



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"**

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Expediente N°: 11001-032-5000-2013-01790-00
N° interno: 4752-2013
Demandante: Jesús Augusto Payares Castillo
Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación
Instancia: Única – Decreto 01 de 1984
Asunto: Sanción – destitución. Cambio de procedimiento del ordinario al verbal-numeral 3º del artículo 175 de la Ley 734 de 2002
Decisión: Se niegan pretensiones

El proceso de la referencia viene al despacho con informe de la Secretaría de fecha 30 de octubre de 2015¹, con el fin de dictar sentencia, a lo cual procede la Sala una vez verificado que no hay circunstancias que invaliden la actuación procesal o sean constitutivas de nulidades que puedan afectar o viciar el proceso, y previo cumplimiento del trámite previsto en los artículos 207 a 211 del Código Contencioso Administrativo.

I. ANTECEDENTES

¹ Folio 1179.

1. La demanda y sus fundamentos

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho², el señor Jesús Payares Castillo, solicitó la nulidad de las resoluciones de 16 de febrero de 2005 proferida por una comisión especial de la Procuraduría General de la Nación por medio de la cual fue sancionado con destitución del cargo e inhabilidad general por 12 años; y la de 22 de mayo de la misma anualidad, expedida por el Procurador Delegado para la economía y la hacienda pública, que confirmó la decisión.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, el apoderado del demandante solicitó: i) eliminar de su hoja de vida todos los registros oficiales derivados de la sanción impuesta, incluida la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación; ii) ordenar a la entidad demandada al reintegro a su cargo de diputado de la asamblea departamental de Bolívar y al pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de la destitución hasta su regreso al empleo; iii) reparar integralmente los daños morales ocasionados al disciplinado iv) condenar a la demandada en costas y agencias en derecho y dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 176,177 y 178 del C.C.A.

Para una mayor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por el apoderado de la parte demandante, así:

² Código Contencioso Administrativo, artículo 85.



El señor Jesús Augusto Payares Castillo era miembro de la Asamblea Departamental de Bolívar desde 1985, sin que nunca hubiera sido sancionado disciplinariamente. No obstante, a partir de una publicación en el diario “El Universal” sobre una millonaria capacitación en dicha corporación, la Procuraduría Regional de Bolívar ordenó la apertura de indagación preliminar en su condición de presidente de la misma.

Relató que la Procuraduría General de la Nación creó una comisión especial para asumir la investigación y el 18 de noviembre de 2005, ordenó su apertura por el proceso verbal citando a audiencia pública al señor Payares Castillo.

Dentro del proceso disciplinario se le imputó la falta gravísima prevista en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y el 16 de febrero de 2005 dictó la decisión imponiéndole la sanción de destitución e inhabilidad general por 12 años.

Aseguró que la sanción impuesta vulneró el debido proceso toda vez que le aplicó el trámite verbal cuando este no era el pertinente.

Resaltó que el juzgado 7º de familia de Cartagena, mediante providencia de 14 de junio de 2005, le amparó su derecho y en consecuencia decretó la



nulidad de la actuación disciplinaria a partir del auto de 10 de noviembre de 2004 que ordenó la apertura aplicando el procedimiento verbal³.

Expresó que la Procuraduría General de la Nación actuó en contra de lo dispuesto en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002 y la sentencia de constitucionalidad C-1076 de diciembre 5 de 2002.

Normas vulneradas y su concepto

El apoderado de la parte demandante estimó como transgredidas las siguientes disposiciones:

De la Constitución Política, los artículos 1, 2 y 29.

Del Código Disciplinario Único, el artículo 175.

- Concepto de violación

Arguyó el actor que los actos demandados fueron proferidos con violación a normas superiores, falsa motivación y desviación de poder.

Respecto de la primera causal, anotó que se vulneró el debido proceso porque al calificarse la falta como gravísima de conformidad con el artículo 175 de la Ley 734 de 2002, el procedimiento a seguir era por el ordinario y no el verbal como se adelantó. La segunda, porque el soporte normativo utilizado no era ajustado a la ley disciplinaria, toda vez que insiste en que el

³ Según las pruebas allegadas el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en providencia de 18 de agosto de 2005, conoció en 1.ª instancia, luego que la decisión del juez fuera impugnada y anulada por falta de competencia. El Tribunal negó el amparo solicitado.



trámite era el ordinario y no el verbal, y, la deviación de poder, porque el fin de la Procuraduría General de la Nación, era contrario al objetivo garantista perseguido por el legislador.

2. Contestación de la demanda⁴

La Procuraduría General de la Nación a través de apoderado contestó la demanda y en ella se opuso a las pretensiones de Jesús Augusto Payares Castillo.

Luego de responder uno a uno los hechos de la demanda, hizo claridad sobre la tutela contra la sanción disciplinaria, en particular al señalar, que en principio la acción constitucional fue asumida por el juez séptimo de familia de Cartagena quien accedió a las pretensiones del actor, pero esta fue impugnada por la entidad y le correspondió su conocimiento al Tribunal Superior de Cartagena –Sala Civil y de Familia- quien a través del ponente declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia y asumió el conocimiento en primera instancia, para declararla improcedente. Esa decisión no fue impugnada.

Expuso como argumentos de la defensa que la decisión de aplicar el proceso verbal no fue ni repentina ni arbitraria. Que el legislador fue quien estableció la posibilidad de que el operador disciplinario lo adelantara cuando existiera prueba fehaciente de la comisión de la falta y elementos suficientes que comprometieran la responsabilidad del disciplinado.

⁴ Folios 1125-1140 del cuaderno principal.



Si bien afirmó el abogado de la entidad, la conducta descrita en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, no se encuentra enlistada dentro de las faltas gravísimas en virtud de las cuales se puede adelantar el procedimiento verbal, el numeral 3º amplía el margen de eventos en los cuales se puede adoptar esa determinación, señalando en cualquier caso, independientemente de la naturaleza de la falta y de la calidad del sujeto disciplinado, los elementos exigidos para la formulación del pliego de cargos.

Aclaró que ambos procedimientos, tanto el ordinario como el verbal, gozan de todas las etapas y oportunidades para ejercer la defensa. Citó para tal efecto la sentencia C-370 de 2012.

Como complemento de lo anterior, mencionó que el actor tuvo la oportunidad de manifestarse en forma clara, detallada y profusa respecto de las imputaciones realizadas pero no logró desvirtuarlas. En ese sentido advirtió, los actos proferidos por la Procuraduría General de la Nación, se sujetaron a la constitucionalidad y legalidad. Su motivación está "...impregnada de razones y explicaciones convincentes, de argumentos jurídicos y de fundamentos que surgen del expediente y de reflexiones que analizan las pruebas y la tipificación de las conductas irregulares".

En conclusión, consideró que se mantiene intacta la legalidad de los actos administrativos demandados porque el actor que tenía la carga de la prueba, no logró demostrar lo contrario, por lo que solicitó denegar en su totalidad las pretensiones invocadas.



3. Alegatos de conclusión

3.1 Parte demandante⁵

Insistió en que se vulneró el debido proceso por cuanto no se observó el trámite que le correspondía de acuerdo a la causal que le fue imputada, dado que no está taxativamente señalada como una falta gravísima y por ende se encuentra excluida del mismo. Reiteró todas las pretensiones de la demanda.

Finalmente agregó en su escrito, la violación al principio de reserva legal, causal que no expuso en el libelo inicial y que por no ser la oportunidad procesal para invocarla, un pronunciamiento de la Sala vulneraría el debido proceso de la entidad demandada, toda vez que no pudo pronunciarse sobre ella, razón por la cual la Sala no la analizará.

3.2 Parte demandada

Reiteró la oposición a los cargos de la demanda y los argumentos expuestos en la contestación.

3.3 Concepto del Ministerio Público⁶

La Procuraduría Tercera Delegada ante esta Corporación, solicitó denegar las pretensiones de nulidad porque consideró que la adecuación del

⁵ Fls. 1151-1163 del cuaderno principal.

⁶ Folio 17 del cuaderno No.1.



procedimiento ordinario se hizo conforme a lo expuesto en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002.

Hizo un cuadro comparativo entre el procedimiento verbal y el ordinario para concluir que son las mismas etapas procesales en uno y otro, pero que se diferencian cuando se cita audiencia o se profieren cargos. En el trámite verbal, las etapas se cumplen en audiencia pública, en cambio en el ordinario los términos son más extendidos.

Ahora bien, para el caso concreto argumentó que la aplicación del proceso verbal se fundó en el mandato del inciso 3º del artículo 175 del C.D.U., esto es, que al momento de valorar la apertura de investigación existían pruebas de la ocurrencia de la conducta, estaban identificados los presuntos responsables y eran claras las circunstancias de modo, tiempo y lugar, por lo que el trámite estuvo bien seleccionado y ajustado a la ley.

4. Trámite de la acción

La demanda fue presentada el 11 de julio de 2005⁷, ante la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración judicial de Cartagena y por reparto le correspondió al Tribunal Administrativo de Bolívar-⁸, quien la admitió mediante auto de 12 de octubre de 2005, pero luego fue asignado al juez tercero administrativo de Cartagena, el 29 de agosto de 2006⁹ y

⁷ Folio 217 del expediente.

⁸ Fl. 109 del cuaderno No. 1.

⁹ Al entrar en funcionamiento los juzgados.

posteriormente al juez primero de descongestión de la misma ciudad, quien lo adelantó hasta sentencia, la cual fue apelada ante el tribunal de descongestión No. 2, pero el despacho ponente al resolver el recurso se abstuvo de seguir conociendo el proceso y lo remitió por competencia al Consejo de Estado, mediante auto de 28 de octubre de 2013.

El despacho ponente con auto de 23 de enero de 2014¹⁰, avocó conocimiento del proceso y declaró la nulidad de todo lo actuado. Luego por decisión de 24 de junio del mismo año, admitió el escrito inicial, ordenó las notificaciones de rigor y fijar el negocio en lista por el término de 10 días¹¹. La demanda fue contestada en tiempo por la entidad demandada¹².

Por auto de 9 de abril de 2015 decretó y ordenó la práctica de las pruebas solicitadas y allegadas con la demanda¹³; el 20 de agosto de 2015¹⁴ corrió traslado a las partes y al ministerio público por el término común de diez (10) días, para que presentaran alegatos de conclusión y concepto respectivamente, como efectivamente lo hicieron¹⁵.

II. CONSIDERACIONES

Problema jurídico

¹⁰ Fl. 1083 del cuaderno principal.

¹¹ Fl. 1093 del cuaderno principal.

¹² Fls. 1125-1140 *ídem*.

¹³ Fl. 1147 *ídem*.

¹⁴ Folio 1150 *ídem*.

¹⁵ Fls. 1151-1178 *ídem*.



La Sala debe definir si la actuación administrativa adelantada por la Procuraduría General de la Nación que culminó con la sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad general por doce (12) años impuesta al señor Jesús Augusto Payares Castillo en su condición de presidente de la asamblea departamental de Bolívar, se encuentra afectada por vulnerar el debido proceso al adelantarse la actuación disciplinaria por el trámite verbal y no el ordinario como debía hacerse de acuerdo a la causal imputada, razones que también considera, fundamentan la falsa motivación y la desviación de poder.

Para resolver el planteamiento, se manejará la siguiente estructura: 1. Actos demandados. 2. El proceso disciplinario. 3. Los cargos propuestos, y en este aserto se hará una reseña sobre la sentencia de constitucionalidad C-242 de 2010 que trata sobre la exequibilidad del inciso tercero del artículo 175 de la Ley 734-2002 y la C-1076-2002, en donde se analizaron los numerales 2º y 4º del artículo citado y finalmente la C-370-12, que hace una nueva revisión a algunos apartes del nuevo artículo 175 modificado por la Ley 1474 de 2011.

Actos demandados

- Decisión de primera instancia de 16 de febrero de 2005 proferida en audiencia pública por la comisión especial de la Procuraduría General de la Nación¹⁶ conformada por la procuradora regional de Bolívar, la procuradora

¹⁶ Creada mediante auto de 16 de julio de 2004 por la viceprocuradora general de la Nación.



judicial II penal 82 y el procurador judicial II penal 84, por la cual declaró disciplinariamente responsable al señor Jesús Augusto Payares en su condición de presidente de la asamblea departamental de Bolívar y lo sancionó con destitución del cargo e inhabilidad por el término de doce años (12) años¹⁷.

- Recurso de apelación resuelto por la procuraduría para la economía y la hacienda pública de 2 de mayo de 2005, quien confirmó en todas sus partes la sanción impuesta¹⁸.

Proceso disciplinario

Los hechos que dieron lugar a la investigación disciplinaria fueron denunciados en el diario “El Universal” de la ciudad de Cartagena en su edición de 28 de marzo de 2004 en la sección B, que tituló como “Una Millonaria y Controvertida Capacitación en la Asamblea Departamental de Bolívar¹⁹”.

Por esa información y de oficio, la procuradora regional de Bolívar ordenó la apertura de indagación preliminar contra el presidente de la corporación y otros funcionarios²⁰. En ese auto ordenó entre otras pruebas, la versión libre de Payares Castillo, declaraciones de: Apolinar Peña, Luisa Zapata, María

¹⁷ Fls. 18-51 del cuaderno No. 1.

¹⁸ Fls. 52-86 *idem*.

¹⁹ Fls. 234-235

²⁰ No es legible la fecha del auto.



Olier, Cecilia Quiñonez, Mary Pérez, Mercy Torres, Nohora de los Ángeles Vélez, Iván Lorduy y Nohora Sarmiento Guette.

Vencido el término de la indagación preliminar, la comisión especial disciplinaria por medio de auto de 10 de noviembre de 2004²¹, decidió abrir investigación y formular cargos al señor Jesús Augusto Payares Castillo y demás implicados en los términos del inciso 3º del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, además, citarlos a audiencia de juzgamiento.

Los cargos formulados fueron los siguientes²²:

“Haber reconocido al señor APOLINAR PEÑA TORRES, empleado de la Asamblea de Bolívar, mediante resolución No. 109 de 17 de septiembre de 2003, la suma de \$5.520.000, por reembolso de gastos de viaje y viáticos de una capacitación no realizada en la ciudad de Bogotá los días 11 al 13 de septiembre de 2004, en temas tales como *“Endeudamiento, Análisis Financiero, Presupuestal y el Plan Anual Mensualizado de Caja PAC de las entidades territoriales”*, organizado por el CENDAP, y cuyos beneficiarios eran APOLINAR PEÑA ATORRES, MARÍA SOLEDAD OLIER BUENO, LUISA ZAPATA CASTILLA, CECILIA QUIÑONEZ AISLANT, MARY PEREZ TAPIA Y MERCY TORRES OTERO, servidores públicos de esa Corporación, circunstancia de la cual era consciente el señor PAYARES CASTILLO, al momento de proferir él {sic} citado acto administrativo de reconocimiento y pago de la obligación, porque a tales funcionarios se les imposibilitó el traslado. Se concluye allí que *“...estamos en presencia de una conducta que eventualmente constituye falta disciplinaria, en la medida que un servidor público habría consignado en un documento de esa*

²¹ Fls. 528-544 del cuaderno disciplinario.

²² Se toman del fallo de segunda instancia de 2 de mayo de 2005.



naturaleza (resolución No. 0109) hechos que no son veraces, con el objeto de obtener e desembolso de una suma de dinero por parte del ente que provee de recursos a la entidad por él regentada”

Que mediante la resolución No. 111 de 17 de septiembre de 2003 se dejó sin efecto la resolución No. 109 de esa fecha, considerando *“Que debido al pago extemporáneo de dichos viáticos no fue posible que los empleados comisionados asistieran al seminario”*.

Que las consideraciones de los dos (2) actos no consultaban la realidad porque se ordenaba un reembolso y no un anticipo de viáticos, por actividades no realizadas, y por lo tanto carecían de *“soporte fáctico y jurídico, confluyendo así los requisitos de tipicidad objetiva de los delitos de prevaricato por acción, falsedad ideológica en documento público y peculado por destinación oficial diferente”*

Continuó el fallo con la síntesis de los cargos así:

A renglón seguido se describe que con la resolución No. 112 de 19 de septiembre de 2003, el inculpado reorientó los recursos no utilizados por el concepto indicado en el numeral 2.1.1, y los destinó al pago de un seminario taller sobre relaciones humanas, calidad del servicio, archivo y correspondencia, para los cual se suscribió la orden de prestación de servicios No. 001 de 22 de septiembre del año 2003, a nombre de NHORA SARMIENTO GUETTE, quien dictaría cuatro horas diarias sobre el tema, durante los días 22 al 27 de septiembre de ese mismo año, y con ello se utilizó irregularmente unos recursos cuyo desembolso había tenido un objeto distinto, porque precisamente el inculpado así lo dispuso mediante autorización de pago a favor de PEÑA TORRES (folio 139), concedida a NOHORA DE LOS ANAGELES VELEZ FLOREZ, asesora Unidad de Tesorería, por concepto de reembolso de viáticos, desembolso real efectuado el 25 de



ese mes y, además, fue PEÑA TORRES, quien utilizó dicho dinero para para los servicios de la contratista. En conclusión, *“...el Presidente de la Asamblea carecía de competencia para realizar dicho traslado a través de la figura de “reorientación de los recursos”.*

Por lo descrito infirió la presunta celebración de contrato *“... sin cumplimiento de los requisitos legales...”*, porque la orden de prestación de servicios se suscribió *“...sin contar con disponibilidad presupuestal que viabilizara el gasto”*. A su vez, el Jefe de Presupuesto de la Asamblea certificó la no expedición del certificado de disponibilidad para dicho fin.

Se dijo, en este mismo hecho, *“Y es que, el anterior no es el único reparo...”*, porque la capacitación no fue a solicitud del Secretario General de la Asamblea, cuya prueba no existe, y éste en declaración jurada negó haberla petitionado. Además, *“...la contratista no acreditó título profesional sobre la capacitación a dictar. Ello nos indica que la contratación no se enmarcó dentro de los principios de selección objetiva, responsabilidad, necesidad y racionalidad que gobierna la contratación pública, así como tampoco se observa que se hubieran hecho las invitaciones a presentar oferta de [sic] trata el Decreto 855 de 1994”.*

Como normas presuntamente violadas citó del Código Penal, los artículos 286, 399, 410, 413. Del Código Único Disciplinario, el artículo 48 numeral 1º y los artículos 34 y 35.

En virtud de lo dicho, concluyó: *“...PAYARES CASTILLO, por haber consignado en las resoluciones 0109 y 0111 de 17 de septiembre de 2003 unas afirmaciones que no consultaban la realidad, estaría incurso en el delito*



de falsedad ideológica en documento público y prevaricato activo en concurso homogéneo sucesivo”

“Igualmente, la eventual estructuración del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales porque se desatendieron principios elementales de contratación, como ya se advirtió, de transparencia consagrado en el artículo 24 de la ley 80 de 1993; de responsabilidad...y de selección objetiva del contratista...de igual manera, el contrato se celebró sin contar con disponibilidad presupuestal, quebrándose el principio de economía, indicado en el canon 25-6 ídem, el artículo 86 de la ordenanza No. 29 de agosto 10 de 1997 y el transcrito numeral 1-artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

La conducta fue calificada como gravísima a título de dolo.

El pliego de cargos fue notificado en forma personal al disciplinado el 18 de noviembre de 2004²³, quien presentó descargos el 19 de agosto del mismo año²⁴.

Se inició la audiencia de juzgamiento el 14 de enero de 2005²⁵. En esa diligencia el apoderado del disciplinado alegó nulidad por el tema que aquí se debate, es decir, por el tipo de procedimiento adelantado, la cual fue negada y confirmada al resolver el recurso de reposición. La audiencia se suspendió y continuó el 17 de enero del mismo año²⁶, en donde se oyeron las versiones

²³ Fl. 550 del cuaderno disciplinario.

²⁴ Fls. 556-564 *ídem*.

²⁵ Fls.595-600 *ídem*.

²⁶ Fl. 630-642 *ídem*.



libres del presidente de la asamblea departamental de Bolívar y la de dos investigados. Además, se ordenaron unas pruebas solicitadas y otras de oficio, por lo que se ordenó un receso de 5 días.

El 25 de enero²⁷ se continuó con la audiencia en la que se recibieron las declaraciones de Miguel Aguilera, Aníbal Renán Cabrera, Juan Carlos Betancourt. Al siguiente día no asistieron los declarantes por lo que se siguió con la audiencia de juzgamiento el 28 de enero de 2005, pero en razón a que las pruebas solicitadas a la asamblea departamental no habían llegado, se suspendió para el 2 de febrero del referido año²⁸. En esa diligencia se incorporaron las pruebas solicitadas y se leyeron los descargos y alegatos presentados por los disciplinados, para continuarla el 7 de febrero²⁹, en donde se escucharon los alegatos de los apoderados de las personas investigadas y nuevamente se citó para el 16 de febrero de 2005, con el objeto de dictar el fallo.

En el día y hora señalada, la comisión especial investigadora de la Procuraduría General de la Nación, luego de analizar los cargos propuestos, las pruebas aportadas y practicadas, así como los descargos y alegatos de los disciplinados, decidió declarar probadas y no desvirtuadas las imputaciones endilgadas a Jesús Payares Castillo y a los funcionarios de la asamblea departamental: Apolinar Peña Torres, María Soledad Olier Bueno, Luisa Zapata Castilla, Cecilia Quiñonez Aislant, Mary Pérez Tapias y Mercy

²⁷ Fls. 663-671 *ídem*

²⁸ Fls. 718-723 *ídem*.

²⁹ Fls. 737-745 *ídem*.



Torres de Otero y los sancionó con destitución de sus empleos. Al primero o sea al actor de este proceso, con una inhabilidad general por 12 años y a los demás con 10 años. La providencia fue notificada en estrados, apelada allí mismo y sustentada en el término legal.

La Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública conoció el caso en apelación, y mediante decisión de 2 de mayo de 2005, confirmó lo decidido por la primera instancia.

ANALISIS DE LA SALA

Como se anunció en el problema jurídico, el motivo de inconformidad del actor y por el cual ataca la legalidad de los actos cuestionados, se centra en la violación del debido proceso por haberse adelantado el proceso disciplinario por el trámite verbal y no el ordinario contrariando lo dispuesto en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002 y la decisión de constitucionalidad C-1076-2002, y particularmente en consideración al cargo disciplinario que le fue imputado.

Contexto legal y jurisprudencial sobre el artículo 175 de la Ley 734 de 2002

Previo al estudio del asunto jurídico planteado, la Sala debe resaltar que el principio y derecho fundamental del debido proceso en materia disciplinaria



está directamente relacionado con el principio de legalidad³⁰, vale decir, con la existencia previa y escrita de las faltas, sanciones y procedimientos, tal y como se deriva de los artículos 6 y 29 de la Carta Política que establecen que los servidores públicos no pueden “...*ser juzgados sino conforme a las leyes preexistentes.*”, toda vez que en el Estado no existen facultades y potestades implícitas como se infiere del artículo 121 de la Carta Política: “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

En esa línea, el procedimiento es parte esencial y sustancial del debido proceso, por ende, el sujeto disciplinado tiene derecho a exigir acorde a la situación fáctica imputada, que el juicio que se le adelante esté conforme a los procedimientos preexistentes y reglados, obligando de manera correlativa y unidireccional al operador disciplinario para que atienda en forma estricta la clasificación y presupuestos dispuestos por el legislador.

En virtud de lo dicho veamos las clases de procesos existentes en la Ley 734 de 2002³¹ y los estudios de constitucionalidad realizados sobre las normas que los prevén.

Atendiendo las disposiciones de la citada ley existen dos tipos de procedimiento: el ordinario y el verbal, no obstante del artículo 278 superior se colige que hay otro y es especial que solo corresponde a la esfera directa del Procurador General de la Nación.

³⁰ Artículo 4° de la Ley 734 de 2002.

³¹ Norma aplicable al caso del señor Jesús Augusto Payares.



El procedimiento ordinario previsto en el artículo 150 y siguientes del C.D.U, no tiene unas causales específicas que indiquen su procedencia, a diferencia del verbal que está reglado en el artículo 175 y ss que sí las concreta. Desde esa mirada puede concluirse que el trámite ordinario es el general y el verbal la excepción.

En efecto, esta norma dispone que los servidores públicos son objeto de ese trámite cuando el sujeto disciplinable es sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta, cuando haya confesión, cuando la falta sea leve, cuando la falta sea gravísima y en todo caso, cualquiera que sea el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir el pliego de cargos. En resumido, procede aplicar el proceso verbal: en flagrancia, por confesión, ante faltas leves y las gravísimas enlistadas en el inciso 2 del artículo 175 del CDU y, además, si al valorar la apertura de la investigación se encuentran reunidos todos los requisitos sustanciales para formular pliego de cargos.

La norma también preveía en el inciso cuarto lo siguiente:

El Procurador General de la Nación, buscando siempre avanzar hacia la aplicación de un procedimiento que desarrolle los principios de oralidad y *concentración*, podrá determinar otros eventos de aplicación del procedimiento verbal siguiendo los derroteros anteriores.



Esta última regla fue objeto de estudio de constitucionalidad en el cual planteó como problema jurídico, si en desarrollo de los principios de oralidad y concentración del proceso disciplinario, el Procurador General de la Nación podía determinar en otros eventos la aplicación del procedimiento verbal.

La Corte determinó que esa facultad era inexecutable mediante la sentencia C-1076 de 2002. El fundamento expuesto consistió en que el Congreso de la República no podía “delegar” en cabeza del Procurador General de la Nación la facultad de determinar la plenitud de las formas propias de cada juicio so pretexto de avanzar en la aplicación de un procedimiento que desarrolle los principios de oralidad y concentración, porque ello es reserva legal.

En la misma decisión analizó el inciso segundo ya referido que dispone:

También se aplicará el procedimiento verbal para las faltas gravísimas contempladas en el artículo 48 numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 47, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 62 de esta ley.

El cargo sobre el cual se basó el análisis se centró en la vulneración del artículo 13 Superior, de manera que debía establecer, si dichos preceptos le daban un trato diferente a un grupo de procesados, sin ninguna razón que justifique dicha distinción a la luz de la Constitución.

Para declarar su exequibilidad, advirtió como primer argumento que fue



voluntad del Congreso de la República impregnar de una mayor celeridad los trámites disciplinarios, pero bajo determinadas condiciones:

“En la época actual, en que la celeridad es elemento esencial de la eficacia, es preciso que los órganos de control cuenten con herramientas legales ágiles y dinámicas que permitan dar respuestas oportunas, cuando todavía la sociedad resiente la conducta irregular del funcionario o el daño acusado, y no cinco años después cuando la sanción ha perdido tanto la pertinencia como sus efectos reparadores. Este es el criterio que orienta e inspira el procedimiento disciplinario previsto en el último libro del proyecto. Por esta razón, se creó un procedimiento verbal simplificado a la realización de una audiencia dentro de los dos días siguientes a la verificación de la situación de flagrancia o al conocimiento del hecho; es aplicable por el jefe inmediato cuando la falta sea leve o cuando el servidor público sea sorprendido en flagrancia o confiese la autoría de una falta grave o gravísima.”³²

El segundo argumento estuvo referido al amplio margen de configuración con que cuenta el legislador al momento de establecer los diversos procedimientos disciplinarios, a condición de que no se vulneren los principios constitucionales, por ello consideró que prever otro tipo de proceso en caso de faltas gravísimas no constituye un tratamiento desigual injustificado y contrario a la Carta Política. Sumó a la anterior tesis, que como se trata de faltas relacionadas con el servicio o la función, con el manejo de la hacienda pública y de los recursos públicos con la contratación estatal, no ameritan un extenso debate probatorio como el señalado en el proceso ordinario ya que al momento de valorar sobre la decisión de

³² Citó la Gaceta del Congreso núm. 291 del 27 de julio de 2000, Senado de la República, Proyecto de Ley Número 19 de 2000, p. 24.

apertura de la investigación están dados todos los requisitos sustanciales para proferir el pliego de cargos y dictar a audiencia.

Por su parte el inciso tercero del artículo 175 de la Ley 734 de 2002 –que es la norma cuya aplicación aquí se cuestiona-, fue objeto específico de estudio por la Corte Constitucional en la sentencia C-242 de 2010³³. Esta disposición señala lo siguiente:

...

En todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos.”

El problema jurídico planteado por la Corte para resolver la constitucionalidad de ese canon, fue el siguiente:

...al conferírsele a las autoridades disciplinarias la facultad de citar audiencia –aplicando el proceso verbal– cuando se presentan los requisitos sustanciales que permiten proferir pliego de cargos, al momento de la apertura de la investigación dentro del proceso ordinario, ¿se desconoce el derecho constitucional fundamental al debido proceso administrativo y, más concretamente, el principio de legalidad del procedimiento aplicable? En otras palabras: el inciso tercero del artículo 175, al contener una norma de carácter sancionador y permitir cambios en “los procedimientos que deben seguirse para su aplicación”, ¿quebranta el derecho constitucional fundamental al debido proceso administrativo?

³³ Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.

La decisión fue la declaratoria de exequibilidad basada principalmente en los siguientes argumentos que tienen relación directa con la *ratio decidendi*:

...

Como puede constatarse en este último evento, el inciso tercero permite la aplicación del procedimiento verbal en el proceso ordinario por mandato expreso de la ley, cuando se cumplen unas exigencias específicas. Así las cosas, cualquier funcionario público eventual sujeto de acción disciplinaria sabrá por adelantado que si con las pruebas que acompañan la queja o si en desarrollo del proceso ordinario durante la indagación preliminar la autoridad disciplinaria encuentra que se llenan las exigencias sustanciales para proferir pliego de cargos, entonces se podrá citar a audiencia. Desde el comienzo es claro para el funcionario encartado que, de existir prueba fehaciente de la configuración de la falta, podrá aplicarse el procedimiento verbal; en modo alguno se le sume en la incertidumbre jurídica-procesal, pues de antemano –inciso tercero del artículo 175 citado– sabe que ante la existencia de mérito en los elementos de prueba sobre la configuración de la falta y su eventual responsabilidad, el trámite a seguir es el procedimiento verbal. Así, el virtual disciplinado cuenta con tal factor de predictibilidad, sin que pueda alegar que se ha desconocido el derecho al debido proceso administrativo, pues ello no sobreviene de manera repentina ni arbitraria.

...

3.2.13. Puestas las cosas de esta manera, estima la Sala que en el caso bajo examen el cargo elevado en la demanda no está llamado a prosperar, pues el precepto acusado contempla los elementos básicos para que no quede al arbitrio de la autoridad judicial la fijación del procedimiento a seguir. Si bien el contenido normativo del inciso 3º del artículo 175 del C. D. U. obliga –como suele suceder con las normas que integran el derecho disciplinario– a consultar otras normas contempladas en la Ley 734 de 2002, existen criterios suficientes para establecer con claridad y de manera previsible en qué casos –distintos a los

previstos en los incisos 1º y 2º del mismo artículo 175–, se aplica el proceso verbal y debe cumplirse lo consignado en el artículo 163 del CDU: “La decisión mediante la cual se formulen cargos al investigado deberá contener: 1. La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó. // 2. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta. // 3. La identificación del autor o autores de la falta. // 4. La denominación del cargo o la función desempeñada en la época de comisión de la conducta. // 5. El análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados. // 6. La exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, de conformidad con lo señalado en el artículo 43 de este código. // 7. La forma de culpabilidad. // 8. El análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales”.

De otro lado, la Subsección B de la Sección Segunda³⁴ de esta Corporación también ha analizado el alcance del inciso 3º del artículo 175 del C.D.U. y ha concluido lo siguiente:

Lo anterior indica que esta no es una decisión o facultad discrecional y arbitraria de la autoridad disciplinaria, sino que está limitada a que la falta se halle objetivamente verificada y exista prueba que comprometa la responsabilidad de la persona disciplinada de manera que no amerite un extenso debate probatorio como el señalado en el proceso ordinario.

En conclusión de este capítulo la Sala puede precisar tres aspectos sobre el inciso 3º del artículo 175 del C.D.U.

³⁴No. de Referencia: 110010325000201000211 00. No. Interno: 1687-2010. Actor: Freddy Alonso Medina Contreras. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.



El primero está referido a que hay cosa juzgada constitucional sobre la norma, lo que implica que los efectos son *erga omnes* y de obligatorio cumplimiento.

El segundo, que esa disposición plantea una alternativa adicional a los incisos 1º y 2º, dejando claro que puede recaer sobre cualquier sujeto disciplinable, y que el momento para cambiar el procedimiento ordinario por el verbal, es al valorar la apertura de investigación.

Y el tercero, que la autoridad administrativa disciplinaria solo puede acudir a lo dispuesto en la regla, cuando encuentre reunidos todos los requisitos sustanciales para formular el pliego de cargos, los cuales están reseñados en el artículo 162 de la Ley 734 de 2002.

La Sala debe hacer una claridad adicional sobre el artículo 175 ib., -a pesar de que el para el caso concreto no aplica-, con el fin de presentar de manera académica un panorama integral sobre la disposición.

El artículo 175 de la Ley 734 de 2002 fue modificado por el artículo 57 de la Ley 1474 de 2011 y la regulación que reemplazó el inciso 3º quedó formulado en los siguientes términos:

En todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia.



La Corte Constitucional hizo una revisión de constitucionalidad mediante la sentencia C-370-12, en donde se analizaron las siguientes frases: la primera del artículo 57 y la segunda del 58 de la Ley 1474 de 2011, que modificaron los artículos 175 y 177 respectivamente así:

En los eventos contemplados en los incisos anteriores, se citará a audiencia, en cualquier estado de la actuación, hasta antes de proferir pliego de cargos.

La audiencia debe iniciar no antes de cinco (5) ni después de quince (15) días de la fecha del auto que la ordena.

El primer párrafo lo consideró exequible por estas razones: a) reiteró los argumentos de libertad configurativa del legislador; b) que el mismo desarrolla los principios de celeridad, economía procesal y publicidad; c) que la Corte admitió la posibilidad de que se modifique el procedimiento aplicable al disciplinado en el transcurso del proceso en la sentencia C-242 de 2010; y d) que la norma tampoco vulnera el principio de igualdad, pues la existencia de procedimientos especiales se funda en la existencia de situaciones diferentes completamente justificadas en el procedimiento disciplinario y que ya han sido señaladas, tales como la necesidad de aplicar el principio de economía procesal a determinados procedimientos en los cuales se requiere mayor celeridad.

Y el segundo párrafo, lo declaró exequible condicionado en el entendido que ese término solamente comenzará a correr cuando se haya notificado el auto que ordena adelantar el proceso verbal.



Caso concreto

Como se dijo en el problema jurídico, el *sub lite* se resolverá sobre la vulneración del debido proceso toda vez que la argumentación del actor respecto de la infracción de normas superiores, falsa motivación y desviación de poder, aterriza en ese derecho fundamental.

La investigación disciplinaria de acuerdo al recuento del proceso realizado párrafos atrás, se inició por parte de la Procuradora Regional de Bolívar quien ordenó la apertura de una indagación preliminar soportada en las denuncias hechas por el diario “El Universal”.

No obstante, el Viceprocurador General de la Nación, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 7º numerales 19º y 39º del Decreto 262 de 2000, la Directiva No. 002 de 30 de enero de 2002 y las Resoluciones No. 128 y 301 de 2002, creó una Comisión Especial Disciplinaria integrada por la Procuradora Regional de Bolívar, el Procurador 82 Judicial II Penal de Cartagena y el Procurador 84 Judicial II Penal de Cartagena, con el fin de que asumieran el conocimiento de la investigación disciplinaria adelantada contra Jesús Augusto Payares Castillo.

Vencido el término de la indagación preliminar la comisión debía decidir sobre la apertura de la investigación o el archivo de la misma. Resolvió entonces a través de auto de 10 de noviembre de 2004, formular cargos contra el demandante indicándole que desconoció los artículos 286, 399,

410 y 413 del Código Penal³⁵; los artículos 24, 26 y 29 de la Ley 80 de 1993; el artículo 86 de la Ordenanza No. 29 de 10 de agosto de 1997, los numerales 1º, 13º, 15º y 21º del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 y los numerales 1º y 15º del artículo 35 de la misma ley, incurriendo en la falta gravísima prevista en el numeral 1º del artículo 48 del C.D.U. En ese auto, recurriendo a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, la comisión citó a audiencia de juzgamiento al señor Payares Castillo, direccionando el trámite por el verbal.

Esa providencia y por supuesto el procedimiento y la sanción que le fue impuesta, están viciadas de nulidad para el actor, toda vez que la falta contemplada en el numeral 1º del artículo 48, considerada como gravísima, no es de las enlistadas en el inciso 2º del artículo 175 de la mencionada ley, y además porque el procurador no podía escoger el trámite verbal cuando ya se había iniciado la investigación por el ordinario dado que el inciso 4º del artículo 175 ib., fue declarado inexecutable. La Sala negará las pretensiones de acuerdo a lo expuesto en el marco legal y jurisprudencial y en particular por lo que a continuación se dirá.

1. El auto de citación a audiencia de juzgamiento en donde se hizo la imputación de cargos tuvo la siguiente motivación:

Vencido el término de Indagación Preliminar y fundado en las pruebas recaudadas, se concluye que debiendo decidirse sobre la apertura de investigación disciplinaria, y dados los requisitos

³⁵ Falsedad ideológica en documento público, peculado por aplicación oficial diferente, contrato sin el cumplimiento de requisitos legales y prevaricato por acción.



para proferir el pliego de cargos al señor JESÚS PAYARES CASTILLO, en su condición de Presidente de la Asamblea Departamental de Bolívar, para la fecha de los hechos, y a sus subalternos APOLINAR PEÑA TORRES, Técnico de Secretaría General, MARÍA SOLEDAD OLIER BUENO, LUISA ZAPATA CASTILLA, CECILIA QUIÑONES AISLANT, MARY PEREZ TAPIAS Y MERCY TORRES OTERO, secretarias, en atención a lo ordenado por el C.D.U. en su aparte 175 inciso 3º, deberá procederse a citarlos a audiencia de juzgamiento.

A ese convencimiento llegó la comisión por las pruebas que recaudó y valoró, y que están relacionadas del numeral 3.1 al 3.15, en donde se encuentra por ejemplo, copia de la disponibilidad presupuestal, la Resolución No. 0109 que ordenó reembolsar los viáticos, la que deja sin efectos esa misma resolución, el acto administrativo que ordenó reorientar los recursos o gastos reconocidos en la resolución mencionada, la orden de prestación de servicios No. 0001 de 2003 suscrita por el disciplinado y la señora Nohora Sarmiento Guette, certificación expedida por la mencionada contratista sobre la asistencia al seminario taller de relaciones humanas, comprobante de egresos, las declaraciones juradas de varios funcionarios, etc.

Todas esas evidencias fueron el fundamento fáctico en que la comisión especial se soportó para concluir que estaba objetivamente demostrada la falta y que existía prueba que comprometía la responsabilidad del investigado, para mutar el procedimiento ordinario al verbal como lo hizo. Contra esos argumentos no hay contrargumentos de la parte demandante, es decir, él no discute que los elementos de juicio referidos no estuvieran probados o fueran insuficientes.



2. La comisión especial de la Procuraduría citó para adelantar el trámite verbal, el numeral 3º del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, que no hace referencia a las causales gravísimas –como si lo hace el inciso 2º-, sino que contiene presupuestos autónomos y de ninguna manera concurrentes con los otros dos incisos, es por eso que el operador disciplinario tuvo en cuenta que para ese momento había mérito para proferir el pliego de cargos en contra de Jesús Augusto Payares y otros, como en efecto lo hizo.

3. En ese orden de ideas, los argumentos del demandante no están llamados a prosperar porque el auto de citación a audiencia no se soportó en el inciso 2º, ni tampoco en el 4º que fue declarado inexecutable. Se apoyó como se ha dicho reiterativamente en el 3º, que de acuerdo a lo señalado y a las pruebas que hacen parte del disciplinario, cumplen para la Sala y para el actor lo exigido por la norma, porque como se dijo en precedencia, no discutió su fundamento.

4. Las tres sentencias de constitucionalidad citadas sobre el artículo 175 de la Ley 734 de 2002, avalan el trámite verbal porque reconocen que hay causales objetivas para definirlo, que no queda al arbitrio ni al capricho del disciplinador su selección y que gozan de las mismas garantías que el proceso ordinario, con la diferencia que las faltas que allí se investigan o las pruebas que se tienen al inicio del proceso, ameritan que se privilegien principios como la eficiencia, celeridad y economía, entre otros.



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,

III. FALLA

DENEGAR las pretensiones de la demanda incoada por el señor Jesús Augusto Payares Navarro contra la Procuraduría General de la Nación, que lo sancionó con destitución e inhabilidad general por 12 años.

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

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

CARMELO PERDOMO CUÉTER

