CONSEJO DE ESTADO
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL
1817 – 2017

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B

Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Expediente:	25000234200020140226701 (3819-2017)
Demandante:	Javier Fernando Hernández León
Demandados:	Superintendencia de Economía Solidaria
Asunto:	Elementos estructurantes de la responsabilidad disciplinaria – tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad. /Condena en costas procesales – presupuestos.
Decisión:	Confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto negó las pretensiones de la demanda. / Revocar la condena en costas impuesta al demandante.

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Conoce la Sala el expediente de la referencia, con informe de la Secretaría[1] una vez surtido el trámite previsto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,[2] para resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia del 21 de julio de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca,[3] que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda

Por conducto de apoderado judicial legalmente constituido y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho,[4] el señor Javier Fernando Hernández León solicitó:

[1] Del 16 de octubre de 2018, visible a folio 270 de cuaderno principal del expediente.
[2] Ley 1437 de 2011, artículo 247. *Trámite del recurso de apelación contra sentencias.*
[3] Sección Segunda Subsección D.
[4] Previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

i) La nulidad de los fallos disciplinarios del 3 de octubre de 2012[5] y 31 de enero de 2013,[6] proferidos por el Director del Grupo Formal de Control Interno Disciplinario de la Superintendencia de Economía Solidaria y el Superintendente de Economía Solidaria, respectivamente, mediante los cuales le fue impuesta sanción disciplinaria de destitución del cargo denominado *"Profesional Universitario, Código 2044, Grado 09"*, de la mencionada entidad, e inhabilidad general por 11 años, al encontrarlo responsable del incumplimiento de los deberes[7] y prohibiciones[8] aplicables a todo servidor público, con lo que incurrió a título de dolo en las faltas disciplinarias gravísimas previstas en el artículo 48 numeral 1° de la Ley 734 de 2002 -*Código Único Disciplinario*-,[9] en concordancia con los artículos 286 -*falsedad ideológica en documento público*-[10] y 428 -*abuso de función pública*-[11] del Código Penal.[12]

A título de restablecimiento del derecho solicitó condenar a la entidad demandada a: **i)** pagar: **a)** por concepto de daño emergente la suma correspondiente a $20.000.000, **b)** a título de lucro cesante la suma equivalente a 100 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, **c)** intereses comerciales sobre las sumas dinerarias reconocidas; **ii)** cumplir con la eventual sentencia condenatoria en los términos de lo previsto en la Ley

---

[5] Resolución N. ° 20124600017895 - Fallo disciplinario de primera instancia, visible a folios 2 a 24 del cuaderno principal del expediente.
[6] Resolución N. ° 20131120000465 Fallo disciplinario de segunda instancia visible a folios 25 a 44 del cuaderno principal del expediente.
[7] **Artículo 34. deberes.** Son deberes de todo servidor público:
1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.
Los deberes consignados en la Ley 190 de 1995 se integrarán a este código.
2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.
[8] **Artículo 35. prohibiciones.** <ver notas del editor> a todo servidor público le está prohibido:
1. incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la constitución, los tratados internacionales ratificados por el congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.
[9] **Artículo 48. Faltas gravísimas**. Son faltas gravísimas las siguientes:
1. 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.
[10] **Artículo 286. Falsedad ideológica en documento público.** <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses
[11] **Artículo 428. Abuso de función pública.** El servidor público que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.
[12] Ley 599 de 2000

1437 de 2011 -*Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*-; y **iii)** reconocer y pagar las costas procesales y agencias en derecho.

1.2. Fundamentos fácticos

Para mejor compresión del presente asunto, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por el apoderado del demandante, así:

Manifestó, que el señor Javier Fernando Hernández León se posesionó en provisionalidad en el cargo de *"Profesional Universitario 2044-09"* de la Superintendencia de Economía Solidaria el 24 de junio de 2005, y que para la época de ocurrencia de los hechos objeto de reproche disciplinario se encontraba adscrito al Grupo Jurídico de la Delegatura para la Supervisión del Ahorro y la Forma Asociativa de la citada Superintendencia.

Explicó, que mediante escrito del 11 de febrero de 2008, la Cooperativa de Trabajo Asociado denominada *"Empresa de Economía Solidaria Especializada en Salud – ASESACOOP C.T.A."* inició ante la entidad demandada el trámite para la obtención del registro, así como del certificado de existencia y representación legal. Dicha solicitud que fue negada por el Grupo de Registro y Control de la Delegatura del Ahorro y la Forma Asociativa a través de oficio del 7 de marzo de 2008, al considerar que el solicitante no cumplía con la totalidad de los requisitos legales exigidos para tal efecto.

Expuso, que en virtud de lo anterior, la Cooperativa de Trabajo Asociado ASESACOOP C.T.A., por medio de escrito del 10 de abril de 2008, allegó nuevamente los documentos para efectos que la Superintendencia de Economía Solidaria procediera al registro y expedición del certificado de existencia y representación legal solicitado.

Señaló, que mediante oficio del 15 de abril de 2008 elaborado por el hoy demandante Javier Fernando Hernández León -*adscrito al Grupo Jurídico*-, y con la firma digital del Superintendente Delegado para el Ahorro y la Forma Asociativa Solidaria, se informó al representante legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado ASESACOOP C.T.A. sobre la expedición del registro N. ° 00081 de la misma fecha y del certificado de existencia y representación legal solicitado, por haberse cumplido con el trámite y las exigencias legales requeridas para tal efecto.

Afirmó que no obstante lo anterior, el Superintendente Delegado para la Supervisión del Ahorro y de la Forma Asociativa Solidaria expidió oficio del 16 de abril de 2009, tramitado por la funcionaria Sandra Velandia adscrita al Grupo de Registro y Control, mediante el cual se dio trámite a la solicitud de registro radicada por ASESACOOP C.T.A. el 10 de abril de 2008. Por medio del citado oficio, la entidad demandada decidió no registrar la referida Cooperativa de Trabajo Asociado por no cumplir con los requisitos legales.

Adujo, que mediante informe del 31 de agosto de 2009, la señora María Claudia Sarmiento Rojas, Coordinadora del Grupo de Registro e Inscripción de Cooperativas y Pre-cooperativas de Trabajo Asociado de la Superintendencia de Economía Solidaria, puso de presente al Superintendente de la referida entidad posibles irregularidades en el proceso de registro y expedición del certificado de existencia y representación legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado ASESACOOP C.T.A, adelantado por el señor Javier Fernando Hernández León, motivo por el cual la Oficina de Control Interno Disciplinario inició actuación administrativa disciplinaria en su contra.

Manifestó que surtido el referido procedimiento disciplinario, el Director del Grupo de Control Interno Disciplinario de la entidad demandada profirió fallo sancionatorio de primera instancia el 3 de octubre de 2012, mediante el cual sancionó al señor Javier Fernando Hernández León con destitución del cargo de *"Profesional Universitario 2044-09"* e inhabilidad general por 11 años, al encontrarlo responsable de la comisión a título de dolo de la falta disciplinaria prevista en el artículo 48, numeral 1° de la Ley 734 de 2002,[13] en concordancia con el artículo 286 del Código Penal –*falsedad ideológica de documento público*-,[14] por haber incumplido los deberes y prohibiciones de todo servidor público, al tramitar y expedir el certificado de constitución, existencia y representación legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado ASESACOOP C.T.A mediante registro 0081 del 15 de abril de 2008, en el cual consignó afirmaciones contrarias a la realidad, pues dicha entidad no cumplía con los requisitos legales exigidos para la expedición del citado documento.

---

[13] **Artículo 48. Faltas gravísimas.** Son faltas gravísimas las siguientes:
1. 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.

[14] **Artículo 286. Falsedad ideológica en documento público.** <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses

Explicó que aunado a lo anterior, la entidad demandada impuso sanción disciplinaria al accionante por la comisión a título de dolo de la falta disciplinaria gravísima consagrada en el ya citado artículo 48 numeral 1° de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 428 del Código Penal –*abuso de función pública*-[15] por haber extralimitado y abusado de sus funciones, al tramitar y expedir el certificado de existencia y representación legal de la mencionada Cooperativa de Trabajo Asociado, en atención a que dicha función correspondía de forma exclusiva al Grupo de Registro y Control, dependencia distinta a la cual se encontraba adscrito.

Señaló, que la decisión referida fue confirmada en su integridad por el Superintendente de Economía Solidaria mediante fallo disciplinario de segunda instancia expedido el 31 de enero de 2013.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

El apoderado judicial del demandante señaló como vulneradas las siguientes disposiciones:

a. Artículos 29, 121 y 122 de la Constitución Política.
b. Artículos 4, 6 y 20 de la Ley 734 de 2002.

Como concepto de violación de la demanda, el apoderado del demandante formuló los planteamientos que a continuación se exponen de manera sintética:

Del concepto de la violación

1.3.1. Cargo único.- Ausencia de tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad como elementos esenciales para atribuir responsabilidad disciplinaria

Afirmó el apoderado judicial del accionante,[16] que la entidad demandada no logró acreditar la tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad de las conductas reprochadas al

---

[15] **Artículo 428. Abuso de función pública.** El servidor público que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.
[16] Escrito de adición de la demanda visible a folios 83 a 88 del cuaderno principal del expediente

señor Javier Fernando Hernández León mediante los actos administrativos demandados. Para sustentar tal afirmación expuso los siguientes argumentos:

i) En lo referido a la tipicidad de la falta disciplinaria imputada *–artículo 48 numeral 1° de la Ley 734 de 2002-* por la comisión del delito de falsedad ideológica en documento público previsto en el artículo 286 del Código Penal argumentó que, elaboró el certificado de existencia y representación legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado ASESACOOP C.T.A, con fundamento en la documentación aportada por la citada corporación, es decir, que en su calidad de sustanciador de dicho documento solo consignó la información suministrada por el solicitante, en consecuencia, en el presente caso no se encuentra acreditada la conducta delictiva imputada, toda vez que la configuración del tipo penal mencionado exige que el autor del documento plagie la información que en este se plasmó, o consigne información falsa producto de su propia creación o intelecto, lo cual no ocurrió en el presente asunto.

ii) En cuanto a la comisión del delito de abuso de función pública previsto en el artículo 428 del Código Penal, consideró que la entidad demandada no especificó de qué funciones abusó el accionante en el ejercicio de su cargo. Así mismo, afirmó que tal imputación surgió de la apreciación irregular de los elementos probatorios debidamente allegados al proceso, pues no se señaló con claridad las pruebas que soportaron el mencionado reproche disciplinario.

iii) Respecto del elemento de culpabilidad de la conducta, sostuvo que el señor Hernández León elaboró el mencionado certificado de existencia y representación legal únicamente con sustento en la documentación allegada por la Cooperativa de Trabajo Asociado ASESACOOP C.T.A, y tratando que los procedimientos se ajustaran a derecho, por tanto, tal actuación fue realizada de buena fe, sin intención alguna de defraudar el ordenamiento jurídico, circunstancia que excluye cualquier viso de culpabilidad.

iv) Finalmente manifestó, que en los actos administrativos demandados no se acreditó la ilicitud sustancial de la conducta imputada, toda vez que no se realizó análisis jurídico ni probatorio en tal sentido.

1.4. Oposición a la demanda

Mediante escrito del 10 de febrero de 2015,[17] la Superintendencia de Economía Solidaria solicitó negar las pretensiones de la demanda, de conformidad con los siguientes argumentos:

i) Expuso que mediante los elementos probatorios recaudados en el curso trámite disciplinario promovido en contra del señor Hernández León, se acreditó que al expedir el certificado de existencia y representación legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado ASESACOOP C.T.A., dicho funcionario incurrió en falsedad, dado que en el mencionado documento manifestó que la entidad cumplió con las exigencias legales para tal efecto, siendo dicha afirmación contraria a la realidad, en atención a que el Grupo de Registro y Control de Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado de la entidad demandada, al realizar el control de legalidad respecto de los documentos aportados por la Cooperativa referenciada en dos oportunidades distintas, estableció que ésta no cumplía con los requisitos para la expedición del certificado solicitado.

ii) Afirmó, que de conformidad con lo establecido en el manual de funciones de la entidad demandada, se evidencia que el demandante en su calidad de funcionario adscrito al Grupo Jurídico de la Delegatura para la Supervisión del Ahorro y la Forma Asociativa de la Superintendencia de Economía Solidaria no se encontraba facultado para expedir registros y reconocimiento de personería jurídica, toda vez que dicha función corresponde únicamente al Grupo de Registro e Inscripción de Cooperativas. En consecuencia, señaló que mediante los hechos objeto de reproche disciplinario, el hoy accionante abusó de su cargo y se extralimitó en sus funciones, además, desconoció el conducto regular establecido para el registro de Cooperativas de Trabajo Asociado.

iii) Explicó que los actos administrativos disciplinarios demandados fueron expedidos con observancia de las garantías procesales del accionante, en atención a que este contó con la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción y defensa. Así mismo, manifestó que la sanción disciplinaria cuya legalidad se discute en el proceso de la referencia fue impuesta de conformidad con las disposiciones previstas en la Ley 734 de 2002.

[17] Visible a folios 90 a 123 del cuaderno principal del expediente.

1.5. La sentencia recurrida

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca[18] mediante sentencia del 21 de julio de 2016,[19] negó las súplicas de la demanda y condenó en costas al accionante, de conformidad con los siguientes argumentos:

i) En lo atinente a la tipicidad de las conductas reprochadas, el A quo precisó en primer lugar, que la sanción disciplinaria fue impuesta al accionante por haber expedido el certificado de constitución, existencia y representación legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado ASESACOOP C.T.A, sin competencia, de forma irregular y sin el cumplimiento de los requisitos legales. Al respecto, explicó que si bien el documento señalado contiene la firma digital del señor Superintendente Delegado para la Supervisión del Ahorro Asociativo Miguel Ángel Lemus Mangones, el hoy demandante Javier Fernando Hernández León reconoció haber elaborado el citado certificado, el cual, cuenta además con sus iniciales debajo de la firma del Superintendente Delegado.

En ese orden consideró, que de las pruebas obrantes en el plenario se evidencia que el documento ya citado fue elaborado desde el computador asignado al hoy demandante, y que no figura registro alguno que acredite que dicho certificado haya sido objeto de revisión y visto bueno por parte del señor Superintendente Delegado Miguel Ángel Lemus Mangones. Afirmó que el hecho que la firma del citado funcionario haya sido consignada mediante forma mecánica o digital, pone en duda que éste haya dado el visto bueno para la expedición del certificado cuya elaboración se atribuye al accionante.

Ahora bien, del estudio del manual de funciones de la Superintendencia de Economía Solidaria, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca determinó que el señor Hernández León en su calidad de Profesional Universitario 2044-09 asignado al Grupo Jurídico de la Delegatura para la Supervisión del Ahorro y la Forma Asociativa, no tenía dentro de sus funciones la labor de expedir certificados de constitución, existencia y representación legal de las Cooperativas de Trabajo Asociado. Además, del testimonio de la entonces Coordinadora del Grupo de Registro de Cooperativas concluyó que el accionante nunca laboró en la citada dependencia. Del análisis de las pruebas

[18] Sección Segunda, Subsección D.
[19] Visible a folios 213 a 230 del cuaderno principal del expediente.

mencionadas, el A quo determinó que el demandante sí incurrió en extralimitación de funciones, de conformidad con lo expuesto en los fallos disciplinarios demandados.

Aunado a lo anterior, el citado Tribunal explicó que el hoy accionante no cumplió con el procedimiento y el conducto regular previsto para la expedición de certificados de constitución, existencia y representación legal de las Cooperativas de Trabajo Asociado, pues no acreditó haber obtenido la revisión y el visto bueno de su superior funcional, esto es, el Superintendente Delegado para la Supervisión del Ahorro Asociativo, como acertadamente lo afirmó la entidad demandada.

Finalmente, en la sentencia de primera instancia recurrida se aseveró que el señor Javier Fernando Hernández León expidió el certificado de existencia y representación legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado ASESACOOP C.T.A., en virtud del estudio de los mismos documentos analizados mediante los oficios 7 de marzo y 16 de abril de 2008, en los cuales se negó el registro de dicha entidad por no cumplir los requisitos legales, por tanto, señaló que al momento de la expedición del citado certificado, la Cooperativa referenciada no cumplía con los requisitos para tal efecto, en tal virtud consideró debidamente imputada la falta disciplinaria gravísima prevista en el artículo 48 numeral 1° de la Ley 734 de 2002 a título de dolo.

ii) En lo referido a la ilicitud sustancial de la conducta desplegada por el demandante, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca determinó que esta se encuentra debidamente acreditada, tanto en el pliego de cargos como en los fallos disciplinarios demandados, al exponer de forma amplia y precisa la afectación de los deberes funcionales por parte del señor Hernández León.

iii) Afirmó el A quo, que los fallos disciplinarios demandados fueron sustentados en las pruebas debidamente recaudadas en el trámite administrativo sancionatorio, las cuales fueron valoradas de forma racional, coherente y conjunta. Así mismo señaló, que la sanción disciplinaria impuesta se ajusta a los criterios de graduación previstos en los artículos 46 y 47 de la Ley 734 de 2002.

iv) Finalmente, mediante la sentencia recurrida se condenó al accionante a pagar las constas procesales, en virtud del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 -*Código de*

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- en concordancia con el artículo 365 del Código General del Proceso.

1.6. El recurso de apelación

Mediante escrito del 26 de enero de 2017,[20] el apoderado judicial del demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia del 21 de julio de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca,[21] por medio del cual solicitó revocar la mencionada decisión y en consecuencia acceder a las pretensiones de la demanda. En sustento del citado medio de impugnación expuso los siguientes argumentos:

i) Considera el recurrente, que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca realizó un estudio limitado del régimen disciplinario y la forma en que fue analizado el material probatorio en los fallos disciplinarios demandados. Así mismo, reiteró el cargo expuesto en la demanda relacionado con la ausencia de tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad de las faltas imputadas, por cuanto la entidad demandada no logró acreditar dichos elementos de la responsabilidad disciplinaria de conformidad con los elementos de juicio recaudados en el trámite disciplinario.

ii) Afirma el demandante, que debe ser revocada la condena en costas impuesta mediante la sentencia recurrida, atendiendo a que en el curso del proceso judicial objeto del presente asunto no actuó de mala fe, de forma dilatoria o con temeridad, sino que por el contrario, sus actuaciones se encuentran provistas de un interés legítimo y fueron realizadas de conformidad con el principio de lealtad procesal, por lo que no hay lugar a condenar en costas.

1.7. Alegatos de conclusión

1.7.1. Alegatos del demandante.- Mediante escrito del 2 de abril de 2018,[22] el apoderado del accionante solicitó tener como alegatos de conclusión los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

---

[20] Visible a folios 238 a 244 del cuaderno principal del expediente.
[21] Sección Segunda Subsección D.
[22] Visible a folio 269 del cuaderno principal del expediente.

1.7.2. Alegatos del demandado.- A través apoderado judicial y mediante escrito del 23 de marzo de 2018,[23] la Superintendencia de Economía Solidaria solicitó confirmar la sentencia recurrida que negó las súplicas de la demanda, al considerar que los actos administrativos demandados fueron proferidos con observancia de las garantías procesales del demandante y de las disposiciones previstas en la Ley 734 de 2002.

1.8. Concepto del Ministerio Público

De conformidad con el informe rendido en el presente asunto por la Secretaría de la Sección Segunda de esta Corporación,[24] el Ministerio Público no rindió concepto alguno en el presente asunto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Planteamiento del problema jurídico

Revisada de manera integral y detallada la sentencia impugnada y el recurso de apelación interpuesto por el demandante, encuentra la Sala que para resolver el medio de impugnación objeto del presente asunto deberá atender los siguientes planteamientos:

2.1.1. Primer problema jurídico.- Establecer si en los fallos disciplinarios demandados se encuentran debidamente acreditados los elementos esenciales para determinar responsabilidad disciplinaria del accionante respecto de las faltas disciplinarias imputadas, esto es, tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad.

De ser resuelto en forma desfavorable al demandante el problema jurídico expuesto, la Sala procederá al análisis del siguiente planteamiento:

2.1.2. Segundo problema jurídico.- determinar si corresponde o no, condenar en costas procesales al demandante de resultar vencido en el proceso de nulidad y restablecimiento de la referencia, en virtud del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 365 del Código General del Proceso.

---

[23] Visible a folios 262 a 268 del cuaderno principal del expediente.
[24] Del 16 de octubre de 2018, visible a folio 270 del cuaderno principal del expediente.

2.2. Resolución de los problemas jurídicos planteados

2.2.1. Resolución del primer problema jurídico relacionado con la ausencia de los elementos estructurantes de la responsabilidad disciplinaria – tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad

Explica el apoderado judicial del accionante en el recurso de apelación objeto de estudio en el presente proveído, que en los fallos disciplinarios demandados mediante los cuales le fue impuesta sanción disciplinaria a su prohijado, la entidad demandada no logró acreditar la tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad como elementos estructurantes de la responsabilidad disciplinaria, conforme los elementos probatorios recaudados en el proceso disciplinario, motivo por el cual debe declararse la nulidad de los actos demandados.

Entonces, para desatar el planteamiento expuesto considera pertinente esta Subsección: **i)** hacer referencia a los elementos esenciales de la responsabilidad disciplinaria; **ii)** estudiar de manera independiente las faltas disciplinarias imputadas al demandante, las pruebas en que se fundamentan, para finalmente; **iii)** establecer si en el presente asunto, se encuentran acreditados los presupuestos requeridos para atribuir responsabilidad disciplinaria al demandante por la comisión de las faltas disciplinarias imputadas.

2.2.1.1. De los elementos que estructuran la responsabilidad disciplinaria.

En materia disciplinaria la responsabilidad implica el análisis de la conducta del sujeto disciplinable desde tres (3) diversos factores a saber; la tipicidad,[25] la ilicitud sustancial[26] y la culpabilidad,[27] los cuales por el diseño y estructura del derecho disciplinario adquieren connotaciones especiales diferentes a los decantados por otras manifestaciones del *ius puniendi* del Estado.[28]

---

[25] Artículo 4°; 23; 43 # 9; 184 # 1 C.D.U.
[26] Artículo 5° C.D.U.
[27] Artículo 13; 43 # 1; 44 parágrafo C.D.U.
[28] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Consejera ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de 19 de febrero 2015. Expediente N°:11001-03-25-000-2012-00783-00. Demandante: Alfonso Ricaurte Riveros. En esta providencia la Subsección identificó y analizó los factores que determinan la responsabilidad explicando la forma como estos influyen en la determinación de la sanción así como las diferencias en relación con el derecho penal.

En cuanto a la tipicidad,[29] la ley determina que el operador disciplinario debe: **1)** identificar la conducta del sujeto disciplinable (imputación fáctica) y analizarla jurídicamente (imputación jurídica) a afectos de establecer si: **i)** constituye infracción de una norma de comportamiento, esto es si generó: **a)** una infracción a un deber, **b)** una infracción a una obligación o **c)** una extralimitación de funciones previamente establecidas en la constitución, la ley o el reglamento, y **ii)** si ésta de conformidad con la *"clasificación de las faltas"*[30] (gravísima, grave o leve), constituye una falta disciplinaria atendiendo a un listado taxativo –para las faltas gravísimas-[31] y a unos *"criterios de gravedad o levedad"*[32] –para las faltas graves y leves-. Esto se puede condesar a través del siguiente cuadro:

	CONTENIDO DEL FACTOR "TIPICIDAD" EN LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA (Análisis de la conducta desde la infracción de una regla de conducta)	
1	**Imputación fáctica**	Determinación e individualización de la conducta cometida por el sujeto disciplinable.
2	**Imputación jurídica**	Subsunción de la conducta en una norma que exija un comportamiento. (Deber, prohibición, extralimitación de función).
		Subsunción en una falta disciplinaria y determinación de la misma como gravísima, grave o leve.

La antijuridicidad[33] por su parte, de acuerdo con la ley disciplinaria, analiza la conducta del sujeto disciplinable desde una perspectiva diferente a la de la tipicidad, esto es desde la justeza de la misma. Esta es descrita por la norma disciplinaria como la *"ilicitud sustancial"* que se traduce en una afectación del *"deber funcional sin justificación alguna"*,[34] es decir, este elemento a diferencia de otras disciplinas del *ius puniendi* –

[29] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 27 de noviembre de 2014, Radicado 2010-00196-00, Actor: Heriberto Triana Alvis; y Sentencia de 1 de septiembre de 2016, Radicado 2011-00590-00, Actor: Fabio Zarate Rueda. En estas providencias la Subsección revisó el factor "tipicidad", estableciendo que se compone de dos sub elementos, a saber a) la imputación fáctica y b) la imputación jurídica, este último a su vez se divide en i) la infracción de la norma de comportamiento y ii) en la falta disciplinaria propiamente dicha. Distinción que facilita evaluar el proceso que realiza la autoridad disciplinaria cuando subsume la conducta en una infracción disciplinaria a fin de identificar si se está frente a una doble imputación por un mismo hecho –*violación del non bis in ídem*- o frente a un concurso de faltas, y si la conducta ha sido correctamente identificada con un tipo disciplinario.

[30] Artículo 42 C.D.U.

[31] Artículo 48 C.D.U., y 34 de la Ley 1015 de 2006.

[32] Artículo 43 C.D.U

[33] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 29 de enero 2015, Radicado 2013-00190-00, Demandante: Dora Nelly Sarria Vergara. En esta providencia la Subsección analizó la antijuridicidad disciplinaria para señalar que al ser descrita por el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 como la afectación del deber funcional sin justificación alguna, el elemento "afectación del deber funcional" no exige la producción de un resultado dañoso de ningún tipo o gravead y el elemento "justificación" debe ser analizado de conformidad con las causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria del artículo 28 ídem.

[34] Artículo 5° C.D.U.

como el derecho penal-[35] no responde a la magnitud o gravedad del daño producido con la conducta, sino a la existencia de la afectación de la función (independiente de si esta afectación es grave o no) y a la existencia o no de justificación para la misma, con base –entre otras- en las causales de justificación preestablecidas por el legislador.[36]

En este sentido y atendiendo a la jurisprudencia de esta Sala,[37] se tiene además que, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 734 de 2002 el cual consagra que *"La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna"*, este mandato legal consagra, en criterio del Consejo de Estado, la específica noción de antijuridicidad que caracteriza al derecho disciplinario y le diferencia del derecho penal, a saber que la antijuridicidad en el derecho disciplinario no se basa en un daño a un bien jurídico protegido, sino en el incumplimiento de los deberes funcionales del servicio público y su falta de justificación.[38]Lo descrito se resume a continuación:

	CONTENIDO DEL FACTOR "ANTIJURIDICIDAD" EN LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA (Análisis de la conducta desde la afectación de un deber funcional y la existencia o no de justificación).	
1	Afectación del deber funcional	Es indiferente la gravedad mayor o menor de la afectación del deber funcional de cualquier naturaleza.
2	Falta de justificación legal	Inexistencia de causal de justificación de la conducta, en entre ellas, las consagradas en el artículo 28 de la Ley 734 de 2002.

El tercer factor de la responsabilidad disciplinaria es la culpabilidad, bajo la cual se analiza la conducta desde una perspectiva subjetiva, esto es desde la evaluación de la voluntad y el conocimiento del sujeto disciplinable al momento encaminar su actuación.

Este último factor está expresamente regulado en el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, el cual dispone que en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa, lo

---

[35] Ley 599 de 2000, artículo 11. Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

[36] Ver artículo 28 de la Ley 734 de 2002, causales de justificación de la conducta.

[37] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 2 de mayo de 2013. Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00149-00(1085-2010). Actor: Edgar Ariosto Alvarado González. Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación. Única Instancia – Autoridades Nacionales.

[38] La Corte Constitucional, en la sentencia C-948 de 2002 (M.P. Alvaro Tafur Galvis), explicó a este respecto que el derecho disciplinario se diferencia del derecho penal, entre otras, porque dado su objetivo central de garantizar la excelencia en el desempeño de la función pública, las sanciones que contempla se justifican por el mero incumplimiento del deber de los servidores públicos, incumplimiento que conlleva una afectación del servicio a ellos encomendado.

cual significa en términos de la jurisprudencia constitucional *que "el titular de la acción disciplinaria no solamente debe demostrar la adecuación típica y la antijuridicidad de la conducta, pues ésta debé afectar o poner en peligro los fines y las funciones del Estado, sino también le corresponde probar la culpabilidad del sujeto pasivo manifestando razonadamente la modalidad de la culpa"*,[39] principio legal que deriva del mandato consagrado en el artículo 29 superior en virtud del cual "*Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable*".[40]

Atendiendo a lo anterior, como se puede observar el artículo 13 de la Ley 734 de 2002 –antes trascrito-, no trae una descripción conceptual de la culpabilidad es decir no define, que debe entenderse por tal, sino que consagra una regla de prohibición –no puede haber responsabilidad objetiva- y los grados o niveles que la componen, esto es el dolo y la culpa.

El contenido de los grados de culpabilidad sancionables en materia disciplinaria –dolo y culpa-, puede establecerse, como lo ha definido previamente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,[41] para el dolo atendiendo al código penal -por remisión expresa del artículo 21 de la Ley 734 de 2002- y para la culpa de conformidad con el artículo 44 –parágrafo- de la Ley 734 de 2002 en el cual se definen los conceptos de culpa gravísima –ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento- y culpa grave -inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones-.

Entonces, es en el análisis de la culpabilidad donde se valora el aspecto subjetivo de la conducta, por lo tanto atendiendo a lo anterior y al contenido del artículo 13 de la Ley 734 de 2002 –antes transcrito-, es este factor el que determina si en un caso concreto se aplicó o no responsabilidad objetiva.

Por esto, cuando en una decisión de la autoridad disciplinaria no existe referencia alguna a la valoración subjetiva de la conducta del sujeto disciplinable, en otras palabras cuando se estructura la responsabilidad sin un estudio por lo menos formal de

---

[39] Ibidem.
[40] Sentencia C-155 de 2002, Ma. Po. Clara Inés Vargas Hernández.
[41] Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Auto de marzo de 2015, radicado 2014-03799-00. ACTOR: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO. En esta providencia la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado analizó el factor "culpabilidad" y estableció que el contenido de los conceptos culpa grave y culpa gravísima tienen contenido propio en el artículo 44, parágrafo de la Ley 734 de 2002 mientras que el concepto de dolo debe ser observado desde el artículo 22 del código penal.

la culpabilidad, estamos ante una aplicación de responsabilidad objetiva prohibida por el artículo 13 de la Ley 734 de 2002 y, en ese miso orden, cuando a pesar del estudio formal de la culpabilidad de las pruebas del expediente se desprende que la conducta no fue cometida dentro de los grados de culpa descritos por la ley, estamos ante la ausencia de culpabilidad en los términos del artículo 44 –parágrafo- de la Ley 734 de 2002. Lo anterior se resume en el siguiente esquema:

	CONTENIDO DEL FACTOR "CULPABILIDAD" EN LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA. (Análisis desde el aspecto subjetivo de la conducta).	
1	**Análisis formal**	Ley 734 de 2002, articulo 13. Debe constar en la decisión disciplinaria el análisis de la subjetivo de la conducta so pena de incurrir en responsabilidad objetiva.
2	**Análisis material**	El análisis subjetivo de la conducta además debe permitir que esta se subsuma en las descripciones de culpa del artículo 44 –parágrafo- de la Ley 734 de 2002 y/o de dolo del código penal –con la salvedad realizada por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado-, so pena de ausencia de culpabilidad.

De conformidad con el análisis realizado respecto de los elementos estructurantes de la responsabilidad disciplinaria, procede la Sala a estudiar de manera independiente las conductas reprochadas por la entidad demandada al señor Javier Fernando Hernández León, para determinar si en el caso concreto estos se encuentran plenamente acreditados.

2.2.1.2. De la falta disciplinaria imputada prevista en el artículo 48 numeral 1° de la Ley 734 de 2002 en concordancia con el artículo 428 del Código Penal -*Abuso de función pública*-.

Estudiados en su integridad los actos administrativos demandados, se evidencia que la Superintendencia de Economía Solidaria impuso sanción disciplinaria al señor Javier Fernando Hernández León por la comisión de la falta disciplinaria prevista en el artículo 48 numeral 1° de la Ley 734 de 2002, al considerar que éste incurrió de forma objetiva en abuso de función pública, conducta consagrada como delito en el artículo 428 del

Código Penal,[42] en atención a que en su calidad de Profesional Universitario 2044-09 asignado al Grupo Jurídico de la Delegatura Para el Ahorro y la Forma Asociativa, extralimitó y abusó de sus funciones, por haber tramitado el registro de constitución, existencia y representación legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado denominada *"Cooperativa de Trabajo Asociado Especializada en Salud – ASESACOOP C.T.A."* N.º 0081 del 15 de abril de 2008, siendo esta función competencia exclusiva del Grupo de Registro y Control de la citada Delegatura de la entidad demandada.

Ahora bien, del análisis integral y detallado de los elementos de juicio recaudados en el trámite de primera instancia del proceso de la referencia, concluye la Sala, que dentro del presente asunto se tienen como objetivamente probados los hechos relevantes que a continuación se señalan:

a. Que el señor Javier Fernando Hernández León fue nombrado de forma privisional en el cargo denominado "*Profesional Universitario 3020-12*", mediante Resolución N. º 000498 del 24 de junio de 2005. [43]

b. Que para la fecha en la ocurrencia de los hechos objeto de reproche disciplinario -15 de abril de 2008-, el demandante se desempeñaba en el cargo denominado *"Profesional Universitario 2044-09"*, asignado al Grupo Jurídico de la Delegatura para la Supervisión del Ahorro y la Forma Asociativa de la entidad demandada.[44]

c. Que la función de Registro de Cooperativas de Trabajo Asociado se encuentra Asignada al Grupo de Registro y control de la Delegatura para la Supervisión del Ahorro y la Forma Asociativa de la Superintendencia de Economía Solidaria.

d. Que el señor Hernández León en su calidad de *"Profesional Universitario Código 2044, Grado 09"*, adscrito al Grupo Jurídico de la Delegatura para la Supervisión del Ahorro y la Forma Asociativa de la Superintendencia de Economía Solidaria no tenía asignada la función de tramitar o participar en el proceso de constitución y registro de Cooperativas de Trabajo Asociado.[45]

---

[42] Ley 599 de 2000

[43] Visible a Folio 127 del Cuaderno principal del expediente.

[44] Conforme certificación del 13 de junio de 2011, proferida por la Oficina de Talento Humano de la Superintendencia de Economía Solidaria, visible a folio 76 del Cuaderno N. º 1 anexo del expediente.

[45] Conforme Manual Especifico de Funciones de la Superintendencia de Economía Solidaria –Resolución 20074100000225 del 18 de enero de 2007-. Visible a folios 129 y 130 del cuaderno principal del expediente. El citado

e. Que el 11 de febrero de 2008, la Cooperativa de Trabajo Asociado Especializada en Salud ASESACOOP C.T.A., solicitó ante la Superintendencia de Economía Solidaria el registro y expedición del Certificado de Existencia y Representación Legal. A dicho documento le fue asignado el radicado N.º 2008-440-0032782.[46]

f. Que la solicitud identificada con radicado N.º 2008-440-0032782, fue asignada a la funcionaria Martha Patricia Uribe el 29 de febrero de 2008, adscrita al Grupo de Registro y Control de la Delegatura para la Supervisión del Ahorro y la Forma Asociativa, para su respectivo trámite.[47]

g. Que mediante oficio del 7 de marzo de 2008, tramitado por la funcionaria Martha Patricia Uribe y suscrito por el Superintendente Delegado para la Supervisión del Ahorro y de la Forma Asociativa se negó el registro de la Cooperativa de Trabajo Asociado Especializada en Salud ASESACOOP C.T.A. [48]

h. Que a través de escrito del 10 de abril de 2008, la Cooperativa ASESACOOP C.T.A. presentó nuevamente los documentos a efectos de realizar el trámite de registro, el cual fue identificado con radicado N. º 2008- 440- 0089082. [49]

i. Que el hoy demandante señor Javier Fernando Hernández León, mediante su usuario en el sistema utilizado en el interior de la entidad demandada, se asignó de forma automática el trámite de control de legalidad de los documentos

---

acto señala como funciones del cargo de Profesional Universitario del Grupo Jurídico de la Superintendencia del Ahorro y la Forma Asociativa las siguientes:

1. Participar en la formulación de planes, programas y proyectos relacionados con dicha dependencia y velar por el cumplimiento oportuno de los términos y condiciones establecidos en estos, para mantener el Sistema de Gestión de Calidad de la Misma.
2. Proponer los ajustes que se requieran para organizar el desarrollo de las funciones a su cargo, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de todos los objetivos que se deriven de al naturaleza de dicha dependencia.
3. Asistir con criterio jurídico a los grupos que integran dicha dependencia en ejecución de la función de supervisión, siguiendo los parámetros establecidos en los procesos y procedimientos elaborados y aprobados dentro del sistema de Gestión de Calidad.
4. Adelantar hasta su culminación, de manera eficiente y eficaz, las actuaciones administrativas que se generen con ocasión de la función de supervisión.
5. Las demás funciones asignadas por el funcionario competente, de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo.

[46] Conforme consta en documento visible a folios 1 a 3 del cuaderno anexo N.º 1 del expediente.
[47] Según lo expuesto en el certificado del 10 de agosto de 2010 expedido por Jefe de la Oficina Asesora de Planeación y Sistemas de la entidad demandada, visible a folios 47 a 49 del cuaderno anexo N.º 1 del expediente.
[48] Visible a folios 1 a 3 del cuaderno anexo N.º 1 del expediente.
[49] Visible a folio 4 del cuaderno anexo N.º 1 del expediente.

radicados por la Cooperativa ASESACOOP C.T.A., con lo cual creó el radicado 20083200068281.[50]

j. A través del oficio con el radicado 20083200068281 del 15 de abril de 2008, elaborado por el accionante y con firma digital del respectivo Superintendente Delegado se otorgó el certificado de constitución, existencia y representación legal de la Cooperativa ASESACOOP C.T.A., en respuesta a las solicitudes del 11 de febrero y 10 de abril de 2008.[51]

k. El escrito del 10 de abril de 2008 con radicado N. ° 2008- 440- 0089082, presentado por la Cooperativa ASESACOOP C.T.A. a efectos de realizar el trámite de registro, identificado con radicado N. ° 2008- 440- 0089082, fue asignado el 6 de mayo de 2008 a la funcionaria Sandra Velandia, adscrita al Grupo de Registro y Control de la Delegatura para la Supervisión del Ahorro y la Forma Asociativa para su respectivo trámite.[52]

l. Que mediante oficio del 16 de abril de 2009, tramitado por la funcionaria Sandra Velandia y suscrito por el Superintendente Delegado para la Supervisión del Ahorro y de la Forma Asociativa se negó el registro de la Cooperativa de Trabajo Asociado Especializada en Salud ASESACOOP C.T.A.[53]

Destaca en este punto la Sala, que mediante escrito radicado el 24 de febrero de 2012 por el hoy demandante ante la Oficina de Control Disciplinario de la entidad demandada, en el cual presentó de manera escrita su versión libre sobre los hechos objeto de reproche disciplinario, aceptó de manera expresa, libre y espontánea, haber proyectado o sustanciado el certificado de existencia y representación legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado ASESACOOP.[54] Al respecto dicho documento señala:

> *"(...) Dentro de la proyección del certificado de la cooperativa ASESACOOP,* ***efectivamente lo proyecté o sustancié*** *para la firma del doctor Miguel Ángel Lemus (...)"*

---

[50] Según lo expuesto en el certificado del 10 de agosto de 2010 expedido por Jefe de la Oficina Asesora de Planeación y Sistemas de la entidad demandada, visible a folios 47 a 49 del cuaderno anexo N.° 1 del expediente.
[51] Visible a folios 5 a 12 del cuaderno principal del expediente.
[52] Según lo expuesto en el certificado del 10 de agosto de 2010 expedido por Jefe de la Oficina Asesora de Planeación y Sistemas de la entidad demandada, visible a folios 47 a 49 del cuaderno anexo N.° 1 del expediente.
[53] Visible a folios 17 y 18 del cuaderno principal del expediente.
[54] Visible a folios 143 y 144 del cuaderno anexo N.°1 del expediente.

En consecuencia de lo anterior, se encuentra plenamente acreditado que el hoy accionante sí elaboró el certificado de constitución, existencia y representación legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado ASESACOOP, sin estar adscrito al Grupo de Registro y Control de la Delegatura para la Supervisión del Ahorro y la Forma Asociativa de la Superintendencia de Economía Solidaria. Sin embargo, del testimonio rendido dentro del presente asunto por el Superintendente Delegado para la Supervisión del Ahorro y la Forma Asociativa señor Miguel Ángel Lemus Mangones se evidencia,[55] que en caso haber gran cantidad de solicitudes de registro de Cooperativas y Pre cooperativas de Trabajo Asociado, el citado funcionario podía disponer temporalmente de los empleados adscritos a otros grupos o dependencias de la Delegatura para efectuar el control de legalidad de estos y proceder o no al registro. Al respecto, la citada declaración reza lo siguiente:

> *"El doctor Lemus procede a exponer que teniendo en cuenta la coyuntura presentada en virtud de la expedición del Decreto 4588 de 2006, que atribuyó a la Superintendencia la función de registro de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado,* ***lo cual teniendo en cuenta el universo de estas entidades fue necesaria la colaboración de todos los funcionarios de la Delegatura y apoyo de las demás áreas de la Entidad para cumplir con esta función****, de manera temporal por periodos específicos, por ello es imposible precisar si el funcionario Hernández León, tenía en ese momento esa función, pues hubo periodos en que el Superintendente solicitó colaboración de funcionarios de otras áreas, de ahí la importancia de precisar si para la época en que se expidió el certificado a la referida cooperativa estábamos inmersos en esa situación de apoyo, sino Él no tenía esa facultad, pues hacía parte del Grupo Jurídico y no tenía por qué haber asumido esta función, u menos expedir dicho certificado."*

De la prueba testimonial referida, se colige que el señor Javier Fernando Hernández León a pesar de no estar asignado al Grupo de Registro y Control de la Delegatura para Supervisión del Ahorro y la Forma Asociativa, pudo haber sido investido por el competente, con funciones de registro de Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado de forma temporal. En consecuencia, corresponde a la Sala determinar si al momento en que el accionante tramitó el registro N.º 00081 del 15 de abril de 2008, contaba con facultades para tal efecto.

Estudiados en su integridad los elementos de juicio obrantes en el expediente de la referencia, esta Subsección evidencia que no obra en el plenario documento alguno

[55] Visible a folios 206 a 208 del cuaderno anexo N.º1 del expediente.

que acredite si el 15 de abril de 2008, fecha de ocurrencia de los hechos reprochados disciplinariamente, el demandante había sido o no facultado temporalmente para conocer de trámites de registro de Cooperativas de Trabajo Asociado, dado que de conformidad con el testimonio del funcionario antes mencionado, dichas determinaciones eran tomadas de manera verbal por el Comité institucional. Sobre el particular se lee:

> *"**PREGUNTADO:** Esas órdenes para esas situaciones especiales se daban por escrito o verbal. **RESPONDE:** No de manera verbal por decisiones adoptadas en reuniones del comité institucional para aminorar el exceso de trámites que ocasionó esta función de registro de CTAS y PCTAS."*

Ahora bien, a pesar de no existir certeza respecto de la circunstancia antes mencionada, se reitera, que se encuentra debidamente acreditado en el plenariuo, que el señor Javier Fernando Hernández León tramitó o sustanció el registro N.º 00081 del 15 de abril de 2008, mediante el cual se expidió el certificado de constitución, existencia y representación legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado Especializada en Salud – ASESACOOP C.T.A. Para tal efecto, el hoy accionante dio trámite a la solicitud del 11 de febrero de 2008 radicada con N.º 20084400032782 y a la de 10 de abril de 2008 con radicado N.º 20084400089082, de conformidad con lo dispuesto en el documento cuestionado, que a tenor literal señala:

> *"**Asunto:** Control del legalidad de Constitución para Reconocimiento y Registro de la COOPERATIVA DE TRABAJO ESPECIALIZADA EN SALUD – ASESACOOP C.T.A. – **Radicados 20084400032782 del 11 de febrero de 2008 y el radicado 20084400089082 del 10 de abril de 2008.**"*

Al respecto, evidencia esta Corporación, que la solicitud de registro presentada por ASESACOOP el 11 de febrero de 2008 radicada con N.º 20084400032782, a la cual dio respuesta el accionante mediante oficio del 15 de abril de 2008 no le fue asignada,[56] dado que dicho trámite fue encargado el 29 de febrero del mismo año a la funcionaria Martha Patricia Uribe, adscrita al Grupo de Registro de la Delegatura para Supervisión del Ahorro y la Forma Asociativa, esto de conformidad con el archivo histórico del mencionado trámite en el sistema de la Superintendencia de Economía Solidaria,

[56] Visible a folios 5 y 6 del cuaderno principal del expediente.

allegado al proceso disciplinario por el Jefe de la Oficina Asesora de Planeación y Sistemas de la entidad demandada.[57]

Así mismo, se encuentra debidamente probado mediante el documento antes mencionado, que la segunda solicitud radicada por ASESACOOP, de fecha 10 de abril de 2008 y radicada con N.º 20084400089082, fue asignada el 11 de mayo de 2009 a la funcionaria Sandra Velandia, también adscrita al Grupo de Registro de la Delegatura antes referida, esto es, que dicho trámite tampoco fue encargado al señor Javier Fernando Hernández León.

Así las cosas, concluye la Sala que a pesar que el 15 de abril de 2008, el accionante en su calidad de funcionario del Grupo Jurídico de la Delegatura para la Supervisión del Ahorro y la Forma Asociativa, pudo haber estado facultado para tramitar registros de Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, por lo antes expuesto, se evidencia que a éste no le fue asignado el proceso de registro de la Cooperativa ASESACOOP, pues dicho procedimiento fue encargado a las funcionarias Martha Patricia Uribe y Sandra Velandia. Entonces, al haber dado curso a un trámite de registro que no le fue asignado, el demandante sí se extralimitó y abusó de las funciones de su cargo, encontrándose así incurso en la conducta de abuso de función pública prevista como delito por el artículo 428 del Código Penal, de conformidad con lo expuesto en los actos administrativos demandados y en la Sentencia de primera instancia del 21 de julio de 2016.

En virtud de lo expuesto, en el proceso de la referencia se encuentra plenamente acreditado el elemento de tipicidad de la falta disciplinaria imputada al accionante prevista en el artículo 48 numeral 1º de la Ley 734 de 2002 en concordancia con el delito denominado abuso de función pública consagrado en artículo 428 del Código Penal, cuyo texto prevé:

> ***"Artículo 428. Abuso de función pública.*** *El servidor público que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses."*

[57] Según lo expuesto en el certificado del 10 de agosto de 2010 expedido por Jefe de la Oficina Asesora de Planeación y Sistemas de la entidad demandada, visible a folios 47 a 49 del cuaderno anexo N.º 1 del expediente.

Respecto de la ilicitud sustancial de la conducta reprochada al demandante, objeto de estudio en el presente acápite –*abuso de función pública*-, encuentra la Sala que, contrario a lo expuesto en la demanda y en el recurso de apelación, la entidad accionada mediante los fallos disciplinarios demandados si realizó el análisis requerido sobre dicho elemento de la responsabilidad disciplinaria.[58]

Sobre el particular, la Superintendencia de Economía Solidaria afirmó que al haber abusado y extralimitado las funciones asignadas, el accionante desconoció los deberes y prohibiciones de todo servidor público previstas en los artículos 34 numerales 1 y 2, y 35 numeral 1 de la Ley 734 de 2002, así como los reglamentos y manual de funciones de la entidad. Aunado a lo anterior la autoridad disciplinaria expuso:

> *"En el caso bajo examen, el señor JAVIER HERNÁNDEZ LEÓN afectó su deber funcional infringiendo los principios de transparencia, moralidad y eficiencia, principios que indiscutiblemente son objeto de protección cuando, para el presente caso existía un procedimiento y un grupo especial creado para tramitar los controles de legalidad de las Cooperativas de trabajo Asociado, principios que se desconocieron flagrantemente por el disciplinado"*

Entonces, además de encontrarse plenamente probado el desconocimiento a los deberes funcionales del cargo desempeñado por el actor, evidencia la Sala que en el presente asunto no existe causal legal de justificación de la conducta, circunstancias que conllevan a que la acción ejecutada por el señor Hernández sea antijurídica o sustancialmente ilícita, de conformidad con lo expuesto en el acápite antecedente.

Por otro lado, considera esta Subsección, que le asiste razón a la entidad demandada al haber imputado al señor Hernández León la falta disciplinaria aquí estudiada a título de dolo, dado que, de conformidad con el informe rendido por el Jefe de la Oficina Asesora de Planeación y Sistemas,[59] el hoy demandante señor Javier Fernando Hernández León, mediante su usuario en el sistema utilizado en el interior de la entidad demandada, se asignó de forma automática el trámite de control de legalidad de los documentos radicados por la Cooperativa ASESACOOP C.T.A., es decir, que éste se extralimitó en las funciones de su cargo de forma consiente y voluntaria.

---

[58] Páginas 24, 25, 39, y 40 del fallo disciplinario de primera instancia del 3 de octubre de 2012, visible a folios 2 a 24 del cuaderno principal del expediente.
[59] Según lo expuesto en el certificado del 10 de agosto de 2010 expedido por Jefe de la Oficina Asesora de Planeación y Sistemas de la entidad demandada, visible a folios 47 a 49 del cuaderno anexo N.° 1 del expediente.

De conformidad con lo ampliamente expuesto, encuentra la Sala, que la entidad demandada acreditó en debida forma la tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad como elementos requeridos para imponer sanción disciplinaria al accionante por la comisión de la falta disciplinaria prevista en el artículo 48 numeral 1° de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 428 del Código Penal, motivo por el cual, los argumentos expuestos en el recurso de apelación en tal sentido, no tienen vocación de prosperar.

2.2.2.2. De la falta disciplinaria imputada prevista en el artículo 48 numeral 1° de la Ley 734 de 2002 en concordancia con el artículo 286 del Código Penal –*falsedad ideológica en documento público*-.

Observa la Sala, que la Superintendencia de Economía Solidaria también sancionó disciplinariamente al señor Javier Fernando Hernández León al encontrarlo responsable de la comisión de la falta disciplinaria gravísima contenida en el artículo 48 numeral 1° de la Ley 734 de 2002, por haber incurrido en la conducta de falsedad ideológica en documento público, prevista como delito en el artículo 286 del Código Penal, al consignar en el oficio del 15 de abril de 2008 y el registro 00081 de la misma fecha las siguientes afirmaciones falsas:

1. *"Sobre dicho particular nos permitimos expresarle que este órgano de control, en ejercicio de las funciones establecidas en la Ley 454 de 1998 y el Decreto 186 de 2004, avocó el control del legalidad de forma y de fondo de dicha documentación, observándose que el trámite se ajustó al cumplimiento de las disposiciones legales que la rigen."*

2. *Que de conformidad con lo dispuesto en el Art. 7° del decreto 4588 de 2006, la entidad solidaria cumplió a cabalidad con los requisitos previstos en el artículo 15 de la Ley 79 de 1988 y allegó la constancia de la autorización del Régimen de Trabajo y Compensaciones expedida por el Ministerio de la Protección Social."*

Al estudiar la imputación referenciada mediante la sentencia recurrida, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca afirmó que el accionante sí incurrió objetivamente en la conducta imputada. No obstante lo anterior, en el recurso de apelación objeto de estudio en esta providencia, el accionante señala que para arribar a la anterior conclusión el A quo no realizó un análisis adecuado de los elementos de juicio obrantes

en el expediente. Entonces, para desatar el reparo expuesto, esta Corporación deberá estudiar las pruebas obrantes en el proceso de la referencia, a fin de determinar si el señor Hernández León incurrió objetivamente en la conducta de falsedad ideológica en documento público, prevista por el artículo 286 del Código Penal, cuyo tenor literal dispone:

> ***"Artículo 286. Falsedad ideológica en documento público.*** *El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses."*

En cuanto a la primera afirmación acusada como falsa por la entidad demandada, ya señalada, referida al cumplimiento por parte del hoy demandante del trámite previsto para la expedición del certificado de constitución, existencia y representación legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado ASESACOOP, encuentra la Sala que dicho funcionario efectivamente realizó tal afirmación, la cual se encuentra consignada en el oficio identificado con radicado 20083200068281 del 15 de abril de 2008.[60]

En lo referido al trámite o procedimiento interno que debe ser ejecutado al interior de la Superintendencia de Economía Solidaria para la expedición de certificados de constitución, existencia y representación legal de Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, el Jefe de la Oficina Asesora de Planeación y de Sistemas mediante informe del 30 de agosto de 2010 expuso lo siguiente:

> *"El procedimiento de registro de Precooperativas y cooperativas de trabajo asociado de la Superintendencia de Economía Solidaria inicia con el reparto de radicados a los funcionarios del grupo de registro y a los contratistas por parte de la coordinadora del grupo, el funcionario realiza un análisis documental , que consiste en estudiar los documentos y estatutos de la organización, para verificar el cumplimiento de requisitos legales de forma y de fondo como requisito previo para el registro e inscripción.*
> *(...)*
> *Si la entidad cumple con la normatividad que les aplica a esta clase de organizaciones, se realiza el registro e inscripción de la preccoperativa, cooperativa de trabajo asociado en el software de registro y anexar el certificado de existencia y representación legal.*
> *(...)*
> *La descripción de esta actividad consiste, en elaborar certificado de existencia y representación legal, proyectar oficio de notificación de registro, revisión por parte del*

[60] Visible a folios 5 y 6 del cuaderno anexo N.º 1 del expediente.

coordinador, revisión y visto bueno por parte del intendente, inscribir la organización en Orfeo, radicar, imprimir y marcar como impreso, enviar al Superintendente Delegado para su firma, digitalizar y enviar como correo electrónico, excepcionalmente por fax o correo certificado, siempre y cuando no exista la posibilidad de correo electrónico , en caso de devolución por correo, corregir datos y volver a enviar.(...)"

El procedimiento descrito para la expedición del registro de constitución, existencia y representación legal de Cooperativas de Trabajo Asociado, como el tramitado por el accionante mediante documento de 15 de abril de 2008, fue ratificado, por la funcionaria Martha Patricia Uribe Rincón quien para la época señalada pertenecía al Grupo de Registro y Control, a través de declaración juramentada rendida el 1 de diciembre de 2011,[61] así como por el entonces Superintendente Delegado Miguel Ángel Lemus Mangones, mediante testimonio del 13 de diciembre de 2012.[62]

Ahora bien, del concepto técnico rendido por el Jefe de la Oficina Asesora de Planeación y Sistemas el 10 de agosto de 2010,[63] en el cual se encuentra registrado el movimiento histórico del procedimiento efectuado por el demandante para la expedición del certificado de la Cooperativa de Trabajo Asociado ASESACOOP, se observa que éste se asignó de forma automática la documentación allegada, trámite que fue identificado con el radicado 20083200068281 el 15 de abril de 2008, fecha en que realizó el control de legalidad y proyectó el respectivo certificado, el cual remitió a la Secretaria de la Delegatura para su firma digital y envío al solicitante en la fecha 16 de abril de 2008.

Del análisis conjunto de los elementos de juicio antes referenciados, concluye la Sala que al expedir el certificado de constitución, existencia y representación legal de la precitada Cooperativa de Trabajo Asociado, el accionante no ejecutó el procedimiento establecido por la Superintendencia de Economía Solidaria para tal efecto, en consecuencia al haber afirmado en el oficio radicado 20083200068281 el 15 de abril de 2008 que "*observándose que el trámite se ajustó al cumplimiento de las disposiciones legales que la rigen*", éste efectivamente incurrió en la falsedad atribuida, de conformidad con lo expuesto en los fallos disciplinarios demandados.

---

[61] Visible a folios 126 a 129 del cuaderno anexo N.° 1 del expediente.
[62] Visible a folios 206 a 208 del cuaderno anexo N.° 1 del expediente.
[63] Visible a folios 47 a 49 del cuaderno anexo N.° 1 del expediente.

En lo referido a la segunda afirmación realizada por el accionante, considerada como falsa por la entidad demandada, referida al cumplimiento de las exigencias legales por parte de la Cooperativa ASESACOOP, encuentra la Sala que para expedir el certificado de constitución de dicha organización el demandante estudió las solicitudes identificadas con los radicados 20084400032782 y 20084400089082, documentos que fueron revisados en dos ocasiones por funcionarias del Grupo de Registro de la Delegatura para la Supervisión del Ahorro y la Forma Asociativa de la entidad demandada, procedimiento del cual decidieron no acceder al registro del solicitante por falta de requisitos legales, contrario a la actuación del señor Hernández León

Entonces, al haber expedido el certificado de constitución, existencia y representación legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado antes citada, el demandante efectivamente incurrió objetivamente en la conducta de falsedad ideológica en documento público, de conformidad con lo expuesto en la sentencia impugnada. Resulta evidente que dicho procedimiento fue adelantado con afectación de los deberes funcionales por parte del hoy accionante y con pleno conocimiento de la ilicitud de la conducta ejecutada, razón por la cual, se encuentran debidamente acreditados los elementos de la responsabilidad disciplinaria en relación con la falta disciplinada estudiada en el presente acápite.

Así la cosas, el cargo expuesto por el señor Javier Fernando Hernández León referido a la ausencia de tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad de las faltas disciplinarias endilgadas por la entidad demandada no tiene vocación de prosperidad. Así las cosas procede esta Corporación al estudio del segundo problema jurídico planteado, de conformidad con lo expuesto en el aparte inicial del acápite de consideraciones.

2.2.2. Resolución del segundo problema jurídico planteado, relacionado con la condena en costas impuesta al accionante

En lo referido a este punto se evidencia que en la sentencia impugnada el Tribunal Administrativo de Cundinamarca impuso condena en costas al demandante por ser la parte vencida en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en aplicación de lo previsto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- en concordancia con el artículo 365 del Código General del Proceso.

Dicha decisión será revocada, lo anterior, por cuanto la Sala reitera lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda[64] de esta Corporación sobre el particular, en la medida 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; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala observa que el *a quo* no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandante, quien dentro de sus facultades hizo uso mesurado de su derecho de defensa. Por ello, se revocará este aparte de la sentencia apelada.

2.3. Conclusión

Considera pertinente la Sala aclarar en este punto, que el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los fallos disciplinarios demandados, dado que, en el presente asunto se encuentran plenamente acreditados los elementos requeridos para imponer sanción disciplinaria por la comisión de las faltas imputadas, en consecuencia, la sentencia apelada amerita ser confirmada por cuanto negó la nulidad de la sanción de destitución e inhabilidad por 11 años impuesta al señor Javier Fernando Hernández León. Sin embargo, la condena en costas impuesta por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca será revocada conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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,

---

[64] 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.

CONSEJO DE ESTADO
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL
1817 - 2017

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 21 de julio de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D en cuanto negó la nulidad de la sanción de destitución e inhabilidad por 11 años impuesta al señor Javier Fernando Hernández León mediante los fallos disciplinarios demandados, así como las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

SEGUNDO: REVOCAR la condena en costas impuesta al accionante por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

TERCERO: Por la Secretaría de la Sección Segunda de la Corporación devuélvase el proceso al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D y déjense las constancias de rigor.

Providencia estudiada y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS