta última funcionaria corrió traslado de la misma a la Oficina de Control Disciplinario Interno de esa Institución, (folio 23 cuaderno principal).

A través de Auto de 25 de agosto de 2005, la Jefe de Oficina de Control Disciplinario Interno de la Universidad Pedagógica Nacional ordenó la apertura de indagación preliminar en contra del demandante a quien citó para rendir versión libre. En esa oportunidad, dispuso la práctica de varios elementos de convicción. (Folios 149 - 150 cuaderno principal).

En el demandante en su versión libre en relación con el proceso para la compra de productos requeridos en el restaurante, puntualizó:

“(...) Siempre se solicitó adelantar contratos por escrito, con formalidades plenas, ante las directivas de la Universidad. En ese proceso, se realizaron algunos contratos y otros no porque adolecieron de fallas, fallas y procesos de los cuáles deseo anexar copias de memorandos tramitados a las instancias correspondientes en correspondientes (...) esta situación llevó a que se elaboraran órdenes de suministro, las cuales tenían el siguiente proceso, las órdenes de suministro son contratos sin formalidades plenas: se elabora minuta de menús por semana, sobre ésta se establece pedido con el jefe de cocina para una semana, se depura y se cuenta con lo que se tiene en el almacén, se cotiza mínimo con tres proveedores, cotizaciones que deben tener cantidades y especificaciones requeridas, las cotizaciones deben venir acompañadas de boletín mayorista emitido por corabastos y enmarcadas dentro de éstos precios, para seleccionar al proveedor se elabora cuadro comparativo y se selecciona el más favorable por porcentuales en valores, se tiene más presente los precios de los productos no controlados por el boletín, al proveedor seleccionado se le solicita certificado de Cámara y Comercio y registro sanitario y se constata en la Contraloría que no tenga responsabilidad fiscal, se procede a solicitar ante presupuesto certificado de disponibilidad presupuestal , con éste tramitado y recibido, se elabora orden de suministro, la cual lleva una carta que sustenta y justifica su contratación donde se observan las siguientes características:

productos de primera calidad, el proveedor debe dar amplio crédito (30, 45, 60 o más días), que tenga registro de calidad ISO, BPM, HACCP, instalaciones acordes a las condiciones de asepsia e higiene, para las verduras otorgar el 5% de descuento, cumplir con la condición de colocar los productos en la institución, sin cobro de flete adicional; para la cafetería precios racionales y sostenerlos por el valor de la orden de suministro o más tiempo, devolución o cambio de productos si alguno llegara de mala calidad, que tuvieran respaldo financiero o comercial todo esto lo miraba yo. Y ente (sic) todo mi responsabilidad como coordinador al traer esos productos para el consumo de la comunidad universitaria, elaborada la orden con todos éstos requisitos se procedía a enviarla a los trámites de firma, firmas del coordinador del restaurante, la división de Bienestar Universitario, presupuesto, vicerrectoría administrativa y financiera y al ordenador del gasto de acuerdo a la cuantía. En (sic) proceso de trámite de estas órdenes era engorroso y dispendioso como lo cito en los memorandos que anexare (sic), en la mayoría de casos se procedía a realizar el pedido sin contar con éste documento. Recibidos los productos, el almacenista de restaurante y cafetería, quien ejerce el control de cantidades, calidades, y valores, firma facturas y se inicia el trámite de pago parcial para cafetería o total para restaurante, en el caso de la cafetería relación parcial desglosada para pago parcial, y acta de recibí firmada por el almacenista y el coordinador, lo mismo que el original de la factura firmada. (...)”.

En relación con los criterios que tenía para seleccionar a los proveedores, sostuvo:

“(...) los criterios se determinaron entre el coordinador y en su momento la Jefatura de Bienestar Universitario los criterios nunca estuvieron por escrito los hacia (sic) el coordinador con la Jefe de Bienestar y se tenían en cuenta: calidad de los productos, precios racionales y competitivos dentro del mercado, que colocaran los productos en la institución sin cobro adicional., productos de primera calidad, y además tener en cuenta los que cité anteriormente. (...)”.

Agregó que las órdenes de suministro eran contratos sin formalidades plenas y que su aprobación también la daba la Jefatura de Bienestar, sin considerar si los proveedores cumplían o no con el régimen de seguridad social.

En la continuación de la diligencia de versión libre (folios 918 - 920 cuaderno 2), el actor fue indagado sobre el manejo de los proveedores, frente a los

cuales manifestó, en síntesis, lo siguiente: 1) Proveedor de lácteo "el jardín": frente a la variación de precios de leche entera de 1000 centímetros cúbicos bolsa y los descuentos que hacía éste proveedor, afirmó que debía analizar más detenidamente el caso, pues le quedaba muy difícil precisarlo en el tiempo. Sin embargo, su interés siempre fue que los precios bajaran en beneficio de la institución; 2) Distribuidora Distrieses Ltda. Al preguntársele porqué le compró los productos a esa empresa y no a *Bavaria* directamente siendo que la Universidad podía negociar con ésta última, afirmó que *Bavaria* presentó a *Distrieses* como distribuidor autorizado para adelantar la gestión confiriéndole poder con toda la documentación. *Bavaria* no ejercía la función a nivel institucional pues de ello se encargaban los canales institucionales, quienes mantenían los precios; 3) *Proveedor Pastelito*: al preguntársele sobre las variaciones de precios en relación con éste proveedor, manifestó que debía precisar con los antecedentes escritos ya que no le era posible responder sin los suficientes elementos de juicio. Agregó que no existe ninguna prueba de su responsabilidad.

El análisis de los elementos de convicción permite visualizar que el señor García Díaz realizó el proceso decisorio de compra de productos, en el que se observa la ausencia de planeación, de estrategias, de operaciones y de alternativas que favorecieran los intereses de la Universidad, auspiciando, en cambio, intereses distintos a los Estatales.

Del acervo probatorio que obra en el expediente se observan 5 clases de conductas que se repitieron constituyendo concursos, compuestos por faltas independientes y autónomas que, además, permiten establecer las irregularidades administrativas, vulneraciones contractuales y el ilícito cometido por el demandante:

“

1. *Compras sucesivas del mismo producto, a un mismo proveedor, con inexplicable variación de precios, sobrecostos que favorecieron a terceros.*
2. *Compras diarias de cantidades arbitrarias de productos, unas desmedidas, otras mínimas.*
3. *Duplicidad de facturación: facturas con diferentes números, de la misma fecha, que registran compras de los mismos productos, generalmente con precios diferentes.*
4. *Facturas incompletas.*
5. *Facturas que totalizan valor diferente del real, siempre superior a éste”.*

Si bien el investigado fue relevado de las funciones de coordinación a principios del año 2005, éste no hizo entrega formal de su empleo sino que siguió ejerciéndolo dando lugar con sus actuaciones irregulares a sobrefacturación y el incumplimiento de las funciones del demandante, daban lugar a formular cargos toda vez que denotaban la falta de planeación, arbitrariedad, despilfarro, abuso en el ejercicio de sus funciones, que ponían en tela de juicio la buena fe, transparencia moralidad y responsabilidad.

Lo anterior por cuanto en ejercicio de sus funciones de coordinación del restaurante y cafetería de la Universidad, dispuso la compra de pasteles de carne a “*Pastelino*” y leche entera de 1000 c.c. a “*Alimentos el Jardín*” que presentaron una inexplicable variación de precios, favoreciendo los intereses económicos de los proveedores a costa del erario público con lo cual inobservó los principios de transparencia, eficiencia, lealtad y responsabilidad, exigibles a los servidores del Estado, actuaciones que como lo adujo el operador disciplinario son constitutivas de falta gravísima, al tenor

de lo previsto en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, porque en ejercicio de sus funciones, realizó conductas que están descritas en el Código Penal como delito doloso, particularmente el peculado a favor de terceros, tipificado en el artículo 397 *ibídem*, lo cual de acuerdo con las pruebas del expediente se cometió a título de culpa gravísima, en la medida en que para la ejecución de sus funciones debía conocer los precios que se ofrecían en el mercado de estos productos, pedir cotizaciones, compararlas, y contratar la más favorable para la Universidad y pese su trayectoria en estos procedimientos, con lo cual tenía conocimiento de las mínimas reglas contractuales, voluntariamente omitió su aplicación.

Así mismo se observa que omitió el cumplimiento de las funciones reglamentarias de planear, evaluar, controlar, efectuar cálculos, elaborar cuadros y estadísticas, pretermisiones que ocasionaron la compra de productos en cantidades arbitrarias, conducta que fue repetitiva y que originó la violación a los principios de economía y responsabilidad de la contratación Estatal y los de honradez, eficacia, economía y moralidad que rigen las actuaciones administrativas.

Para la Sala, la vulneración de los anteriores principios se evidencia aún más en los cuadros anexos²³ al pliego de cargos y al fallo disciplinario acusado, los cuales contienen la información completa sobre las compras diarias que, mes a mes, el actor efectuó a los distintos proveedores –*evidencia sobre la cual ningún reproche específico hizo el demandante*-, que demuestran: i) la inexistencia de mecanismos o sistemas básicos para el control de inventarios, requerimientos, productos y necesidades y, ii) las compras ocasionales e inexplicables de grandes cantidades de productos. Esta

²³ Folio 151 y siguientes del expediente – cuaderno principal-.

conducta encaja –como lo estableció la autoridad disciplinaria- en falta gravísima al tenor de lo dispuesto en el artículo 48, numeral 31 del Código Disciplinario Único, por participar en la actividad contractual con desconocimiento de los principios que regulan la contratación pública establecidos en la Ley 80 de 1993, y los de la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución, y 22 del Código Disciplinario Único.

Ahora bien, el grado de culpabilidad atribuido por el operador disciplinario, no es desacertado pues el demandante en su calidad de Administrador, con experiencia laboral de más de 10 años en la coordinación del restaurante y a sabiendas de las obligaciones propias de su vinculación laboral y de las responsabilidades del cargo, obró con conocimiento, voluntaria y repetitivamente de forma que quebrantó los principios de la contratación y de la administración pública, a sabiendas de las funciones que el manual imponía, de la arbitrariedad de sus actuaciones y de la afectación de los intereses económicos de la universidad dirigiendo libremente su voluntad a la consumación de las conductas reprochadas.

También se observa que el demandante tramitó dobles facturaciones, probablemente de manera injustificada en relación con “*Pastelería la Florida*”, “*Zoraida Arias Campos*” e “*Ignacio Martínez*” por los mismos productos, el mismo día, a veces con precios unitarios diferentes que beneficiaban a los proveedores en detrimento del patrimonio del Estado, incurriendo así en un delito en contra de la administración pública, tipificado en el artículo 397 del Código Penal como peculado a favor de terceros, a título doloso por el conocimiento que tenía sobre la misma actuó con conciencia sobre la duplicidad de las facturaciones, pues las pruebas demuestran que éstas

actuaciones ocurrieron en un mismo día y la autodeterminación y libertad con las que actuó cuando enderezó su voluntad hacia la consecución del doble pago, tramitando los documentos aludidos.

Igualmente se observa de las pruebas que obran en el expediente que el demandante en ejercicio de sus funciones, permitió el trámite de documentos que presentaban sobrefacturación, con lo cual es claro que incurrió objetivamente el tipo penal denominado peculado por apropiación a favor de terceros descrito en el artículo 397 del código penal como delito doloso y, por esa razón su conducta constituye falta gravísima al tenor de lo previsto en el numeral 1 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, desconociendo además con ella normas de obligatorio cumplimiento, porque era su deber verificar las cantidades, precios de los productos y las sumas a pagar que facturaban los proveedores, antes de autorizar que el trámite para el pago continuara.

De las pruebas recaudadas en el plenario, también la Sala puede corroborar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos irregulares que dieron lugar a que la autoridad disciplinaria estableciera la identidad del implicado, la clase y grado de culpabilidad y finalmente la responsabilidad.

En efecto, se acreditó que desde el 3 de agosto de 1987, el señor Jorge Arturo García Díaz, se vinculó laboralmente con la Universidad Pedagógica Nacional, como Coordinador, código 5050, grado 19, en la División de Bienestar en la Comunidad Universitaria, posee título de administrador hotelero, y de especialista en Gerencia Social de la Educación.

Desde su vinculación hasta el mes de enero de 2005, cumplió funciones de coordinación del restaurante y cafetería universitarios, adscrito a la División de Bienestar Universitario, es decir, por más de 17 años. Como la denuncia anónima que dio origen al proceso es de 2003, la investigación se realizó únicamente sobre este año.

Para entonces, el investigado ocupaba el cargo de Técnico Administrativo 4065. Grado 15, y estaba incluido en la carrera administrativa, cuyas funciones están descritas en la Resolución 678 de 10 de agosto de 1999. Algunas de las funciones generales que tenía eran las siguientes:

“

- *Aportar sus conocimientos técnicos o tecnológicos con miras a implementar, modificar o mejorar los procedimientos administrativos.*
- *Participar en la planeación, programación, organización, ejecución y control de las actividades técnicas y administrativas de la dependencia.*
- *Elaborar e interpretar cuadros, balances, informes, estadísticas y datos concernientes al área de desempeño (...)*
- *Orientar y evaluar las actividades y labores del personal bajo su inmediata responsabilidad (...).”*

Dentro de las funciones específicas, se encontraban:

“

- *Planear, coordinar y evaluar las actividades relacionadas con la prestación del servicio de restaurante y cafetería.*
- *Rendir informes al jefe inmediato sobre las actividades a su cargo.*
- *Controlar la utilización de los insumos que se requieran en la prestación del servicio.*
- *Sistematizar la información de los formularios de la solicitud de servicios de restaurante.*
- *Participar en las reuniones del comité de compras que se refieran a la adquisición de los insumos para el restaurante y cafetería y velar por la calidad de los productos adquiridos.”*

De acuerdo con el acervo probatorio recaudado y la propia versión del disciplinado, esas funciones las desarrollaba a través de las siguientes actividades:

“

- *Determinar las necesidades del restaurante y de la cafetería.*
- *Pedir cotizaciones y seleccionar la más favorable.*
- *Solicitar el certificado de disponibilidad presupuestal y elaborar la orden de suministro.*
- *Realizar compras”*

De acuerdo con lo anterior el disciplinado concentraba la totalidad de las decisiones relacionadas con la compra de productos, disponía qué comprar, cuándo comprar, a quién comprar y a qué precios.

Del análisis de las facturas –y de la relación que de ellas obra en el pliego de cargos-, se infiere objetivamente cómo se realizó el proceso decisorio de compra de productos, en el que salta a la vista la ausencia de planeación, de estrategias, de operaciones y de alternativas que favorecieran los intereses de la Universidad, auspiciando intereses distintos de los Estatales. De tales documentos se evidencian conductas irregulares que se repitieron así:

- *“Compras sucesivas del mismo producto a un mismo proveedor, con inexplicable variación de precios, con sobrecostos que favorecieron a esos terceros.*
- *Compras en cantidades arbitrarias de productos, en ocasiones desmedidas y en otras mínimas.*
- *Duplicidad de facturación; facturas con diferentes números, de la misma fecha, que registraron compras de los mismos productos, generalmente con precios diferentes.*
- *Facturas incompletas.*
- *Factura que totalizaron por valor diferente del real, siempre superior a éste”.*

Adicionalmente se observa que el actor no dio ninguna explicación ni adujo ninguna prueba para aclarar porqué la facturación del mismo producto fluctuó y en cuanto a la explicación que dio frente a la variación de los precios de la leche, *“los datos de las facturas de compra de leche durante el año 2003 (...) muestran que del 17 de febrero al 2 de mayo, fueron facturadas, por unidad de 1000 c.c. a \$977.50 y, el mismo producto, del 5 de mayo al 10 de diciembre a 900.”*, frente a lo cual en el fallo disciplinario se señaló lo siguiente: *“No se encontró prueba que respalde la versión del acusado, de que la fluctuación se hubiese originado en la solicitud de rebaja que presentó al proveedor, con base en la tendencia a la baja del precio de ese producto; y además habrá de tenerse en cuenta que no es la baja en el precio el objeto del reproche, sino las compras anteriores a precios superiores, que obviamente favorecieron al proveedor con una ganancia extra, a costa del erario público”*, conclusión que no resulta contraevidente y al concordar con la evidencia es jurídicamente válida.

De las pruebas que obran en el expediente, también se puede constatar que el demandado vulneró los principios de economía y responsabilidad de la contratación, y los de eficacia, economía y moralidad que rigen las actuaciones administrativas. Lo anterior se demostró con los datos de las facturas de las compras diarias que, mes a mes, efectuó a los distintos proveedores, las cuales acreditan la inexistencia de mecanismos o sistemas básicos para el control de inventarios, requerimientos, de productos y necesidades.

Tales documentales, demostraron de manera unívoca, creíble y concordada la comisión de las faltas por las que fue sancionado el ahora actor. Estas también son prueba del cargo la inexistencia en los archivos del restaurante

de estadísticas, menús, inventarios etc., que hubiera elaborado el actor durante la coordinación. No sobra anotar que, como se estableció en el fallo disciplinario frente a este asunto el investigado no dio explicaciones satisfactorias ni de la entidad suficiente que llevaran a exonerarlo, pues en su argumentación se refirió al trabajo diario de 12 horas y a la falta de personal de apoyo, lo que carecen de fundamento para desvirtuar su responsabilidad.

A lo anterior se suma el testimonio de Elpidia Urrea, supervisora de cafetería y restaurante en el 2003, porque sobre este asunto mencionó que “(...) *las cantidades de productos que pedían y preparaban se calculaban por la experiencia y/o al ojo*”, frente a lo cual el operador disciplinario señaló que se trataba de una declaración “(...) *creíble y verosímil que concuerda con la inexistencia de documentos que demuestren actividades de planeación, control, verificación y racionalización de productos*” y respecto de la misma no hay prueba en el proceso contencioso administrativo que permita desvirtuarla.

Por otra parte se observa el Testimonio de *María Elpidia Urrea Pérez*²⁴, en el cual manifestó que en el año 2003 se desempeñó como supervisora de cafetería y restaurante y a diario le informaba al coordinador lo que debía comprar. Afirmó “*no sabía cómo hacía él los pedidos ni las compras, porque yo solamente hacía con él los borradores de lo que necesitaba (...)*” aunque reconoció que, a veces, hacía las llamadas telefónicas para pedir productos perecederos tales como Yogurt, panes, brownies, jugos, galletas o pasteles. Agregó que en este año se pidieron productos de la cafetería porque los sábados había personal encargado de las reparaciones locativas. Sobre las cantidades de mercancías que se solicitaban, dijo que “*lo calculaba uno por*

²⁴ Folio 1476 y siguientes del expediente –cuaderno del proceso disciplinario-.

la misma experiencia de tanto tiempo, por decir algo uno sabía que el traía veinte cajas de guayaba y ésta venía buena salía jugo hartísimo; si salía mala uno sabía que se perdía bastante, era cálculo al ojo (...)”.

Para la Sala esta declaración tiene fuerza probatoria –*así como la tuvo para el operador disciplinario*- porque al examinar las razones del dicho se observa el testimonio oficial de alguien que trabajó en el restaurante para la época de los hechos, en actividades que le permitían conocerlos directamente, por lo tanto la testigo exhibió su capacidad mental y de memoria sin indicios de que la motivara un interés personal o familiar, por lo tanto, tal y como lo concluyó el operador disciplinario, la declaración fue clara, espontánea y creíble.

También se puede observar el testimonio de Jorge Alberto Beltrán Garavito²⁵, quien para la época de los hechos fungió como contratista - almacenista del restaurante y cafetería. En relación con este testimonio debe resaltar la Sala que el operador disciplinario indicó –*y el declarante lo reconoció*- que éste tiene vínculos estrechos con el demandante – disciplinado, de los que era razonable concluir que tenía un interés que lo inclinó a faltar a la verdad pues además incurrió en contradicciones en algunos aspectos de su declaración, por lo que la autoridad sancionadora no le concedió valor probatorio a esta, y en el presente proceso contencioso administrativo no hay evidencia alguna de error en este punto, además que el dicho del testigo de manera alguna exoneraría de responsabilidad al actor.

El Testimonio de Luz Marina Rodríguez²⁶, entonces operaria de restaurante y cocina. Ésta afirmó que no sabía nada de los hechos investigados, por lo que la valoración del operador disciplinario en cuanto a que tal declaración carece

²⁵ Folio 937 y siguientes del expediente –cuaderno del proceso disciplinario-.

²⁶ Folio 1486 y siguientes del expediente –cuaderno del proceso disciplinario-.

de valor probatorio es jurídicamente acertada, y en relación con el testimonio de Judith Arenas Jiménez, la entidad investigadora afirmó que la misma carece de valor probatorio porque no tenía información sobre las acusaciones, para confirmarlas o desvirtuarlas, lo cual resulta ser un argumento que visto desde la pertinencia de dicha declaración es jurídicamente válido.

De acuerdo con lo previamente expuesto es claro que el cargo de indebida valoración probatoria y/o falta de sustento probatorio para establecer responsabilidad disciplinaria, no tiene vocación de prosperidad, pues en el expediente reposa toda la evidencia en la cual se sustentó el acto acusado y, el análisis realizado por la autoridad disciplinaria se compadece con las reglas de la sana crítica, al punto que las conclusiones a las cuales arribó son jurídicamente validadas.

Adicionalmente debe señalarse sobre este punto que, si bien el actor luego de ingresado el proceso contencioso administrativo para dictar fallo²⁷, a fin de continuar sustentando sus argumentos de nulidad presentó un escrito adjuntando copia de una sentencia de la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado²⁸ en la cual se anularon *–por aplicación del principio de la duda favorable al investigado–* los actos administrativos proferidos en otro proceso disciplinario adelantado en su contra por la misma entidad demandada *–actos disciplinarios en los que se sancionó al actor por falsedad material en documento privado–*²⁹, las consideraciones y decisiones de esa

²⁷ El 24 de mayo de 2017.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 17 de noviembre de 2016. Consejero Ponente Dr. William Hernández Gómez. Rad. N° 0252-2010. Actor: Jorge Arturo García Díaz. Demandado: Universidad Pedagógica Nacional.

²⁹ En el proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho con Rad. N° 0252-2010, Actor: Jorge Arturo García Díaz, Demandado: Universidad Pedagógica Nacional, se demandaron los actos administrativos disciplinarios de 2 de julio y 25 de julio de 2008 que sancionaron al demandante con destitución e inhabilidad general por el término de 19 años, por haber incurrido a título de dolo en la falta gravísima consagrada en el artículo 48 # 1 del CUD, en concordancia con el

providencia en nada influyen en la presente acción de nulidad y restablecimiento pues *-como se indicó previamente-* se trata de procesos contenciosos administrativos independientes contra actos administrativos distintos proferidos dentro de tramites disciplinarios también diferentes, los cuales ni siquiera se valen de la misma discusión jurídica, cargos ni pruebas. En consecuencia la referida decisión judicial no puede ser tomada en cuenta como precedente en este caso ni como indicio alguno en contra de la entidad demandada.

- Sobre el cargo de vulneración del derecho a la dignidad humana.

Considera el demandante que la Universidad Pedagógica Nacional desconoció el artículo 1 de la Constitución Política, que prevé:

“ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.” (Se subraya).

Sobre el concepto de dignidad humana, la Corte Constitucional, en Sentencia S.U 062 de 1999³⁰, consideró:

*“(…)
Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. La dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de*

artículo 287 del Código Penal que consagra el tipo penal de falsedad material en documento privado, por haber expedido una constancia laboral falsa y sin competencia para ello.

³⁰ Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Meza.

*eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano.
(...)”*

A su turno, la Ley 734 de 2002, establece en el artículo 8 que *“Quien intervenga en la actuación disciplinaria será tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*.

Sin embargo, observa la Sala que el demandante no explicó con la claridad y suficiencia debida porqué estima vulnerado su derecho fundamental a la dignidad humana, con lo que desconoció la carga procesal que le impone el artículo 134, numeral 4 del Código Contencioso Administrativo.

La anterior circunstancia le impide a la Sala abordar el estudio del argumento planteado. Con todo, lo que se evidencia es que la sanción impuesta fue el resultado de una investigación disciplinaria que se surtió en todas sus etapas y en la que no se advierte una violación al derecho invocado por el actor.

Se observa, además, que en la actuación administrativa el demandante fue tratado con el respeto debido, como lo ordena el artículo 8 del C.D.U. ya citado, y que contó con las oportunidades procesales para ejercer su defensa.

- Sobre el cargo de vulneración del Derecho al trabajo.

El señor Jorge García Díaz estima que con la sanción impuesta, la Entidad demandada le violó su derecho fundamental al trabajo. Argumentó que fue sancionado sin tener en cuenta los 20 años de servicio que laboró al servicio

de esa Institución, dando por terminada su vinculación a la Entidad, impidiéndole sobrevivir dignamente, junto a su familia.

Al respecto, el Consejo de Estado³¹ ha manifestado:

“(...) En lo que tiene que ver con el derecho al trabajo, se impone aclarar que éste no es absoluto y que so pretexto de su garantía no se pueden tolerar actos que riñen con los principios que orientan la actividad de los funcionarios públicos, los cuales merecen ser sancionados por los funcionarios competentes. (...)”

A juicio de la Sala no le asiste la razón al demandante, porque de lo probado en el plenario se advierte que él cometió varias irregularidades al desempeñarse como coordinador de la Cafetería y Restaurante de la Universidad Pedagógica Nacional; circunstancia lo hizo acreedor de la sanción que le fue impuesta, sin que exista en este caso violación a las mencionadas garantías constitucionales.

Se debe precisar en este punto que, si un funcionario público infringe sus deberes, tiene que asumir las consecuencias de su comportamiento y cumplir con la sanción que le imponga la autoridad competente, sin que ello implique violación a los citados derechos, tal como lo ha considerado la Sala en anteriores oportunidades³².

Si bien el demandante aduce tener una hoja de vida intachable y haberse ganado la buena fama en la institución, esas circunstancias, por sí solas, no

³¹ Sentencia de 22 de marzo de 2012, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del proceso N° 11001-03-25-000-2011-00003-00(0029-11) Actora: Cecilia Sanabria Borda. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado

³² Ver por ejemplo, la Sentencia de 14 de agosto de 2014, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del proceso N° 110010325000201200415-00 (1621-2012) Actora: Miryam Pedraza Rocha. Consejero Ponente: Dr. Gustavo E. Gómez Aranguren.

relevan la responsabilidad disciplinaria en la que incurrió ni lo eximen de la sanción que le fue impuesta en sede Administrativa.

De acuerdo a lo anterior, observa la Sala que la referida sanción impuesta en la fallo de primera instancia, no resulta ajeno al ordenamiento disciplinario, como resultado de la acción del Estado ante el incumplimiento de un deber funcional de quien en su calidad de servidor público tenía la obligación de observar y cumplir la constitución³³, las leyes y los reglamentos que el cargo le imponía.

- Sobre el cargo de vulneración de los derechos a la vida, a la defensa, al debido proceso, de petición y presunta violación a los derechos sociales y económicos, y a los fines del Estado.

Para sustentar la vulneración a los derechos fundamentales mencionados, el actor aduce en síntesis que la Universidad demandada le desconoció i) el derecho a la vida porque le negó el salario que necesita para sobrevivir con su familia; ii) el derecho de petición porque no resolvió conforme a derecho las peticiones de nulidad y de revocatoria directa y; iii) los derechos a la defensa, al debido proceso, los derechos sociales y económicos y los fines del Estado, sin que haya precisado el concepto de la violación en relación con éstos últimos.

Para la Sala el cargo que se estudia no puede prosperar, porque carece de sustento y respaldo probatorio. No es cierto, como equivocadamente lo sostiene el señor García Díaz, que la demandada haya desconocido el derecho a la vida, pues la sanción de destitución, que acarrea justamente el retiro del servicio, fue impuesta después de haberse tramitado la investigación correspondiente y de que se demostró la responsabilidad del

³³ Constitución Política, Artículo 6. “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

demandante, quien por ésta última circunstancia, debe asumir las consecuencias jurídicas de sus infracciones.

No se advierte violación alguna al derecho de petición, que en nada se relaciona con resolver conforme a derecho las solicitudes de nulidad y revocatoria directa, en tanto que éstas últimas se tramitaron en el marco del proceso disciplinario.

Finalmente, el actor no explicó, en este punto, en qué consistió la violación al derecho a la defensa, circunstancia que le impide a la Sala efectuar el análisis sobre el particular. Lo mismo ocurrió con la presunta transgresión al derecho al debido proceso y a los derechos sociales y económicos, pues el señor García Díaz se limitó a afirmar que los mismos fueron vulnerados sin explicar, como era su deber, en qué medida o en qué consistió tal violación. Así, entonces, resulta imposible para la Sala estudiar de fondo el cargo planteado.

- Sobre el cargo de desviación de poder.

Para el accionante, la sanción que se le impuso carece de respaldo probatorio y obedeció, más bien, a una especie de venganza, teniendo en cuenta que él puso en conocimiento de las directivas de la Universidad el mal uso del lava cubiertos. De este modo, el demandante propone el cargo de desviación de poder que se analizará cómo pasa a exponerse.

La desviación de poder es un vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, 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.

Cuando se invoca, necesariamente la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, ya que se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión.

En relación con esta causal de nulidad, la Sala, en Sentencia de 26 de abril de 2012³⁴, consideró:

“(…) La desviación de poder consiste en que determinada atribución de que está investida una autoridad, se ejerce no para obtener el fin que la Ley persigue y quiere, sino otro distinto. El acto por el cual el nominador retira del servicio a un funcionario reviste de presunción de legalidad, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que con su retiro el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón se desmejoró el buen servicio; ya que quien afirme que en su expedición concurrieron razones distintas, está obligado a incorporar la prueba que así lo demuestre. En este sentido, se advierte que la aseveración del actor en torno a la supuesta desviación de poder, impone trascender la órbita de lo objetivo y formal del acto acusado, para trasladarse a la estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del vicio de nulidad, que debe aparecer acreditado fehacientemente; ello es, que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar. En otras palabras, 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. Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión.

³⁴ Radicación número: 68001-23-31-000-2001-02484-02(2587-11) Actor: Antonio Jose Chacón Pinzón Demandado: E.S.E Hospital Universitario Ramón González Valencia En Liquidación. Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

(...)” (Negrillas fuera de texto).

De acuerdo con la providencia previamente citada, alegar la causal de desviación de poder, implica un deber correlativo del actor, consistente en demostrar que el funcionario que profirió el acto administrativo de retiro del servicio tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón, se desmejoró el buen servicio. En otras palabras, debe probar que la decisión acusada está sustentada en una finalidad distinta a la del buen servicio, y no solamente afirmar tal circunstancia.

En el caso concreto, se advierte que el demandante se limitó a señalar que con la decisión sancionatoria fue expedida con desviación de poder porque se tradujo en una especie de venganza siendo además parcializada, sin demostrar que el funcionario investigador actuó con un propósito particular o arbitrario, distinto al que le impone la Ley.

No obstante lo anterior, frente al argumento expuesto por el demandante, la Sala precisa que el acto administrativo censurado se expidió conforme a derecho, pues en el mismo se efectuó una adecuada valoración probatoria, está debidamente motivado y, no se advierte de su contenido arbitrariedad alguna, el cargo que se estudia tampoco prospera.

DECISIÓN

En atención a las consideraciones expuestas en esta providencia, la Sala anulará la sentencia de 27 de noviembre de 2014 proferida en el presente proceso por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B que declaró probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa y se inhibió para conocer de fondo la demanda; y en su lugar, declarará no

probadas las excepciones presentadas por la entidad demandada y negará las pretensiones

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: ANULAR la sentencia de 27 de noviembre de 2014 proferida dentro del presente proceso por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, a través de la cual esta Corporación declaró probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa y se inhibió para conocer de fondo la demanda.

SEGUNDO: DECLÁRAR no probadas las excepciones formuladas por la Universidad Pedagógica Nacional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por el señor Jorge Arturo García Díaz contra la Universidad pedagógica Nacional, por las razones contenidas en la parte considerativa de esta Sentencia.

Cópiese, notifíquese y, una vez ejecutoriada esta Sentencia, archívense las diligencias. Cúmplase.

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS