

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

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 26 de noviembre de 2018

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

Radicación: 15001-23-33-000-2014-00260-01 (4523-2017)

Actor: AZTRIT MARIA SERRANO BOTIA

Accionado: NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Trámite: SEGUNDA INSTANCIA.

Asunto: OPORTUNIDAD PROCESAL PARA PRESENTAR UNA
SOLICITUD DE NULIDAD. EVENTUAL AFECTACIÓN
DEL DERECHO DE AUDIENCIA Y DE DEFENSA.

Decisión: CONFIRMA LA DECISIÓN DEL A-QUO QUE NEGÓ
LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

I. ASUNTO

1. La Sala decide¹ el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la accionante, Aztrit María Serrano Botia, contra la sentencia de 23 de agosto de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 5 que negó las pretensiones de la demanda. Procede a dictar sentencia una vez verificado que no hay irregularidades o vicios de nulidad que sanear.

¹ El proceso ingresó al Despacho el 14 de septiembre de 2018

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda y sus fundamentos²

2. Por conducto de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho³, la demandante solicitó la nulidad de: (i) los actos administrativos de 3 de mayo⁴ y 14 de agosto de 2013⁵, proferidos en su orden por la Procuraduría Provincial de Santa Rosa de Viterbo-Boyacá y la Procuraduría Regional de Boyacá, por medio de los cuales se le impuso la sanción disciplinaria de **DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL POR EL TÉRMINO DE DIEZ (10) AÑOS**.⁶
3. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la demandante solicitó se ordene a la entidad demandada a: (i) reintegrarla al cargo que tenía en el momento de la destitución o a otro de igual o superior categoría, (ii) pagar todos los salarios, vacaciones, primas, cesantías, prestaciones sociales legales y extralegales y demás derechos dejados de percibir desde la fecha efectiva de la destitución hasta cuando sea reintegrada; (iii) que se declare que no ha existido solución de continuidad del tiempo de servicio; (iv) que la condena sea reajustada conforme al artículo 187 del CPACA; (v) que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada y se le ordene a la Procuraduría General de la Nación hacer las anotaciones correspondientes.

² Folios 1 a 21 del cuaderno principal.

³ Artículo 138 del CPACA

⁴ Visible a Folio 133 del cuaderno principal.

⁵ Visible a Folio 167 del cuaderno principal.

⁶ A la señora AZTRIT MARÍA SERRANO BOTIA.

4. La Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica relevante, así:
5. La actora, señora AZTRID MARÍA SERRANO BOTÍA fungía como Secretaria Grado 09⁷, la señora Consuelo del Pilar Bautista Roa ostentaba el cargo de escribiente y la señora Nidia Mercedes Suárez estaba encargada del aseo, las dos primeras en el Juzgado Promiscuo Municipal de la Uvita y la última en el edificio de la Alcaldía donde tiene su sede el despacho judicial.
6. Entre la escribiente y la encargada de las labores de aseo existía una relación personal cercana pues esta última le ayudaba a aquella en los oficios domésticos de la casa y ostentaban el vínculo social y religioso de ser "comadres".
7. El 24 de diciembre de 2008 la señora Nidia Mercedes Suárez, sin ser parte en el proceso y en cumplimiento de las instrucciones dadas por la actora, cobró un título por valor de nueve millones de pesos (\$9.000.0000), correspondiente a un depósito judicial⁸ de un proceso que se adelantó en el Despacho donde las funcionarias judiciales prestaban sus servicios y además eran las encargadas de llevar el libro de depósitos judiciales.
8. La señora María Julia Mejía Quintero, que para la época de los hechos era la Juez Promiscua Municipal de la Uvita, el 3 de marzo de 2009 interpuso ante la Unidad Seccional Fiscalía 20, denuncia penal⁹ por los delitos de falsedad en documento y peculado por apropiación en la que pidió investigar el autor de los hechos.
9. Con fundamento en la noticia criminal y en una queja presentada por el funcionario que asumió el cargo de juez en el citado

⁷ Conforme a la Resolución No. 002 de 25 de febrero de 1992.

⁸ No. 415440000001920

⁹ Visible a folio 24 del cuaderno Anexo Contestación No. 1

juzgado, el 16 de noviembre de 2010, la Procuradora Provincial de Santa Rosa de Viterbo abrió investigación disciplinaria en contra de la actora por los hechos descritos y, finalmente, los falladores disciplinarios encontraron responsable a la demandante a título de dolo de la falta gravísima prevista en el numeral 1¹⁰ del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con los delitos de falsedad en documento y peculado por apropiación.

2.2. Normas vulneradas y concepto de vulneración.

10. El apoderado de la parte demandante estimó como infringidas las siguientes disposiciones:

- Constitución Política de Colombia, artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29, 83, 90, 113 y 209.
- Ley 734 de 2002 “Por el cual se expide el Código Disciplinario Único”, artículos 3, 5, 6, 8, 9, 15, 17, 18, 20, 21, 43, 47.1, 50, 65, 66, 90.1, 115, 128, 129, 139, 141, 142, 143, 147 y 171.
- Código de Procedimiento Civil, artículo 4.

11. Como concepto de violación el apoderado del actor señaló los siguientes:

12. **Indebida incorporación probatoria.** Por cuanto las pruebas fueron recaudadas por un funcionario comisionado y no se incorporaron mediante acto administrativo decisorio, ni se remitieron o trasladaron formalmente desde el proceso judicial de origen, pues se requería de la existencia de una resolución judicial del respectivo funcionario en donde reposan, con la que autorizara o certificara las copias.

¹⁰ Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

13. **Desconocimiento del principio de imparcialidad en la búsqueda de la verdad¹¹.** Debido a que, aunque se decretó la práctica del testimonio de la doctora MARÍA JULIA MEJÍA QUINTERO, ésta fue renuente a rendirlo, no justificó su no comparecencia y el mismo era relevante toda vez que era la juez y jefa de las investigadas, firmó el título judicial que fue cobrado y conocía la realidad de los hechos, pero la Procuraduría se negó a conducirla para que rindiera el interrogatorio.
14. **Omitir dar trámite legal a las solicitudes de nulidad presentadas por la defensa de la investigada.** Dado que la Procuradora Provincial de Santa Rosa de Viterbo no dio respuesta a la que fuera radicada el 7 de junio de 2013, antes del fallo definitivo (para el apoderado de la demandante, debe entenderse que es el fallo de segunda instancia porque es el que confirma la decisión del *a quo*). Por su parte, la Procuradora Regional de Boyacá no dio trámite a otra solicitud en idéntico sentido, la cual fue presentada antes de surtirse la notificación personal del fallo de segunda instancia.
15. **Indebida valoración probatoria.** En consideración a que las que fueron indebidamente trasladadas al proceso y que sirvieron de fundamento a la imposición de la sanción están viciadas de nulidad y las recaudas por funcionarios comisionados tienen la calidad de indirectas que no gozan del principio de inmediación, y por ello no obra en el proceso prueba lícita y eficaz que dé la certeza de que la accionante sea la responsable de haber gestado el cobro del título judicial por valor de nueve millones de pesos (\$9.000.000).

¹¹ Artículo 129 del CDU. "Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba. El funcionario buscará la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto el funcionario podrá decretar pruebas de oficio".

16. Afectación del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción. En tanto los falladores disciplinario asumieron el tipo penal de peculado por apropiación como la conducta desplegada por la disciplinada, lo que sirvió de base para la calificación y dosificación que en sí la encuentra desproporcionada porque i) no está probada, ii) desconoce la calificación de idoneidad y probidad exhibida en el trabajo, además de no tener antecedentes disciplinarios y iii) privilegia en su decisión la culpa objetiva.

2.3 Contestación de la demanda¹²

17. La Procuraduría General de la Nación a través de su apoderada presentó contestación a la demanda, se pronunció sobre los hechos de la misma y se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones impetradas por la demandante.

18. Frente al cargo de **indebida incorporación probatoria** explicó que las pruebas recopiladas fueron ordenadas en el auto de apertura de investigación disciplinaria del 16 de noviembre de 2010¹³ y en la compulsa de copias realizada por la Fiscalía y por el Juzgado, estas últimas incorporadas al proceso a través del auto citado. Advirtió que la actora, en caso de no estar de acuerdo con las pruebas aportadas, hubiera podido recurrir el auto de apertura de investigación disciplinaria y el auto de cierre de investigación disciplinaria.

19. Señaló que, frente al auto de pliego de cargos, la disciplinada presentó escrito de descargos, pero no se refirió a alguna supuesta nulidad frente a lo acontecido hasta ese momento procesal.

¹² Visible a folio 212 del Cuaderno Principal.

¹³ Proferido por la Procuraduría Provincial de Santa Rosa de Viterbo

20. En cuanto al cargo de **desconocimiento del principio de imparcialidad en la búsqueda de la verdad** sostuvo que el artículo 168¹⁴ del CDU prevé un término probatorio de 90 días para practicar las pruebas, vencido el cual, lo procedente es ordenar el traslado común por el término de diez (10) días para que los sujetos procesales presenten sus alegatos de conclusión, pero en esa etapa procesal la disciplinada tampoco hizo objeción o advertencia alguna por no haberse logrado la práctica de esa prueba.

21. A propósito del cargo de **omisión en el trámite legal de las solicitudes de nulidad** dijo que el documento presentado el 7 de junio de 2013 corresponde a una petición de control de legalidad¹⁵ y no a una solicitud de nulidad y aclaró que aquella está prevista para los procesos judiciales y no disciplinarios pues esta última tiene norma especial¹⁶. Señaló que dicho documento fue presentado¹⁷ luego de haberse proferido el fallo definitivo de primera instancia¹⁸ con lo que se contravino el artículo 146, transcrito a pie de página.

22. Con respecto a la **indebida valoración probatoria** dijo que las pruebas recaudadas a través de funcionarios comisionados fueron

¹⁴ Vencido el término señalado en el artículo 166, el funcionario competente resolverá sobre las nulidades propuestas y ordenará la práctica de las pruebas que hubieren sido solicitadas, de acuerdo con los criterios de conducencia, pertinencia y necesidad. Además, ordenará de oficio las que considere necesarias. Las pruebas ordenadas se practicarán en un término no mayor de noventa días.

Las pruebas decretadas oportunamente dentro del término probatorio respectivo que no se hubieren practicado o aportado al proceso, se podrán evacuar en los siguientes casos:

1. Cuando hubieran sido solicitadas por el investigado o su apoderado, sin que los mismos tuvieran culpa alguna en su demora y fuere posible su obtención.

2. Cuando a juicio del investigador, constituyan elemento probatorio fundamental para la determinación de la responsabilidad del investigado o el esclarecimiento de los hechos.

¹⁵ Fundamentada en el artículo 25 de la Ley 1285 de 2009 que reza: "Agotada cada etapa del proceso, el Juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarreen nulidades dentro del proceso, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes en aras de evitar dilaciones injustificadas."

¹⁶ El artículo 146 de la Ley 734 de 2002 que dice: Requisitos de la solicitud de nulidad. La solicitud de nulidad podrá formularse antes de proferirse el fallo definitivo, y deberá indicar en forma concreta la causal o causales respectivas y expresar los fundamentos de hecho y de derecho que la sustenten

¹⁷ El 7 de junio de 2013

¹⁸ El 16 de mayo de 2013

ordenadas a través del auto de apertura de investigación disciplinaria, numeral 4 de la parte resolutive, todo lo cual está previsto en el artículo 133¹⁹ de la Ley 734 de 2002 por lo que se entiende que podían servir de fundamento para la imposición de la sanción.

23. Propuso la excepción de **falta de competencia** debido a que esta Corporación en Sentencia de 18 de mayo de 2011 afirmó que, en los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de decisiones emitidas por la Procuraduría en torno a sanciones de destitución o retiro temporal del servicio, son competencia del Consejo de Estado en única instancia.

2.4 La sentencia apelada²⁰

24. El Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 5 mediante sentencia del 23 de agosto de 2017 negó las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

25. En lo atinente al cargo de **indebida incorporación probatoria** constató que la Fiscalía 20 Seccional de Soatá compulsó las

¹⁹ Práctica de pruebas por comisionado. El funcionario competente podrá comisionar para la práctica de pruebas a otro servidor público de igual o inferior categoría de la misma entidad o de las personerías distritales o municipales.

En la decisión que ordene la comisión se deben establecer las diligencias objeto de la misma y el término para practicarlas.

El comisionado practicará aquellas pruebas que surjan directamente de las que son objeto de la comisión, siempre y cuando no se le haya prohibido expresamente. Si el término de comisión se encuentra vencido se solicitará ampliación y se concederá y comunicará por cualquier medio eficaz, de lo cual se dejará constancia.

Se remitirán al comisionado las copias de la actuación disciplinaria que sean necesarias para la práctica de las pruebas.

El Procurador General de la Nación podrá comisionar a cualquier funcionario para la práctica de pruebas, los demás servidores públicos de la Procuraduría sólo podrán hacerlo cuando la prueba deba practicarse fuera de su sede, salvo que el comisionado pertenezca a su dependencia.

²⁰ Visible a Folio 300.

copias el 13 de septiembre de 2010 a la Procuraduría Provincial de Santa Rosa de Viterbo y ésta mediante auto de 16 de noviembre del mismo año, ordenó abrir investigación disciplinaria, practicar pruebas y dispuso literalmente *"Téngase como pruebas las allegadas con la compulsa de copias realizada por la Fiscalía y por el Juzgado, para el cumplimiento de los fines de ésta etapa procesal"*.

26. Sobre el cargo de **desconocimiento del principio de imparcialidad en la búsqueda de la verdad**, dijo que la Procuraduría Provincial de Santa Rosa de Viterbo en el auto del 16 de noviembre de 2010,²¹ dispuso la práctica del testimonio de la Señora Julia Mejía Quintero para lo cual comisionó a la Personería Municipal de la Uvita el 2 de diciembre de 2010²² y posteriormente a la Personería Distrital de Bogotá para el mismo fin, por lo que el funcionario adelantó las gestiones necesarias y no se vulneró el principio de imparcialidad. Finalmente cuestionó que, en el desarrollo del proceso, la parte demandante no hubiese reparado en la falta de la prueba sino hasta el momento en que el fallo fue sancionatorio.

27. En cuanto al cargo de **omisión en el trámite legal de las solicitudes de nulidad** determinó que el escrito²³ presentado el 7 de junio por la entonces disciplinada, no cumplía con los requisitos legales y fue extemporáneo pues desde el 16 de mayo se había proferido el fallo disciplinario de primera instancia²⁴ y el Consejo de Estado en sentencia del 19 de julio de 2007 indicó que en materia disciplinaria el artículo 146 del CDU, al referirse al fallo definitivo, quiere decir el de primera instancia.

²¹ Por medio del cual se ordenó la apertura de la investigación disciplinaria.

²² Folio 108 del Cuaderno Anexo No. 1

²³ Petición de control de legalidad.

²⁴ Por la Procuraduría Provincial de Santa Rosa de Viterbo

28. Frente al cargo de **indebida valoración probatoria** el *A quo* afirmó que como las pruebas fueron debidamente aducidas al proceso, era dable su valoración e hizo un recuento de los elementos materiales probatorios que permiten concluir que se encuentra debidamente soportada la falta disciplinaria cometida por la actora.

29. Con respecto a la **afectación del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción** dijo que los falladores disciplinarios al imponer la de destitución e inhabilidad siguieron estrictamente el artículo 44 y al tasarla en diez (10) años le dieron cumplimiento al 46 y 47 de la Ley 734 de 2002, razón por la cual el cargo no tiene vocación de prosperidad.

30. Finalmente, se basó en el criterio objetivo para condenar en costas a la parte demandante pues resultó vencida en el proceso²⁵ y, porque en el expediente están causadas, además que ejerció diversas actuaciones en la primera instancia. Fijó las agencias en derecho²⁶ en la suma de \$400.000.

2.5. Recurso de apelación²⁷

31. La demandante, por intermedio de su apoderada presentó recurso de apelación contra la sentencia del 23 de agosto de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de decisión No. 5, con los siguientes argumentos:

32. Que jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado²⁸ ha sostenido que la solicitud de nulidad podrá formularse antes de proferirse el fallo definitivo y que por fallo definitivo debe

²⁵ Con fundamento en el ordinal 8 del artículo 365 del CGP.

²⁶ Bajo los parámetros del Acuerdo 1887 de 2003.

²⁷ Visible a Folio 324 del cuaderno principal.

²⁸ C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A C.P. Gustavo Gómez Aranguren, noviembre 21 de 2013. Rad. 11001-03-25-000-2011-00190-00 (0649-11) Actor: Bernarda Hilda Navarro Laguado. Demandado: Nación-Procuraduría General de la Nación.

entenderse el de segunda instancia por lo que la petición que en su momento formuló la parte demandante como control de legalidad, en razón a su contenido y con independencia del nombre invocado, se presentó en tiempo y debió ser resuelta por el fallador de segunda instancia quien, por no hacerlo, incurrió en defecto procedimental por exceso ritual manifiesto.

33. En razón de lo anterior, encuentra probada la existencia de la causal de nulidad contenida en el inciso segundo del artículo 137 del CPACA pues a su parecer, los actos administrativos se expidieron con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa.

34. Reiteró que la sanción fue irregular porque no se encuentra soportada en pruebas idóneas que den la plena certeza de que la actora incurrió inequívocamente en la falta disciplinaria que se le endilgó pues, de hecho, la PGN omitió el deber de analizar las pruebas en conjunto y bajo el principio de la sana crítica, de manera que, al existir una duda razonable, estaba en la obligación de resolverla en favor de la investigada.

2.6 Alegatos de conclusión.

La parte demandante.²⁹

35. Reiteró en su totalidad los argumentos expuestos en el recurso de apelación y añadió que en el expediente disciplinario no se encuentra probada la existencia de la ilicitud sustancial pues en su decir no hay plena certeza de que la disciplinada haya quebrado un deber en lo sustancial y que con su ocurrencia se haya afectado el desarrollo de la función judicial.

²⁹ Visible a Folio 361

Demandante: Aztrit María Serrano Botía
Demandado: Nación-Procuraduría General de la Nación

La parte demandada.³⁰

36. Reiteró los argumentos expuestos en las diferentes actuaciones del proceso y añadió una relación tanto de lo probado como de lo que en su decir no se logró comprobar.

2.7. Concepto del Ministerio Público.

37. El Ministerio Público no se pronunció en esta etapa del proceso.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Planteamiento del problema jurídico.

38. Atendiendo a los argumentos planteados en el fallo de primera instancia y al escrito de apelación, corresponde a la Sala establecer si ¿conforme a la jurisprudencia de esta corporación, la “petición de control de legalidad” de la accionante fue presentada en tiempo y, de ser así, la presunta negativa del fallador disciplinario de segunda instancia de resolverla, desconoció su derecho de audiencia y de defensa?

3.2. Resolución del problema jurídico relacionado con la oportunidad procesal de la petición de control de legalidad en el proceso disciplinario y el eventual desconocimiento de derechos de audiencia y defensa por su inatención.

39. Le corresponde a la Sala determinar en atención al cargo de la apelación, si en la resolución del cargo el juez de instancia desconoció la línea jurisprudencial que esta Corporación viene aplicando respecto de la oportunidad procesal para formular la solicitud de nulidad y en concreto el alcance de la expresión “fallo

³⁰ Visible a Folio 356.

definitivo" contenida en el artículo 146 del CDU, como se explicará más adelante.

40. En efecto, dice este último artículo citado:

*"Requisitos de la solicitud de nulidad. **La solicitud de nulidad podrá formularse antes de proferirse el fallo definitivo**, y deberá indicar en forma concreta la causal o causales respectivas y expresar los fundamentos de hecho y de derecho que la sustenten."*

41. Se trata entonces de establecer si la jurisprudencia en vigor entiende la expresión arriba subrayada como el fallo de primera y de única instancia o el fallo de segunda instancia.

42. En efecto mediante sentencia del 19 de julio de 2007³¹ se dijo:

*"De conformidad con lo previsto en el artículo 146, de la ley 734 de 2002, se colige que la oportunidad para alegar la nulidad va hasta ANTES de proferirse el fallo definitivo, situación que en este caso no se cumplió, toda vez que la misma fue invocada una vez se notificó el fallo de primera instancia. El fallo definitivo, es el fallo de única o de primera instancia; para el caso y por no existir la única instancia, **el fallo definitivo corresponde al fallo de primera instancia por ser el acto administrativo que decide de fondo sobre la actuación disciplinaria**"*

43. Dicha sentencia y línea argumentativa viene siendo corroborada en fallos disciplinarios recientes, como el que se cita a continuación:

"Si la nulidad es deprecada luego de proferido el fallo de primera o única instancia, deberá tramitarse como parte de los recursos ordinarios, atendiendo a que el proceso es una concatenación de

³¹ Radicado No. 2007-00376-0. M.P. Marco Antonio Velilla

*actos y teniendo en consideración la preclusividad de las instancias; sin embargo, recuérdese que el artículo 146 del cdu, indica que la petición de nulidad podrá formularse hasta antes de proferirse el fallo definitivo, esto es, **hasta antes del fallo de primera o única instancia.**"³² (Subrayado fuera de texto)*

44. Dicho esto, es necesario aclarar que en materia disciplinaria atrás ha quedado la tesis según la cual, para efectos de la petición de nulidad, el fallo definitivo es el fallo de segunda instancia y por ello, contrario a lo argumentado por la demandante, en el fallo atacado se observa que el Tribunal efectuó un estudio del caso, supeditado a la normatividad y la jurisprudencia aplicables.

45. Incluso, fue más allá para evaluar si el contenido del escrito³³ presentado por la accionante dentro del proceso disciplinario, reúne los requisitos de una solicitud de nulidad. En ese sentido, la Sala también analizará los argumentos que utilizó el *A quo*³⁴ en el estudio de las normas disciplinarias aplicables a la nulidad.³⁵ De ellas concluyó que para que el fallador disciplinario tramitara la solicitud, era imprescindible que el disciplinado indicara de manera concreta la causal o causales invocadas que son las previstas en la ley y los fundamentos de hecho y derecho porque la solicitud de nulidad se funda en los principios de especificidad, taxatividad y legalidad.

46. Acto seguido determinó que, el escrito presentado en el proceso disciplinario contiene una solicitud de control de legalidad que invoca el artículo 25³⁶ de la Ley 1285 de 2009,³⁷ el cual no podía

³² Fallo del 25 de mayo de 2017, radicado número 11001-03-25-000-2012-00196-00(0814-12). Actor: Luis Ernesto Ortiz Cortés, Demandado: Procuraduría General de la Nación. M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

³³ Visible a folio 155 del

³⁴ Visible a folios 316 a 318.

³⁵ Señaló el juez de instancia los artículos 143 a 147 de la Ley 734 de 2002.

³⁶ Artículo 25. Agotada cada etapa del proceso, el Juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarreen nulidades dentro del proceso, los cuales, salvo que se

ser aplicado pues es una norma propia del proceso judicial y para el presente caso hay normas de carácter especial, que son las citadas arriba.

47. En conclusión, teniendo en cuenta que el escrito de marras fue presentado el 07 de junio de 2013 cuando el fallo disciplinario de primera instancia se profirió el 16 de mayo de 2013, aquel fue extemporáneo y, de contera, la solicitud de la actora no reunía los requisitos establecidos en el artículo 146 del CUD.

48. Como cuestión accesorio, no puede pasarse por alto que, la apelante trajo un nuevo argumento que no había sido expuesto en las otras instancias, según el cual las pruebas que obran en el proceso no permiten concluir que la demandante sea responsable de la falta disciplinaria endilgada, más allá de la duda razonable. Ese mismo argumento, el de la ausencia de pruebas, fue reorganizado en los alegatos de conclusión enfocándolo hacia la presunta inexistencia de la ilicitud sustancial.

49. Al respecto, esta Sala mediante Sentencia del 6 de octubre de 2016³⁸ analizó los niveles de certeza que debe tener el operador disciplinario para imputar responsabilidad y proferir un fallo sancionatorio. En los siguientes párrafos se citarán los apartes pertinentes y se resumirá lo dicho en la citada providencia.

50. Se dijo que conforme al artículo 9³⁹ de la Ley 734 de 2002 “a quien se le atribuya el cometimiento de una falta disciplinaria

trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes en aras de evitar dilaciones injustificadas.

³⁷ Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia.

³⁸ Radicado No. 11001-03-25-000-2012-00681-00 (2362-2012). Actor: Piedad Esneda Córdoba Ruiz. Accionado: Procuraduría General de la Nación. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

³⁹ Artículo 9. Presunción de inocencia. A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado.

(tipicidad) se le debe presumir inocente hasta que esta presunción sea desvirtuada mediante la declaratoria de responsabilidad, la cual solo se puede declarar cuando se haya eliminado “toda duda razonable”, desde luego, sobre los elementos que determinan la responsabilidad (tipicidad, ilicitud sustancial, culpabilidad)”.

51. Por lo anterior, si la “duda razonable” persiste, no hay lugar a declarar la responsabilidad y habrá de decidirse en favor del investigado.

52. Conforme al artículo 20⁴⁰ y en concordancia con el artículo 129 ídem, en la aplicación de la ley disciplinaria “se debe tener en cuenta la prevalencia de la justicia y la búsqueda de la verdad así como el cumplimiento de los derechos y garantías del procesado”, de manera que el objetivo del operador jurídico no es sancionar sino encontrar la realidad de los hechos, por lo que el operador disciplinario debe investigar lo desfavorable como lo favorable y, para el cumplimiento de esa labor, incluso puede decretar pruebas de oficio, pues debe tener como valor fundamental la búsqueda de la verdad real. De ahí que la falta de convencimiento deba siempre resolverse en favor del investigado.

53. El legislador a través del artículo 128⁴¹ ídem, estableció claramente que la carga de la prueba de los elementos de la responsabilidad disciplinaria corresponde al Estado, lo cual está en consonancia con el principio de presunción de inocencia.

Durante la actuación **toda duda razonable** se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla.

⁴⁰ Artículo 20. Interpretación de la ley disciplinaria. En la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria el funcionario competente debe tener en cuenta que la finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen.

⁴¹ Artículo 128. Necesidad y carga de la prueba. Toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. La carga de la prueba corresponde al Estado.

54. En los artículos 162⁴² y 142⁴³ ídem, el legislador diferenció el grado de convencimiento que el operador disciplinario debe tener para proferir el pliego de cargos y el fallo. Para el primero señala que debe estar objetivamente probada la falta y existir prueba de la responsabilidad del investigado, pero como esta decisión no es definitiva y no endilga responsabilidad, el nivel de convencimiento que se requiere no es cualificado y no exige la eliminación de toda “duda razonable”.⁴⁴
55. Otra cosa es el fallo disciplinario que por atribuir responsabilidad si le es aplicable el artículo 9 ídem y las demás normas señaladas⁴⁵ y exige un nivel de más alto de convencimiento, esto es, el de la certeza. Por ello, en materia disciplinaria, el estándar de certidumbre para establecer responsabilidad es de “certeza más allá de toda duda razonable”⁴⁶ según el cual la certidumbre de una hipótesis solo es viable cuando se eliminan totalmente la viabilidad de otras.
56. En este último, la hipótesis que sustenta la decisión debe ser única y no admite otras aun cuando sean probables, pues se requiere que hayan sido descartadas totalmente.
57. Visto lo anterior, la Sala no comparte la afirmación de la demandante pues constató que en el expediente obran al menos diez elementos materiales probatorios⁴⁷ que fueron analizados en detalle por el fallador disciplinario de primera instancia y de los cuales se aprecia que hubo un proceso penal en contra de la demandante en el que se investigó el delito de peculado por

⁴² Artículo 162. Procedencia de la decisión de cargos. El funcionario de conocimiento formulará pliego de cargos cuando esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

⁴³ Artículo 142. Prueba para sancionar. No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado.

⁴⁴ Conforme al artículo 9 de la Ley 734 de 2002

⁴⁵ Los artículos 20, 128 y 129 de la Ley 734 de 2002.

⁴⁶ Ibidem pág 47.

⁴⁷ La relación y análisis es visible a folio 137 del cuaderno principal.

apropiación de la suma de nueve millones de pesos (\$9.000.000), a través del cobro del depósito judicial No. 415440000001920 en el Banco Agrario, por orden de la demandante, señora Aztrit María Serrano Botia a la señora Nidia Mercedes Suárez, a quien además le solicitó que los recursos fueran depositados en la gaveta de su escritorio, facilitándole también las llaves del Juzgado.

58. Por lo anterior y conforme al acervo probatorio, en el presente caso se probó con plena certeza, incluso desde el proceso disciplinario, que la demandante realizó objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo.

59. En cuanto a la presunta inexistencia de la ilicitud sustancial, Considera la Sala que es conveniente aclarar que el ilícito disciplinario no se construye a partir de la simple inobservancia del deber o de su quebrantamiento formal sino de la infracción sustancial de dicho deber que es el que atenta con el buen funcionamiento del Estado.

60. Por ello, la Sala precisará el contenido y alcance que la ley y la jurisprudencia han fijado en materia de afectación al deber funcional, para concluir que en el caso en concreto no puede predicarse su ausencia.

61. El artículo 5 de la Ley 734 de 2002 lo establece como uno de los principios rectores de la ley disciplinaria al señalar que *"la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna"*.

62. Para la Corte Constitucional el deber funcional se afecta ante una conducta u omisión que interfiere en el ejercicio adecuado de la función estatal ejercida por un servidor del Estado. Por ello, al ejercer la función pública el funcionario debe enfocarse hacia el

cumplimiento de los fines esenciales del Estado, destacando los contemplados en el artículo 2⁴⁸ de la C.P. y guiarse ***“por los deberes específicos que le imponen a cada empleo el orden jurídico aplicable (...)”***⁴⁹

63. La jurisprudencia ha señalado reiteradamente⁵⁰ que el deber funcional se encuentra integrado **no solo por el cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo**, sino por la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley y también garantizando una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales. Ello explica también que, de no acreditarse una relación entre la conducta investigada y el menoscabo del deber funcional, *“se estará ante un exceso en el ejercicio del poder disciplinario (...)”*⁵¹.

64. En adición a lo dicho, esta Corporación mediante Sentencia del 8 de febrero de 2018⁵² se refirió a la sustancialidad de la ilicitud, lo que quiere decir que *“la actuación u omisión del servidor público debe desembocar en una afectación material, real y efectiva del buen funcionamiento del Estado y por tanto del servicio público.”*

65. Sobre este asunto en particular, dijo el fallador disciplinario de primera instancia:

⁴⁸ Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-452 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. (Subrayado fuera de texto)

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencias C- 712 de 2001 y C- 252 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; sentencia C- 431 de 2004, MP, Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia C-452 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵² Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección A, Consejero Ponente William Hernández Gómez, Rad. No.: 110010325000201300296 00 (0644-2013).

*“Reiteramos, que en efecto y pese a la devolución del dinero, hubo afectación funcional, pues el dinero correspondiente al depósito judicial 1920 de 2008, fue cobrado irregularmente y permaneció alrededor de dos meses en poder de la implicada, lo que denota la apropiación del mismo, pues durante este término no se supo cuál sería su destinación; situación evidentemente **ilícita sustancialmente**, porque su deber funcional le impedía salvaguardar dichos bienes lo (sic) cuales precisamente le habían sido encomendados con ocasión de sus funciones, situación que por demás altera el prestigio y la imagen de la rama judicial.”*

66. En conclusión, para la Sala en el proceso disciplinario se acreditó la existencia de la ilicitud sustancial mediante un análisis que involucró la adecuación de los hechos, la valoración de las pruebas y el respeto por las normas y la jurisprudencia.

67. Ahora bien, como resumen de la actuación atacada se tiene que el Tribunal Administrativo de Boyacá no incurrió en los defectos que se le señalaron, pues los argumentos expuestos resultan razonables y en cuanto al fondo del asunto, están debidamente sustentados, es decir cumple los estándares de motivación, en tanto se seleccionaron las fuentes normativas que se consideraron aplicables y se acompañó el análisis de los hechos y las pretensiones a las instituciones y normas, máxime si se tiene en cuenta que también se determinó que en el proceso disciplinario adelantado en contra de la actora, no existió violación al derecho de defensa ni se presentaron irregularidades sustanciales que afectaran su derecho al debido proceso porque se cumplieron todas las etapas⁵³ previstas en la ley y en todas ellas se le notificó adecuadamente, se le garantizó el derecho de defensa y contradicción y la aducción de las pruebas respetó los ritos procesales.

⁵³ Investigación, pliego de cargos, descargos, periodo de pruebas, alegatos de conclusión, sentencia de primera y segunda instancia.

68. En suma, las reglas de derecho aplicables al caso fueron razonadamente elegidas, esto es, el Tribunal dio cuenta detallada del porqué de su decisión. No hay, entonces, falta de aplicación de los preceptos llamados a orientar el fallo, ni se incurrió en una interpretación absurda o desmesurada de los cánones que orientan el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho o la normatividad y jurisprudencia aplicables en cuanto a nulidad, ilicitud sustancial y presunción de inocencia en el proceso disciplinario.
69. Ahora, es claro que la simple discrepancia de criterios entre la demandante frente a las razones del fallo atacado, son insuficientes para proferir un fallo de nulidad y quebrar la autonomía de la que goza también el fallador disciplinario.
70. En cuanto a las costas, son las erogaciones económicas en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta en el juicio, y que se representan en los gastos ordinarios, las cauciones, el pago de los honorarios a los peritos, los gastos de publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina expensas. Así mismo, se comprenden en esta noción, los honorarios de abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho.
71. De esta manera, el artículo 188 del CPACA establece que salvo en los casos donde se discute un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas atendiendo para efectos de liquidación y ejecución lo previsto en normatividad procesal civil.
72. En uso de dicha remisión, se tiene que los artículos 365 y 366 del CGP, regulan su condena y liquidación, de cuyo contenido se extrae que la parte vencida será condenada a su pago y que se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que la originó, indicando además el valor de las agencias en derecho.

que serán incluidas en la liquidación. Seguidamente, se prevé el trámite para la liquidación en cabeza del Secretario que deberá hacerla, para la posterior aprobación por parte del juez.

73. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala⁵⁴ en dicha temática ha precisado que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes; y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP antes mencionado; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

74. En el caso, la Sala haciendo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echa de menos alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen por el A quo su imposición a la parte demandante, quien dentro de sus facultades hizo uso mesurado de su derecho a la réplica y contradicción.

75. En razón de todo lo anterior, la Sala confirmará la sentencia del A quo en cuanto negó las pretensiones de la demanda y, revocará el numeral segundo de esa decisión, en cuanto condenó en costas *—lo cual incluye las agencias en derecho—* a la parte demandante.

76. 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,

⁵⁴ Sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez.

IV. FALLA

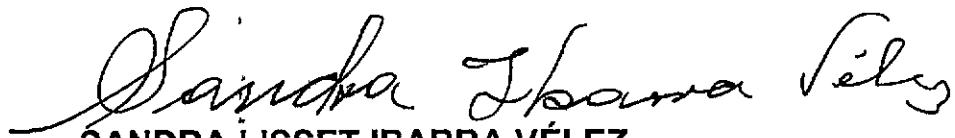
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 23 de agosto de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en cuanto negó las pretensiones de la demanda promovida por la señora AZTRIT MARÍA SERRANO BOTÍA, contra la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia apelada, en cuanto condenó en costas a la parte demandante.

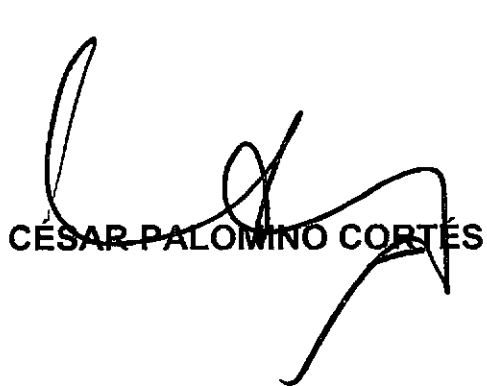
Por Secretaría de la Sección Segunda, regresar el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CARMELO PERDOMO CUÉTER


CÉSAR PALOMINO CORTÉS

