

CONTROL JURISDICCIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO REVOCADO – Procedencia

La Revocatoria Directa dispuesta por la Entidad accionada no impide que se emita un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda, pues si bien es cierto el objeto de ésta ya no existe, tal revocatoria no equivale a un pronunciamiento anulatorio, porque una medida de esa índole adoptada por la Administración, no tiene la virtualidad de definir si actos como los demandados en el sub-lite se conforman con la normatividad de superior jerarquía, ello solo puede lograrse mediante un fallo proferido por esta Jurisdicción, con el cual se tutele el orden jurídico vulnerado, lo cual, se repite, no se consigue a través de una decisión administrativa y sobre esta base, la Sala procederá a analizar los cargos planteados en la demanda.

DECISION DISCIPLINARIA – Control por la jurisdicción contencioso administrativa. Límites. Pruebas. Violación al debido. Apreciación contra evidente.

Esta Sala ha reiterado la inviabilidad de extender a la sede contenciosa administrativa el debate probatorio surtido y agotado ante la autoridad disciplinaria, salvo que en el decreto y práctica de pruebas se hubiese violado el debido proceso, o que la apreciación de la autoridad disciplinaria resulte totalmente contra evidente, lo cual excluye, como ocurre en este caso, las manifestaciones de disenso de la valoración probatoria realizada por las autoridades disciplinarias y consignadas en los actos administrativos emanados de ellas. El debate probatorio realizado ante las autoridades disciplinarias fue desarrollado y agotado ante las instancias del Vice Procurador y del Procurador General de la Nación, en primera y segunda instancia respectivamente, frente a lo cual en el sub-lite el actor expone argumentos que se contraponen a los de la valoración probatoria realizada por las autoridades disciplinarias mencionadas, con miras a que éstos prevalezcan para demostrar la inexistencia de las conductas por las que sancionó al demandante, para tal efecto es clara su intención de trasladar a esta jurisdicción tanto el debate como las conclusiones probatorias, cumplidas en sede administrativa disciplinaria, a manera de tercera instancia, sin tomar en cuenta que el objeto de juicio en esta Jurisdicción son los actos administrativos que pusieron fin al proceso disciplinario adelantado contra el actor, cuya validez y legalidad se determina sobre fundamentos jurídicos y fácticos diferentes de los que enmarcaron la acción disciplinaria.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00021-00(0146-10)

Actor: EDUARDO ENRIQUE PULGAR DAZA

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES

Cumplido el trámite previsto en los artículos 207 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, procede la Sala a dictar sentencia en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo y por conducto de apoderado, el señor Eduardo Enrique Pulgar Daza demandó la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) fallo de 6 de marzo de 2007, mediante el cual el Vice Procurador General de la Nación lo declaró disciplinariamente responsable, por la comisión de la falta prevista en el artículo 48, numeral 1º del C. D. U y en consecuencia lo sancionó con destitución e inhabilidad general para el ejercicio de cargos públicos por veinte (20) años y ii) fallo de tres (3) de diciembre de 2007, mediante el cual el Procurador General de la Nación decretó la prescripción de, entre otras conductas, la presunta falsedad ideológica relacionada con la expedición de las Resoluciones Nos. 031, 032, 033 bis, 036 de 30 de marzo de 2000 y 053, 057 y 058 de 7 de abril de 2000; confirmó la sanción de destitución impuesta al actor y redosificó la inhabilidad general para el ejercicio de funciones públicas la cual fijó en dieciocho (18) años.

A título de restablecimiento del derecho solicitó el levantamiento de la sanción impuesta; la rehabilitación para el ejercicio de funciones públicas y la desanotación en el registro SIRI (fls. 409-410 cdo. ppl.).

Las anteriores pretensiones fueron fundamentadas en los hechos que se resumen así:

Mediante fallo de 6 de marzo de 2007, el Viceprocurador General de la Nación dio por finalizada la actuación de primera instancia correspondiente al radicado N° 002-127031-05 en cuyo trámite fue vinculado y condenado el señor Eduardo Enrique Pulgar Daza, como responsable de hechos que se le atribuyeron en su calidad de Concejal de Barranquilla; dicho fallo fue apelado ante el Procurador General de la Nación, quien confirmó la destitución y modificó la inhabilidad general para el ejercicio funciones públicas, que estimó en 18 años.

Mediante fallo de tutela de segunda instancia de 31 de marzo de 2008, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura tuteló los derechos del actor, al considerar que el fallo del Procurador General de la Nación, de 3 de diciembre de 2007, había infringido el derecho al debido proceso; y, como consecuencia ordenó la suspensión de sus efectos jurídicos hasta tanto la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo decidiera definitivamente la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que se promoviera; dicha decisión fue remitida a la Corte Constitucional sin que esa Corporación hiciera pronunciamiento alguno.

Sobre los mismos hechos investigados por la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría Distrital de Barranquilla adelantó proceso de responsabilidad fiscal que terminó con la orden de archivo del expediente y asimismo, la Fiscalía General de la Nación adelantó en dos ocasiones diligencias de carácter penal, la primera por parte de la Fiscalía 30 Delegada de la Seccional de Barranquilla, en la que no se vinculó al actor y la segunda por denuncia recibida; la Fiscalía 21 Delegada ante los Jueces del Circuito de Bogotá – Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública, dispuso escuchar a varias personas en indagatoria, entre ellas a Eduardo Enrique Pulgar Daza, cuya situación fue resuelta por ese Despacho mediante Resolución de 21 de julio de 2006 en la cual se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento.

En el primero de los fallos cuya nulidad se solicita se desconoció el artículo 29 de la Constitución Nacional; se desatendieron los principios de imparcialidad y contradicción señalados en el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo y se desconocieron los principios de legalidad, ilicitud sustancial, debido proceso, culpabilidad, necesaria motivación y

autoría, señalados en los artículos 4°, 5°, 6°, 13, 19 y 26 de la Ley 734 de 2002, construyendo una falsa motivación que condujo a declarar responsable disciplinariamente al actor, con errores protuberantes de interpretación de la prueba recaudada, así como una indebida aplicación de las normas vigentes al momento de la supuesta comisión de los actos disciplinables; tales irregularidades no fueron corregidas en la segunda instancia, pues se limitó a confirmar el fallo de primera.

NORMAS VIOLADAS

El actor considera que los actos demandados son violatorios de las siguientes normas: artículos 29 de la Constitución Política y 4°, 13, 19, 26 y 142 de la Ley 734 de 2002, cuyo concepto de violación se resumen así:

En un primer cargo el actor sostiene que hubo falsa motivación (art. 84 C. C. A.), por cuanto el fallo acusado se basó en un hecho que no existió, construido por la interpretación errada de la prueba, consistente en que el disciplinado realizó un concurso homogéneo de falsedades ideológicas, materializadas en resoluciones de nombramiento de trabajadores del Concejo de Barranquilla, las cuales, aun cuando mostraban como fecha el año 2000, presuntamente se hicieron en el 2002; este sería el primer elemento para ocasionar un posterior fraude procesal por vía de tutelas y obtener millonarios recursos del erario público.

Para la Vice Procuraduría, los hechos referidos hacen parte de un todo y es frente a la secuencia de actos que procede a calificar la conducta de los implicados, sin importar su papel individual o la contribución al resultado final, pues el objetivo final es el que une a todos los integrantes implícitos en el gran fraude; con tal razonamiento que apoya en la interpretación de la prueba y en su definición de los hechos, la Vice Procuraduría imputa a todos los sancionados responsabilidad por la realización de la conducta descrita en el artículo 48, numeral 1°, de la Ley 734 de 2002.

Después de referirse en detalle al contenido de los actos impugnados y específicamente a la valoración probatoria que ellos contienen, concluyó que se basan en crear un hecho que nunca existió, cuál es la falsedad ideológica de las Resoluciones Nos. 031, 032 y 036 de 30 de marzo, 053 de 7 abril y 57 y 58 de 12 de abril todas de 2000, por medio de las cuales se

nombraron funcionarios en el Concejo de Barranquilla, empeñándose en afirmar por vía de indicios débiles que tales Resoluciones se expedieron en el año 2002 y que en consecuencia los supuestamente designados nunca trabajaron en esa Corporación; de esta manera los fallos desconocen los principios del debido proceso y derecho a la defensa; el cargo está llamado a prosperar, para que se declare la nulidad del fallo de segunda instancia por falsa motivación, fundada en una errada interpretación de la prueba.

En un segundo cargo el actor endilga violación al debido proceso y al derecho de defensa (art. 29 C.N.), derivada de haber imputado responsabilidad objetiva con la redacción ambigua y eufemista de los cargos, lo cual indujo a entender que el cargo consistía en la realización de falsedades ideológicas, cuando se imputaba un concurso con fraude procesal y peculado, conductas subsumidas disciplinariamente en el artículo 48, numeral 1°, de la Ley 734 de 2002.

El accionante tuvo que defenderse de un cargo fundado en un hecho inexistente: falsedad ideológica por *“haberse realizado”* resoluciones de nombramiento de trabajadores del Concejo de Barranquilla a mediados de 2002 y no en 2000, para cometer un fraude procesal al presentar tutelas y provocar un peculado con el giro del dinero que éstas ordenaron pagar, cuando el pliego de cargos y el fallo no son claros, pues unas veces hablan de gran defraudación y otras recaban en detalles de las conductas que cada uno de los encartados supuestamente realizó para contribuir a la gran defraudación; el postulado es el artículo 48, numeral 1°, de la ley 734 de 2002, tipo en blanco al cual se da contenido según el querer del fallador.

Nunca se le dice cuáles son los actos que lo unen material, instrumental o psicológicamente a las actuaciones de terceros (fraude procesal con ocasión de acciones de tutela que presenta un tercero y peculado ocasionado por terceros); tampoco se esgrimen pruebas para que se defienda a título de copartícipe, determinador, cómplice o cualquiera otra modalidad que extienda su conducta a los resultados provocados por otras personas.

La violación del derecho de defensa se evidencia aun más en la segunda instancia, cuando el Procurador General de la Nación declara la prescripción de las acciones disciplinarias de las únicas conductas de las que pudo

defenderse el actor y en vez de absolverlo lo condena, manteniendo su relación con el fraude procesal y peculado de los cuales nunca se pudo defender materialmente; fue tan flagrante la violación del principio del debido proceso, que prosperó la tutela del mismo.

El Procurador no podía atribuir al actor los cargos de fraude procesal ni peculado, porque nunca le fueron endilgados en su versión, en el pliego de cargos, ni en el fallo de primera instancia, razón por la cual así encontrara nuevas piezas procesales el Procurador se equivocó al pensar que podía promediar los cargos para todos los sujetos y condenar al actor por un hecho del que nunca se defendió.

Concluye que la única temática posible de abordar para el Procurador General de la Nación, frente a Eduardo Enrique Pulgar Daza, fue la planteada por el defensor, consistente en revisar el expediente para otorgar, o no, la absolución del cargo de falsedad ideológica, en la modalidad de concurso homogéneo, que se le imputó respecto de su participación como suscriptor de las Resoluciones Nos. 031, 032, 033 bis, 036 de 30 de marzo de 2000 y 053, 057, 058 de 7 de abril de 2000, o para declarar, como lo hizo, la prescripción de la acción disciplinaria originada en estas actuaciones.

Los yerros del fallo acusado tienen un origen fáctico, al interpretar indebidamente la prueba para dar por demostrada la responsabilidad del encartado en un fraude procesal y un peculado en relación con los cuales no existe asomo probatorio de responsabilidad; la confirmación del superior, prolongando la tesis equivocada del A-quo sobre un gran concierto para defraudar a la ciudad de Barranquilla, concierto que nunca fue probado, ni siquiera explícitamente mencionado en cuanto a su estructura, solamente refleja la forma confusa como se corrieron cargos y se redactó un fallo donde al actor le encaran presuntos actos de falsedad, pero se le termina condenando por peculado y fraude procesal, abusándose de un tipo disciplinario en blanco.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la Procuraduría General de la Nación solicitó declarar probada la excepción de ineptitud de la demanda y subsidiariamente negar

sus pretensiones (fls. 468-484 cdo. ppl.). Fundamenta sus peticiones en las siguientes razones:

Se opone a las pretensiones de la demanda, porque, a su juicio, no se desvirtúa la presunción de legalidad y acierto que ampara los actos demandados.

El fallo de tutela de 31 de marzo de 2008, mediante el cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura tuteló los derechos del señor Eduardo Enrique Pulgar Daza, fue revocado por la Corte Constitucional, mediante sentencia T-161-2009, al considerar que existía otro mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz y no se evidencia perjuicio irremediable contra el actor.

En relación con el primer cargo señala que las apreciaciones del demandante se limitan a cuestionar los argumentos del fallo en cuanto a la valoración probatoria y aceptación de la prueba indiciaria; argumentación que no es válida para solicitar la nulidad de las Resoluciones demandadas, por cuanto no se refiere a una situación de ilegalidad en concreto, y por tanto lo que busca es una tercera instancia ante el Consejo de Estado.

Se remitió a los fallos demandados sobre los asuntos relacionados con las circunstancias que le asistían al actor en torno a definir quienes fueron los autores de las faltas y por qué causas, cuáles fueron las faltas y por qué razón se menciona la culpabilidad atribuible a título de dolo del demandante.

Cuando el operador jurídico de la función disciplinaria interpreta y aplica la ley actúa materialmente como Juez, entonces no puede aceptarse que al juzgar sus actos, el Juez Administrativo imponga su particular criterio, pues allí no se juzga sobre la legalidad del acto sino sobre la mejor opinión interpretativa. Así entonces, en el escenario del control contencioso-administrativo solo es posible declarar la nulidad de una decisión disciplinaria cuando se demuestre que adolece de arbitrariedad e irrazonabilidad.

El Juez disciplinario por excelencia es el Procurador General de la Nación (arta. 227 C.N. 3° L.734/02 C.D.U.), por ende sus interpretaciones de la ley están dotadas de la autoridad que supone el ejercicio de la función disciplinaria constitucional con carácter preferente; tales decisiones están

revestidas de la presunción de legalidad y acierto y corresponde al actor desvirtuarlas.

En relación con el segundo cargo, señaló que ninguna de las aseveraciones que lo fundamentan apunta a definir situación de ilegalidad alguna en torno a la actuación de la demandada y no obstante se manifieste una posible vulneración al debido proceso, esta no deriva de una situación concreta sino de una afirmación interpretativa del sustento de la Procuraduría para generar responsabilidad y del sustento de la defensa para contrariarlo, que en su oportunidad no fue compartido por el operador disciplinario.

De conformidad con las circunstancias planteadas en los actos acusados y en su oportunidad en el auto de cargos, existe la posibilidad de que determinado implicado con una falta disciplinaria, realice en diferentes épocas comportamientos distintos y por todos en forma autónoma se pueden realizar imputaciones; el hecho de que el fallador haya establecido que la falsedad en los documentos se realizó en una época y la defraudación y el peculado en otra posterior, no puede significar imputación ilegal o irregular, sino la aplicación del artículo 30, inciso 3º, de la Ley 734 de 2002, en la medida en que cada tipo penal es autónomo.

La falsedad prescribió a favor del demandante, quien tenía la facultad de renunciar a dicha figura (art. 31 L.734/02) y habría podido extenderse la investigación por dos (2) años, con el fin de que se clarificara su situación.

No hay evidencia de violación de los principios de legalidad, culpabilidad, deber de motivar las decisiones y determinación de autores (arts. 4, 13, 19 y 26 L.734/02 y T. III . I L. 200/95).

Propuso las siguientes excepciones: i) Ineptitud formal de la demanda, por violación del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, en razón de que no se predica en donde radica la ilegalidad, toda vez que no se realizó una comparación de las normas con el acto acusado y en esa medida no se pueden establecer con claridad las causales invocadas, exponiendo solamente apreciaciones subjetivas; además de las normas citadas como infringidas tan solo el artículo 29 de la Constitución Política presenta

concepto de violación; *ii*) la genérica que aparezca demostrada en el proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la Procuraduría General de la Nación reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda (fls. 515-527 cdo. ppl.).

EL CONCEPTO FISCAL

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó negar las súplicas de la demanda (fls. 529 -534 cdo. ppl.), con los argumentos que se resumen así:

Las pruebas allegadas al proceso demuestran objetiva y fehacientemente la responsabilidad disciplinaria del actor; se le respetaron las garantías inherentes al debido proceso, no hubo violación al derecho de defensa, pues pudo controvertir todas las acusaciones en su contra, presentó pruebas y formuló recurso; también se probó que el actor incumplió los deberes que le imponía el ejercicio de su cargo como Concejal del Municipio de Barranquilla para la época de los hechos.

El actor pretende la univocidad de criterios y fundamentos en materia penal y disciplinaria y demanda que la suerte corrida en un proceso siga el mismo derrotero del otro, cuando ambos parten de supuestos y basamentos diferentes.

Unos son los fundamentos del derecho disciplinario, en el que el cimiento de la falta es la ilicitud sustancial, entendida como la afectación del deber funcional del servidor público sin justificación alguna, por lo que el resultado material de la conducta no es esencial para que se estructure la falta disciplinaria, mientras que el proceso penal se erige sobre la afectación de bienes jurídicamente tutelados sin justificación alguna.

De las pruebas se desprende que la responsabilidad disciplinaria en que incurrió el actor, al haber suscrito las Resoluciones de nombramiento de supuestos funcionarios al servicio de la administración distrital fue con el fin de defraudar el tesoro público. Es decir, lo probado en el *sub-lite* es que no se prestó el servicio para el cual fueron nombrados, a muchos no se les

notificó ni se les enteró del nombramiento efectuado en su favor y ni siquiera existe acta de posesión de los mismos.

Los cargos que se le endilgaron al actor están debidamente estructurados y documentados; las pruebas aportadas dan cuenta que el Concejal Eduardo Enrique Pulgar Daza, suscribió junto con otros Concejales las Resoluciones Nos. 031, 032, 033 bis y 036 de 30 de marzo de 2000 y 053 , 057 y 058 de 7 de abril del mismo año, mediante las cuales designaron unos supuestos empleados del Concejo Distrital y la Resolución N° 412 de 2000, por la cual se declararon insubsistentes los nombramientos de tales empleados y que éstos no prestaron el servicio para el cual fueron contratados.

Quedó objetivamente comprobado que el accionante no podía legalmente suscribir las Resoluciones de nombramiento e insubsistencia referidas; debió aplicar las disposiciones vigentes al presentarse las circunstancias descritas en la exigencia legal, pero decidió efectuar unos nombramientos sin el cumplimiento de los requisitos legales, con lo cual incurrió en la falta disciplinaria descrita en el Auto de Cargos y en los fallos demandados.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia en el proceso de la referencia, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

EL PROBLEMA JURÍDICO

Se trata de establecer si los actos demandados infringieron las disposiciones citadas en la demanda, porque en el proceso disciplinario que antecedió su expedición se violó el debido proceso en razón de que, en su calidad de investigado, al actor se le sancionó por la comisión de la conducta de falsedad ideológica de la cual tuvo que defenderse y posteriormente fue declarada prescrita, sin embargo se le involucró en otras conductas de grandes fraudes sin que se existiera conexidad con los presuntos autores.

LOS ACTOS DEMANDADOS

a) Fallo de seis (6) de marzo de 2007, mediante el cual el Vice Procurador General de la Nación declaró disciplinariamente responsable, entre otras personas, al señor Eduardo Enrique Pulgar Daza, por comisión de la falta prevista en el artículo 48, numeral 1º, del Código Disciplinario Único y en consecuencia sancionarlo con destitución e inhabilidad general para el ejercicio de cargos públicos por veinte (20) años (fls. 5-68 cdo. de pruebas).

b) Fallo de tres (3) de diciembre de 2007, mediante el cual el Procurador General de la Nación decretó la prescripción de, entre otras conductas, la presunta falsedad ideológica relacionada con la expedición de las Resoluciones Nos. 031, 032, 033 bis, 036 de 30 de marzo de 2000 y 053, 057 y 058 de 7 de abril de 2000; confirmó la sanción de destitución impuesta al actor y redosificó la de inhabilidad general para el ejercicio de funciones públicas la cual fijó en dieciocho (18) años (fls. 69-116 cdo. de pruebas).

LO PROBADO EN EL PROCESO

El 30 de junio de 2005, el actor rindió versión libre dentro del proceso disciplinario N° 154-100473-04 (fls. 181-194 cdo de pruebas).

Por Auto N° 144-05 de 24 de noviembre de 2005, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría de Barranquilla, ordenó archivar el expediente del proceso de responsabilidad fiscal, por no encontrar mérito para imputar responsabilidad fiscal o fallar con responsabilidad fiscal, entre otros, contra Eduardo Enrique Pulgar Daza; dicha providencia fue confirmada por el Contralor Distrital de Barranquilla mediante auto de 11 de enero de 2006 (fls. 218-221 cdo. de pruebas).

La providencia referida da cuenta que el proceso de responsabilidad fiscal surgió en virtud de la facultad oficiosa consagrada en la Ley 610 de 2000 y en atención al conocimiento que tuvo la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal, de la Contraloría Distrital de Barranquilla por los medios de comunicación, de unos pagos que por vía de tutela se realizaron a presuntos ex trabajadores del Concejo y la Personería de ese municipio.

El 30 de noviembre de 2005, el Vice Procurador General de la Nación formuló pliego de cargos, entre otros, al señor Eduardo Enrique Pulgar Daza, (fls. 117-136 cdo. de pruebas).

Mediante el primero de los actos demandados, (fallo de 6 de marzo de 2007), el Vice Procurador General de la Nación declaró disciplinariamente responsable a Eduardo Enrique Pulgar Daza; dicha decisión fue confirmada por el Procurador General de la Nación mediante el segundo de los actos acusados (fallo de 3 de diciembre de 2007) y redosificó la de inhabilidad general para el ejercicio de funciones públicas.

A través de providencia de 21 de julio de 2006, la Fiscalía 21 de Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública se abstuvo de decretar medida de aseguramiento a Eduardo Enrique Pulgar Daza, por el delito de peculado por apropiación (fls. 222- 344 cdo. de pruebas).

Por sentencia de 31 de marzo de 2008, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, dispuso tutelar como mecanismo transitorio, el derecho Constitucional fundamental al debido proceso de varios de los actores en ese proceso, entre los que figuraba el señor Eduardo Enrique Pulgar Daza y en consecuencia ordenó la suspensión de los efectos jurídicos del fallo de 3 de diciembre de 2007, proferido en segunda instancia por el Procurador General de la Nación, en lo relacionado con la sanción de destitución e inhabilidad general para el ejercicio de funciones públicas de los accionantes.

La misma providencia advirtió que sus efectos se extenderían hasta que la jurisdicción de lo contencioso administrativo decidiera de manera definitiva la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, que hubiesen promovido o promovieran los accionantes, para lo cual se les imponía el deber de informar oportunamente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de primera instancia, sobre la interposición de la citada demanda y su admisión, so pena de que cesaran los efectos de la decisión adoptada (fls. 137- 161 cdo. de pruebas).

ANÁLISIS DE LA SALA

1. CUESTIONES PREVIAS

1. La excepción de Ineptitud formal de la demanda, por violación del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

La parte accionada fundamenta el medio exceptivo en que la demanda no indica donde radica la ilegalidad, toda vez que no contiene una comparación de las normas violadas en relación con los actos acusados y en esa medida no es posible establecer claramente las causales invocadas; considera que el libelista solamente expone apreciaciones subjetivas y agrega que de las normas citadas como infringidas tan solo el artículo 29 de la Constitución Política presenta concepto de violación.

Uno de los presupuestos procesales que permite proveer una decisión de mérito es el denominado demanda en forma, que se materializa en el cumplimiento de los requisitos que debe llenar el escrito que la contiene, los cuales, respecto de los procesos adelantados ante esta jurisdicción, están previstos en los artículos 135 a 142 del Código Contencioso Administrativo y dentro de ellos cabe destacar el artículo 137 en cuanto dispone que toda demanda presentada ante la jurisdicción administrativa deberá contener, entre otros requisitos, *“Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de violación”* (num. 4º), es decir debe el demandante indicar cuáles son las normas que el acto o actos demandados desconocieron y en esa medida por qué es preciso declarar su nulidad, pues es en relación con ellas que el Juez debe adoptar las determinaciones que en derecho sean del caso.

En el sub-lite la excepción propuesta por el apoderado de la Entidad accionada no está llamada a prosperar, porque aun cuando en su elaboración el libelo introductorio no observa una adecuada técnica y organización, haciendo un esfuerzo por interpretar su sentido y alcance, de su texto íntegro puede deducirse que es lo que se demanda y así mismo las normas que se estiman violadas con los actos acusados junto con las razones por las que el accionante considera es del caso proceder a su

anulación, razón suficiente para admitir que se cumplió la carga procesal que la accionada echa de menos.

1.2. La revocatoria de los actos demandados

Encontrándose el presente proceso al Despacho para emitir el correspondiente fallo, fue allegada copia de la providencia de 1º de septiembre de 2011 (fls. 536-551 cdo. ppl.), mediante la cual el Procurador General de la Nación revocó directamente los fallos de primera y segunda instancia de 6 de marzo y 3 de diciembre de 2007, demandados en el sub-lite, que sancionaron disciplinariamente, entre otros funcionarios, al señor Eduardo Enrique Pulgar Daza, con destitución e inhabilidad general para el ejercicio de funciones públicas por el término de dieciocho (18) años y en consecuencia dejó sin efectos los fallos referidos para en su lugar absolver al actor de responsabilidad disciplinaria.

Es bien sabido que la Revocatoria Directa constituye una forma de extinción de los actos administrativos, por razones de legalidad o conveniencia, por cuya virtud la Administración, bien de oficio o, a petición de parte, decide eliminar un acto precedente.

La Revocatoria Directa dispuesta por la Entidad accionada no impide que se emita un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda, pues si bien es cierto el objeto de ésta ya no existe, tal revocatoria no equivale a un pronunciamiento anulatorio, porque una medida de esa índole adoptada por la Administración, no tiene la virtualidad de definir si actos como los demandados en el sub-lite se conforman con la normatividad de superior jerarquía, ello solo puede lograrse mediante un fallo proferido por esta Jurisdicción, con el cual se tutele el orden jurídico vulnerado, lo cual, se repite, no se consigue a través de una decisión administrativa y sobre esta base, la Sala procederá a analizar los cargos planteados en la demanda.

2. PRIMER CARGO.

Lo expresa así el accionante:

“...

“... Falsa motivación de conformidad con el art 84 de CCA, por cuanto el fallo se basa en un hecho que no existió, construido por la interpretación errada de la prueba, consistente en que el disciplinado realizó un concurso homogéneo de falsedades ideológicas, materializadas en resoluciones de nombramiento de trabajadores del Concejo de Barranquilla, las cuales aunque mostraban como fecha el año 2000, presuntamente se hicieron en 2002. Este sería el primer elemento para ocasionar un posterior fraude procesal por vía de tutelas y obtener millonarios recursos del erario público” (Subrayas y negrillas fuera del texto).

2.1. Al respecto, la Sala observa:

El pliego de cargos formulado al actor da cuenta que los hechos materia de investigación surgieron en razón de que el 8 de octubre de 2002, el abogado Javier Antonio Montealegre Ortiz presentó Acción de Tutela contra la Alcaldía de Barranquilla, en representación de presuntos empleados del Concejo Distrital, a través de la cual reclamaba el pago de los sueldos devengados por él mismo y por las personas que representaba (34 aproximadamente).

Mediante sentencia de 25 de octubre de 2002, el Juzgado Quinto Penal Municipal de Barranquilla, ordenó a la Alcaldía y a la Secretaría de Hacienda de esa capital, pagar los salarios y demás prestaciones percibidas por los accionantes; dicha decisión fue confirmada mediante sentencia de 2 de diciembre de 2002, dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla.

Por Decreto N° 2694 de 19 de marzo de 2003, se dispuso, a través de la Fiduciaria La Previsora, situar en la cuenta corriente del abogado Montealegre Ortiz la suma de \$1.607'663.120, lo cual se hizo efectivo el día 21 siguiente.

El profesional mencionado presentó otra Acción de Tutela en representación de presuntos funcionarios de la Personería y del Concejo Distrital de Barraquilla (más de 100), en orden a obtener el pago de los salarios devengados en el año 2000.

El ya referido Juzgado Quinto Penal Municipal de Barranquilla dictó sentencia el 29 de noviembre de 2002, mediante la cual ordenó a la Alcaldía y a la Personería Distrital pagar los salarios y prestaciones reclamados por los tutelantes, decisión que fue confirmada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla; el abogado de los accionantes y el Secretario de Hacienda Distrital celebraron convenio de pago el 22 de mayo de 2003, en virtud del cual se acordó cancelar la suma de \$5.227'561.657.

En relación con las personas presuntamente vinculadas a la Personería, no se efectuó pago por no existir soportes de su vinculación a la Entidad y el abogado de los accionantes por su parte, solicitó al Juez Quinto Penal Municipal, el 6 de mayo de 2003, dejar sin efecto las pretensiones respecto de los empleados de la Personería.

Después de relacionar las pruebas practicadas (96 numerales) y de referirse a los hechos materia de la investigación, señaló que al revisar todas las carpetas archivadoras se dejó constancia de que no aparecían los actos administrativos mediante los cuales aparentemente se había nombrado a los tutelantes en el Concejo de Barranquilla (Rs. Nos. 031, 032, 035 y 036 de 30 de marzo de 2000).

El mismo pliego de cargo expresó:

“...

***“2º. Toda la reconstrucción de los hechos que se hizo en precedencia, que se inicia en la falsificación de los actos administrativos de nombramiento de insubsistente y liquidación, así como las actas de posesión, constituyen la maniobra a través de la cual aparentemente se engaña a los jueces de tutela. Luego continúa con los trámites alusivos a los pagos, es así como en un caso se ordena pagar los salarios supuestos, en otro se firma un acuerdo de pago, y culmina con la apropiación de los dineros del erario distrital, que materializa los delitos de peculado.*”**

***“Cada fase del desarrollo de los hechos está signada por la ocurrencia de hechos delictivos, como las demostradas falsedades, como los fraudes procesales mediante los cuales se induce en error a los funcionarios judiciales, lo que determina a producir decisiones judiciales manifiestamente contrarias a derecho, a través de las*”**

cuales se pretendieron amparar los derechos de unas personas que, como se ha demostrado, nunca fueron funcionarios del distrito, ni de la Personería, ni del Concejo.

“Los planteamientos expuestos en precedencia, nos permite concluir que materialmente tales hechos son constitutivos de falta disciplinaria, subsumibles dentro de los parámetros establecidos en el artículo 48, numeral 1º, del C.D.U., en cuanto que se realizaron objetivamente varias descripciones típicas consagradas en la ley como delitos sancionables a título de dolo, cometidos en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo, tal como se señala a continuación:

“Artículo 286. Falsedad ideológica en documento público....

“Artículo 287. Falsedad material en documento público...

“.....

“Artículo 289. Falsedad en documento privado....

“Artículo 291. Uso de documento falso ...

“Artículo 397. Peculado por apropiación

“Artículo 453. Fraude procesal”(Negrillas fuera del texto).

Al referirse a la responsabilidad de los disciplinados y a la calificación de la falta, el Pliego de Cargos precisó que, las Resoluciones firmadas, entre otros, por el actor, hacen parte de las maniobras defraudatorias de los dineros distritales; que se trata de falsedades ideológicas que junto con los **fraudes y peculados o estafas**, son conductas que se mantienen inescindiblemente ligadas; califica el accionar del actor como gravísimo y doloso.

El fallo sancionatorio de 6 de marzo de 2007, dictado en primera instancia por el Vice Procurador General de la Nación, se refiere a los hechos materia de investigación, respecto de los cuales remite a la sinopsis contenida en el pliego de cargos; precisa que varios Concejales, entre ellos el demandante, sostuvieron haber suscrito las Resoluciones de nombramientos, respecto de las cuales se demostró que no podían corresponder a las fechas allí señaladas, “... de donde se desprende que se ha incurrido en el **delito de falsedad ideológica**. (subrayas y negrillas fuera del texto), tal aserto se sustentó en las razones expuestas en el pliego de cargos y después de referirse a las pruebas aportadas por el actor (

actores), concluyó que aparecía demostrado la materialidad del delito de **falsedad ideológica en documentos público**, de lo cual se concluía la realización de la falta prevista en el artículo 48, numeral 1º, del C.D.U.

El fallo de la Vice Procuraduría encontró demostrado que hubo adulteración de actas de posesión, lo cual se estableció mediante prueba pericial realizada por un grafólogo forense de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, aunado a ello la existencia de tres juegos de actas de posesión, junto con las confesiones de los autores y las declaraciones de los supuestamente nombrados y posesionados, en el sentido de que nunca laboraron en el Concejo de Barranquilla, otros que habiendo aceptado que lo hicieron, después se retractaron ante Notario y ante la Fiscalía General de la Nación, concluyendo que se encontraba materializado **el delito de falsedad material en documento público** y de la misma forma se realiza la falta prevista en el artículo 48, numeral 1º, del C.D.U.

La decisión en comento indicó que en el plenario aparecía demostrada la comisión del delito **de falsedad en documento privado**, en cuanto en su mayoría, eran falsos los poderes presentados por el abogado Javier Montealegre Ortiz para iniciar las acciones de tutela; indicó además que el uso de los documentos falsos referidos, como sustento para incoar dos (2) acciones de tutela, se constituía en **maniobra fraudulenta** a través de la cual se indujo a error a los funcionarios judiciales de primera y segunda instancia, para obtener de ellos decisiones contrarias a derecho, siendo indudable y que el fin último era la exacción de dineros de las arcas del Distrito. Así entonces se materializó el delito de **peculado** porque hubo apropiación de dineros del Estado (el cual también admite apropiación a favor de un tercero), más de seis mil millones de pesos (\$6.000'000.000) y el **delito de fraude procesal** que permitió a los funcionarios judiciales emitir decisiones en contravía de la legalidad.

Del mismo fallo sancionatorio cabe resaltar los siguientes apartes:

“...

*“Argumenta la defensa que no existe prueba que indique la participación de los concejales en el acontecer que es objeto de investigación. **En principio, ello puede resultar cierto, si se analiza de manera independiente la prueba, a una conclusión contraria se llega si se analiza la prueba en su***

conjunto y se establecen los nexos entre cada uno de los medios de prueba allegados, lo que permite concluir que las conductas, esto es, **las falsedades, los fraudes y los peculados**, se mantienen inescindiblemente ligados. Así, todo se origina en los actos de nombramientos, espurios como se ha visto. Ellos no tendrían sentido sin una intención última, final, que no podía ser otra que la apropiación de los dineros del Distrito. **A nadie se le ocurriría suponer que los nombramientos espurios lo fueron sin razón, que a los concejales disciplinados se les ocurrió nombrar unas personas que ni siquiera habrían de posesionarse, a quienes ni siquiera se les comunicaría esa designación, que jamás tendrían conocimiento de esas designaciones.** Conforme se ha venido sosteniendo, **el punto no se agota en los nombramientos de manera aislada**, sino en el hecho de que los designados ni siquiera se enteraron y si siquiera laboraron, **y es que se insiste, el meollo del asunto**, haciendo abstracción de toda la ilicitud que lo precede radica en que **los tutelantes, no habían laborado en el Concejo**, de que manera que todo se encamina a favorecer un enriquecimiento sin causa.

“Así las cosas, aun suponiendo la ajenidad de los concejales, quienes solo se habrían limitado a nombrar personas, de manera indiscriminada, el escándalo que se suscita a partir de las reclamaciones mediante tutelas, no podía serles ajeno, como concejales, como representantes de los habitantes de la ciudad, como funcionarios o servidores públicos, no podían permanecer como si nada hubiese ocurrido y pretender que el problema era de otros funcionarios. (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Concluye que los cargos formulados contra el disciplinado y hoy actor en el sub-lite, no fueron desvirtuados; que su accionar se reputa eminentemente doloso y que en razón de que se procedía por faltas gravísimas (art. 48-1 C.D.U.), **“en concurso homogéneo y sucesivo”**, la sanción a imponer era de destitución e inhabilidad general.

Mediante el segundo de los actos demandados, fallo de 3 de diciembre de 2007, el Procurador General de la Nación, resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de primera instancia, de 6 de marzo de 2007, la cual confirmó.

En primer lugar, el Procurador General de la Nación se refirió a la figura de la prescripción y después de analizar cada una de las faltas disciplinarias imputadas (falsedad ideológica en documento público, falsedad material en documento público, uso de documento público falso, falsedad en documento privado, fraude

procesal y peculado), decretó la prescripción de las siguientes conductas: *i)* presunta falsedad ideológica relacionada con la expedición de: las Resoluciones Nos. 031, 032, 033 bis, 036 de 30 de marzo de 2000 y 53, 57 y 58 de 7 de abril de 2000; *ii)* presunta falsedad ideológica de las actas de posesión derivadas de las Resoluciones mencionadas; *iii)* presunto uso de los documentos falsos referidos; *iv)* presunta falsedad ideológica de las actas de 28 de octubre de 2002, mediante las cuales se hacía constar que cada uno de los tutelantes tenía acreencias en la Personería del Distrito de Barranquilla y *v)* la presunta falsedad de documento privado, derivada de los poderes presentados con la tutela.

Sobre la base referida procedió a estudiar las acciones relacionadas con los posibles fraudes procesales, los peculados por apropiación y las restantes falsedades ideológicas.

Sobre el punto señaló que al depender el fraude procesal y el peculado por apropiación, de las presuntas falsedades documentales prescritas, surgirían como consecuencia dudas respecto de la comisión del peculado y el fraude, debiéndose proferir fallo absolutoria, sin embargo aclaró que al estar vigentes las acciones disciplinarias respecto de esos delitos no se perdía la potestad investigativa, razón por la cual se podían valorar todos los medios de prueba allegados para demostrar o desvirtuar la existencia de esos comportamientos, entre ellos los relacionados con la legitimidad de los documentos que se presentaron como soporte de las tutelas en octubre y noviembre de 2002 y que ello no implicaba que se pudieran hacer imputaciones en relación con las faltas que se originaron en los delitos contra la fe pública prescritos.

Dice el Procurador que en la alzada se argumentó violación indirecta de normas sustanciales, en las cuales incurrió el A-quo, quien dejó de valorar pruebas demostrativas de la legitimidad de los documentos tachados de falsos; que a unos medios probatorios se les dio diverso sentido y que en la valoración de otros se quebrantaron las reglas de la sana crítica.

La decisión de segunda instancia se refirió a la prueba testimonial, en cuanto en la apelación se manifestó que la Vice Procuraduría no le dio el valor que tenía, con lo cual incurrió en violación indirecta de la ley sustancial y que no es lógico que el A-quo concluyera de los testimonios, que los funcionarios no habían trabajado en el Concejo de Barranquilla cuando todos afirmaron que si lo hicieron.

Al referirse a la prueba testimonial, el Procurador General encontró que no todos los testigos afirmaron haber trabajado en el Concejo, ni todos los que inicialmente sostuvieron que no lo hicieron, se retractaron; después señaló que un declarante negó haber laborado en el Cabildo y así mismo negó conocer al abogado Montealegre y haber impetrado tutelas, sin que se hubiese retractado de lo expuesto, pese a lo cual se le reconocieron salarios, cesantías definitivas y prestaciones sociales; respecto de otros deponentes se estableció para el año 2000 se encontraban laborando en otras Entidades y por lo tanto era imposible que al mismo tiempo lo estuvieran haciendo en el Concejo; e indica que si algunos declarantes se retractaron de sus dichos el apelante omitió la valoración con los demás medios de prueba obrantes en el proceso, lo cual si hizo el fallador de primera instancia.

El fallo de segunda instancia se refirió además al archivo contentivo de las Resoluciones mediante las cuales supuestamente se había nombrado a los tutelantes (031, 032, 33 bis, 035, 036 etc. ya referidas), respecto de las cuales señaló que si no se encontraron se debió a que habían sido incautadas el 11 de abril de 2003, por el Fiscal 30 Delegado ante los Jueces de Circuito de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Barranquilla, razón por la cual no aparecieron en la diligencia que practicara la Procuraduría el 22 de junio de 2004, pero que con ello no se demostraba que los documentos tachados de falsos existían en el 2000.

El fallo de segunda instancia se refirió además a la conformación de la masa de acreedores; al presupuesto del año 2000; a la ilegalidad de los presuntos nombramientos; a la ausencia de pagos de aportes a las E.P.S.'s y de boletas de posesión, etc.; a las falsedades en las actas de posesión que condujeron a concluir que las razones expuestas en la alzada no desvirtuaban los hechos imputados por la Vice Procuraduría.

Sobre si los Concejales disciplinados tenían capacidad de disposición jurídica sobre los bienes del Municipio, que se vieron afectados por las tutelas irregularmente interpuestas, el Procurador General de la Nación, en el segundo de los actos administrativos demandados, precisó que para configurar el delito de peculado por apropiación no es necesario que los servidores públicos, como son los Concejales, ejerzan la tenencia material o tangible de la cosa que se

administra, pues es suficiente la disponibilidad del bien en su órbita funcional, según ha señalado la Corte Suprema de Justicia¹.

Y agrega que en este caso quienes tenían la facultad nominadora en el Concejo de Barranquilla, para el año 2000, eran los miembros de su Mesa Directiva, dentro de la cual figuraba el actor Eduardo Pulgar Daza, era uno de sus deberes funcionales; que al tener esa facultad eran los causantes de que se pudieran cancelar desde el momento de la posesión los salarios correspondientes y que sin nombramientos y posesiones era imposible desembolsar los salarios; de ahí que se pueda decir que sobre esos dineros los Concejales tenían una relación funcional, como lo ha precisado la Corte Suprema, Sala de casación Penal (sentencia citada).

Observa además el acto administrativo demandado, que en este caso se dan los elementos que configuran el delito de peculado por apropiación imputado a los disciplinados referidos, en cuanto los Concejales son servidores públicos y aun cuando no podían autorizar el pago de las tutelas, sin las Resoluciones de nombramiento y actas de posesión hubiera sido imposible la interposición de las mismas y en cuanto al provecho personal o de tercero, encontró plenamente probado que las espurias acreencias laborales se pagaron a través de la Fiduciaria La Previsora.

2.2. Los extensos argumentos esgrimidos por el actor para fundamentar el primer cargo, pueden compendiarse en que el primero de los fallos acusados se basó en un hecho que no existió, construido por la interpretación errada de la prueba y a partir de tal afirmación sostiene que no es cierta la conclusión del Vice Procurador, consistente en que son falsas las Resoluciones Nos. 031, 032 y 036 de 30 de marzo de 2000, 56 de 7 de abril y 58 de 12 de abril del mismo año, porque tal conclusión se fundamentó en lo que a su juicio constituyen indicios creados por la Vice Procuraduría General de la Nación, así:

- Las Resoluciones de nombramientos no aparecieron cuando se practicó visita especial a los archivadores del Concejo; los tutelantes no figuran en la base de datos de los empleados de esa Corporación, ni en los listados de acreedores

¹ Sentencia de 6 de marzo de 2003. Rad. N° 18021. Mag. Pon. Marina Pulido de Barón

realizados en el proceso de reestructuración y finanzas municipales, los cuales fueron elaborados en 2001.

- Por ser espurias las Resoluciones falsas no gozan de la presunción de legalidad que conlleva todo acto administrativo.
- Algunos de los nombrados no contaban con los requisitos legales para ser asesores, pues carecían de estudios superiores y eran muy costosos.
- Se nombraron más asesores de lo permitido.
- Ningún tutelante de los que rindieron declaración en el proceso, señaló el Concejal que lo vinculó para ser nombrado por la Mesa Directiva y ningún Concejal mencionó a quienes ciertamente nombró.
- La persona que elaboró las actas de posesión, señora Akemi Adachi Corral, no pudo realizarlas materialmente en el 2000, pues comenzó a trabajar en el Concejo el 1º de agosto de 2002.
- El Concejo excedió el presupuesto de contratación de los tutelantes, al punto que los amparos ordenaron hacer las respectivas apropiaciones presupuestales, por demás cuantiosas.
- Los créditos de los tutelantes no fueron incluidos en la masa concursal en las fechas que aparecen (12 de junio de 2001), en las respectivas actas de la Alcaldía.
- Hay dudas sobre la forma como se adicionaron partidas presupuestales, para cancelar los dineros que culminaron con el peculado.
- El recurrente sostiene que al analizar la prueba y tomar en cuenta las advertencias que hicieron los defensores y el propio actor, los indicios referidos son refutados, lo cual pretende demostrar con la exposición de los que denomina contra-indicios y que en su sentir respaldan la tesis del actor, a saber:
- El señor Eduardo Enrique Pulgar Daza no tenía nada que ver con la custodia de las Resoluciones que se echaron de menos; el archivo es asunto de la Secretaría

y los deberes de cuidado en la custodia de documentos son asignados a los funcionarios de esa dependencia.

- Los perfiles de algunos trabajadores que tutelaron, sus sueldos y monto constituían temas que no se encontraban reglamentados, no había perfiles ni otro límite a la remuneración que la general de no devengar más que el Alcalde.

- En declaración rendida por la funcionaria Akemi Adachi Corral, manifestó haber laborado en dos (2) ocasiones en el Concejo de Barranquilla, la primera como contratista y la segunda con la debida posesión, en las dos ocasiones sus funciones fueron parecidas y el Jefe el Secretario del Concejo; no se valoró adecuadamente la prueba relacionada con la funcionaria mencionada.

- No acepta como indicio necesario el que los Concejales hubiesen nombrado más personas de las que permitían los reglamentos o el presupuesto, punto que fue duramente rebatido por el apoderado del actor en su alegato de apelación.

- Existen contra- indicios que desvirtúan las ideas fantasiosas de los funcionarios de la Procuraduría, cuando señalan (fallo de primera instancia), que el manejo presupuestal por parte del Concejales constituye otro hecho indicador en contra de los mismos; la lectura del proceso permitirá ver como esta interpretación de la prueba es totalmente amañada, como lo advirtió el defensor del actor, sin que se le atendieran sus alarmas.

- Constituye una absoluta rebeldía con la prueba, no tomar en consideración un hallazgo de la Vice Procuraduría, en la visita especial que realizó el 22 de septiembre de 2006 a la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda, en la cual encontró un registro de acreedores que hicieron arreglos con el Distrito de Barranquilla, constando allí la lista de los empleados nombrados en el Concejo; para la Vice Procuraduría se trató de una lista elaborada en medio magnético con posterioridad a las falsificaciones de 2002, la realidad procesal es otra y así lo hizo ver el defensor del accionante en la apelación.

Del anterior recuento probatorio concluyó que existen razones de hecho y de derecho para evidenciar que los contra-indicios son más fuertes que los indicios del Vice Procurador, que las falsedades, eje de la tesis de ese funcionario, no fueron probadas y no existieron y que los Magistrados deben declarar que tal tesis

fue ingeniosa pero falsa, con las graves implicaciones que ello implicará para *“revocar la decisión condenatoria del fallo atacado por inaceptable”*.

El actor también controvirtió la prueba testimonial así: cinco (5) personas negaron haber laborado en el Concejo de Barranquilla y otorgado poder al abogado Montealegre; cinco (5) más admitieron su desempeño laboral en esa Corporación (5), pero no convencieron a la Vice Procuraduría, porque al tiempo laboraban en otros establecimientos; treinta y cinco (35) afirmaron haber trabajado en el Concejo, pero tampoco convencieron a la Vice Procuraduría porque poco hablaron de sus compañeros, funciones y superiores y los que inicialmente aceptaron no haber trabajado en la misma Corporación después de retractaron ante Notario o ante la Fiscalía General de la Nación, retractaciones que fueron rechazadas de plano por el Ente accionado.

Después de mencionar otras declaraciones que obran en el expediente, el actor manifiesta que llama su atención el que la Vice Procuraduría solamente se fijara en los dichos que favorecían sus tesis sobre las supuestas Resoluciones falsas y sobre la afirmación consistente en que los tutelantes no trabajaron en el Concejo de Barranquilla.

Pues bien, la sustentación que el actor hace del primer cargo, evidencia su intención de demostrar la inexistencia del hecho por el cual fue sancionado el señor Eduardo Enrique Pulgar Daza, argumentando que el mismo surgió y fue soportado en los que considera indicios débiles e interpretación amañada de la prueba, frente a los cuales expone los que denomina contra-indicios y que en su sentir demuestran violación de los derechos de defensa y del debido proceso del actor.

Así entonces, no cabe duda de que el accionante reclama de esta jurisdicción una nueva valoración probatoria diferente de la realizada por el Procurador y el Vice Procurador General de la Nación en los actos administrativos demandados en el sub-lite, tendiente a demostrar la inexistencia de los hechos por los cuales se le sancionó.

Sobre el punto cabe aclarar que las acciones disciplinaria y contencioso administrativas son diferentes y que las pruebas que se aportan en la aquélla buscan establecer o desvirtuar la ocurrencia de los hechos materia de

investigación de la misma naturaleza, que atañe, en términos generales, al incumplimiento de las funciones y deberes atribuidos a los servidores públicos, mientras que las pruebas que se aducen en acciones como la presente buscan determinar la validez y legalidad de los respectivos actos sancionatorios.

Al respecto es preciso señalar que esta Sala ha reiterado la inviabilidad de extender a la sede contenciosa administrativa el debate probatorio surtido y agotado ante la autoridad disciplinaria, salvo que en el decreto y práctica de pruebas se hubiese violado el debido proceso, o que la apreciación de la autoridad disciplinaria resulte totalmente contra evidente, lo cual excluye, como ocurre en este caso, las manifestaciones de disenso de la valoración probatoria realizada por las autoridades disciplinarias y consignadas en los actos administrativos emanados de ellas.

En relación con el asunto materia de análisis, en sentencia de 1º de octubre de 2009; Radicación número: 11001-03-25-000-2002-0240-01(4925-02) con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, se expuso:

“...

“Las prerrogativas procesales propias del juicio disciplinario, excluyen que se pueda trasladar, de cualquier manera, a la sede contenciosa administrativa el mismo debate agotado ante la autoridad disciplinaria. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad, no es una simple extensión del proceso disciplinario, sino que debe ser algo funcionalmente distinto, si es que el legislador consagró el debido proceso disciplinario como el lugar en que debe hacerse la crítica probatoria y el debate sobre la interrelación de la normatividad aplicable como soporte de la sanción.

“Bajo esta perspectiva, el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especial cualificación y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba como si de una tercera instancia se tratara.

“...

“Entonces, en línea de principio puede predicarse que el control que a la jurisdicción corresponde sobre los actos de la administración, cuando ésta se expresa en ejercicio

de la potestad disciplinaria, debe mantenerse al margen de erigirse en un nuevo momento para valorar la prueba, salvo que en su decreto y práctica se hubiere violado flagrantemente el debido proceso, o que la apreciación que de esa pruebas haya hecho el órgano disciplinario resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad. Por lo mismo, el control judicial del poder correccional que ejerce la Procuraduría General de la Nación, no puede ser el reclamo para que se haga una nueva lectura de la prueba que pretenda hacer más aguda y de mayor alcance, pues esa tarea corresponde a las instancias previstas en el C.D.U. y es en principio ajena a la actividad de la jurisdicción.

“A manera de ejemplo, cuando las instancias disciplinarias se empeñan en tener como probado una hecho sin que haya el más leve rastro de su existencia; o si pasan de largo en presencia de un hecho exculpatório demostrado plenamente, y si esas omisiones o suposiciones de la prueba tienen la fuerza para hacer cambiar la decisión, podría la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ejercer un poder controlador de la actividad correccional que ejerce el órgano competente. Desde luego ello descarta que ante la jurisdicción se pueda plantear una simple discrepancia sobre la percepción de la prueba, o ensayar una lectura distinta hecha en clave del interés del sancionado, sino que en la acción contenciosa se debe demostrar, sin acudir a esforzados razonamiento, que la decisión es contraevidente, lo que debe hacerse sin acudir a complicadas elucubraciones.

“ ...

“En síntesis, debe distinguirse radicalmente la tarea del Juez Contencioso que no puede ser una tercera instancia del juicio disciplinario, y tal cosa se ha pretendido con la demanda contencioso administrativa de que hoy se ocupa la Corporación, demanda que por tanto está condenada al fracaso” (Subrayas y negrillas fuera del texto).

El criterio jurisprudencial fue reiterado posteriormente en sentencia de 26 de mayo de 2011, con ponencia de quien hoy redacta la presente providencia.²

De lo anteriormente expuesto se concluye:

El debate probatorio realizado ante las autoridades disciplinarias fue desarrollado y agotado ante las instancias del Vice Procurador y del Procurador General de la

Nación, en primera y segunda instancia respectivamente, frente a lo cual en el sub-lite el actor expone argumentos que se contraponen a los de la valoración probatoria realizada por las autoridades disciplinarias mencionadas, con miras a que éstos prevalezcan para demostrar la inexistencia de las conductas por las que sancionó al demandante, para tal efecto es clara su intención de trasladar a esta jurisdicción tanto el debate como las conclusiones probatorias, cumplidas en sede administrativa disciplinaria, a manera de tercera instancia, sin tomar en cuenta que el objeto de juicio en esta Jurisdicción son los actos administrativos que pusieron fin al proceso disciplinario adelantado contra el actor, cuya validez y legalidad se determina sobre fundamentos jurídicos y fácticos diferentes de los que enmarcaron la acción disciplinaria.

El primer cargo, en consecuencia, no prospera.

3. SEGUNDO CARGO

Lo expresa el actor así:

“... Violación del debido proceso y del derecho de defensa consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, consistente en haberse imputado responsabilidad objetiva con la redacción ambigua y eufemista de los cargos. Este hecho indujo a que se entendiera que el cargo consistía en la realización de falsedades ideológicas, ambiguamente se imputaba un concurso con fraude procesal y peculado, conductas todas subsumidas disciplinariamente en el numeral 1 del artículo 48 de la ley 734 de manera abstracta”.

La fundamentación del segundo cargo, al igual que ocurrió con el primero, gira en torno al aspecto probatorio del proceso disciplinario adelantado contra el actor, toda vez que al iniciar la respectiva sustentación, el libelista sostiene: *“... El cargo entonces, está totalmente relacionado con la forma como la conducción de la prueba, su interpretación y las decisiones fundamentales de la viceprocuraduría (confirmadas por la segunda instancia) constituyen una evidente violación al principio enunciado (se refiere al debido proceso y derecho de defensa). Al concluir la sustentación del cargo, el libelista sostiene: “... Los yerros del fallo atacado tienen un origen fáctico al interpretar indebidamente la prueba para dar*

² (Actor: Luz Imelda Morales Hincapié. Rad. No. 250002325000200501811 01. No. Interno: 0490-2009).

por probada la responsabilidad del encartado en un fraude procesal y un peculado en relación con los cuales no existe ningún asomo probatorio de responsabilidad”.

Aun cuando para despachar el segundo cargo de forma adversa al accionante, sería suficiente dar por reproducido el análisis contenido en el primer cargo, relacionado con la inviabilidad de extender a esta Jurisdicción el debate probatorio de la instancia disciplinaria, ello no obsta para que la Sala haga las siguientes precisiones:

La parte demandante sostiene que el actor debió defenderse de un cargo fundado en un hecho inexistente, cual es la falsedad ideológica; el cargo y la condena se erigieron sobre la base de lo dispuesto en el artículo 48, numeral 1º, de la Ley 734 de 2002, tipo en blanco al cual se le dio contenido según el querer del fallador, unas veces con la sola imputación de la falsedad y otras con todos los tipos de falsedades adicionando fraude procesal y peculado; aunado a ello en la segunda instancia el Procurador General de la Nación declaró la prescripción de las acciones disciplinarias de las únicas conductas de las que pudo defenderse el actor y en vez de absolverlo lo condenó manteniendo su relación con fraude procesal y peculado, de los cuales nunca se pudo defender materialmente.

Posteriormente, en el mismo escrito de demandada, se sostiene que en lo que respecta al actor, la Vice Procuraduría mencionó de manera tangencial los tipos de los artículos 397 que define el peculado y 453 que define el fraude procesal, ambas normas del Código Penal y que el demandante apenas se defendió tangencialmente de tales conductas.

No resultan coherentes las afirmaciones del actor, porque si, respecto de las conductas referidas (peculado y fraude procesal), el entonces disciplinado esgrimió una defensa, aun cuando según su dicho lo hizo tangencialmente, significa que, al contrario de lo que se sostiene en la demanda, sí entendió el cargo frente al cual debía ejercer el derecho de defensa, contando además que tenía otras oportunidades para exigir concreción de parte de las autoridades disciplinarias, sin embargo, no explica la razón por la cual no alegó la imprecisión referida, en las oportunidades en que pudo defenderse no solo al rendir descargos sino mediante el recurso de apelación que interpuso contra el acto administrativo que lo sancionó en primera instancia, lo cual evidentemente no hizo, puesto que en la demanda se afirma que la alzada en el proceso administrativo se dirigió

fundamentalmente a agotar un profundo análisis de la prueba, para demostrar que el señor Pulgar Daza y sus compañeros Concejales nunca cometieron falsedades ideológicas y subsidiariamente solicita decretar las prescripciones; queda entonces claro que el actor eligió presentar sus argumentos ante esta jurisdicción y no ante las autoridades que adelantaban el proceso disciplinario.

Si bien es cierto el Procurador General de la Nación declaró la prescripción respecto de la conducta de falsedad ideológica, también lo es que en relación con las acciones referidas al fraude procesal y peculado por apropiación, indicó que seguían vigentes; que por tal razón era viable valorar todos los medios de prueba legalmente aportados al proceso, tendientes a demostrar o desvirtuar la existencia de esos comportamientos, entre ellos los relacionados con la legitimidad de los documentos que se presentaron como soporte de las tutelas de octubre y noviembre de 2002, siendo posible formular imputaciones en relación con las faltas originadas en los delitos contra la fe pública prescritos.

Respecto de los Concejales investigados, entre ellos el actor, el Procurador General de la Nación admitió que aun cuando no podían autorizar el pago de las tutelas, ese no era el problema jurídico sino determinar si tales servidores públicos contaban con disposición material o jurídica sobre los dineros que se ordenaron pagar con base en dichas, tutelas.

Sobre el mismo punto y, como quedó dicho, con apoyo en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, la relación entre el funcionario y la disponibilidad del bien estatal no es material sino jurídica, la providencia de segunda instancia demandada en el sub-lite, precisó que para el año 2000 la facultad nominadora en el Concejo Distrital de Barranquilla, estaba en cabeza de su Mesa Directiva de la cual el demandante formaba parte y en esa medida *“eran los causantes”* de que se pudieran cancelar los salarios desde el momento de la posesión, pues sin nombramiento y posesión era imposible desembolsar salarios.

En la decisión de primera instancia, confirmada en segunda, el Vice Procurador General de la Nación encontró que el delito de peculado se materializó porque hubo apropiación de dineros del Estado, en más de seis mil millones de pesos (\$6.000'000.000), apropiación que se produjo merced al concierto con los funcionarios encargados de la custodia y administración de los dineros

municipales y respecto del delito de fraude procesal señaló que mediante ardides y engaños se indujo en error a varios funcionarios judiciales, quienes a través del ejercicio fraudulento de acciones de tutela, se les llevó a emitir decisiones contrarias a derecho.

Analizados los documentos allegados al expediente, la Sala concluye:

Tanto en el Pliego de Cargos como en los fallos acusados, se evidencia que la Entidad demandada no solo endilgó al actor la falsificación de las Resoluciones de nombramiento en el Concejo de Barranquilla, como afirma el libelo introductorio, puesto que además se analizaron las conductas relacionadas con el peculado por apropiación y el fraude procesal, frente a las cuales se explicaron las razones por las cuales los Concejales no podían permanecer marginados de la situación anómala, que surgió desde que se intentaron las acciones de tutela presentadas contra esa Corporación, cuyo origen mediato fueron los supuestos actos de nombramiento emanados de la Mesa Directiva del Cabildo Distrital, en el año 2002 y no en 2000 y que culminó con unos pagos a cargo del erario distrital en cuantía superior a los seis mil millones de pesos (\$6000'000.000); también se precisó por qué las autoridades administrativas estimaron que la responsabilidad que cabía a los Concejales no podía ser trasladada a otros funcionarios, dada su condición de servidores públicos y representantes de los habitantes de la ciudad de Barranquilla.

Así entonces, es claro que el cargo (o cargos) y la sanción respectiva, no se erigieron solamente con base en el artículo 48, numeral 1º, de la Ley 734 de 2002, sino en las normas del Código Penal que definen las conductas referidas (peculado por apropiación y fraude procesal), en consecuencia frente a ellas y al cargo de falsedad ideológica, el actor debió ejercer su derecho de defensa, como evidentemente lo hizo, así fuera tangencialmente.

En esa medida, el Procurador General de la Nación contaba con plena facultad para analizar otras conductas frente a las cuales la acción disciplinaria no se encontraba prescrita, como ocurrió con las de falsedad, sin violar el derecho al debido proceso y de defensa del actor, quien, como quedó demostrado, tuvo las garantías para ejercerlo en las oportunidades establecidas en la ley.

De conformidad con lo expuesto y sin que se requiera consideración adicional, la Sala concluye que los actos demandados no infringieron las normas señaladas en la demanda y por tal razón sus pretensiones no están llamadas a prosperar, tal como habrá de decidirse.

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,

F A L L A :

Deniéganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Cúmplase.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA