

PLIEGO DE CARGOS - Acto preparatorio. Definición / NOTIFICACION - No es un acto administrativo / NOTIFICACION DE ACTO ADMINISTRATIVO - Es de mero impulso relacionado con la publicidad y eficacia del acto

El pliego de cargos puede decirse que es una relación o resumen de las faltas o infracciones que concreta la imputación jurídico fáctica enrostrada al funcionario público o particular que cumple funciones públicas sometido a investigación, y de otro lado, que es la pieza que delimita el debate probatorio y plantea el marco de imputación para su defensa y al investigador para proferir congruentemente y conforme al debido proceso el fallo correspondiente. En ese contexto, dentro de la clasificación de los actos administrativos, el pliego de cargos es un acto de preparatorio, que se define como "...aquellos que adopta la administración para tomar una decisión final o definitiva sobre el fondo de un asunto.", lo que significa, que al no definir la cuestión sujeta a análisis resulta no demandable ante la jurisdicción, pues si bien tiene un carácter resolutorio al formular unos cargos, no es definitivo, por ende, advierte la Sala que el control judicial del sub lite no se hará sobre este acto. Tampoco serán objeto jurisdiccional, las notificaciones de los actos demandados porque la notificación per se no es un acto administrativo, es de mero impulso relacionado con el principio de publicidad y eficacia del acto.

DEBIDO PROCESO - Proceso disciplinario / PROCESO DISCIPLINARIO - Principio de legalidad / CONTROL DE LEGALIDAD - No es una tercera instancia / ACTO DE JUZGAMIENTO DISCIPLINARIO - Control de legalidad y constitucionalidad / PRINCIPIO INDUBO PRO DISCIPLINARIO - Violación / PRUEBAS - Trámite disciplinario / ANALISIS DE LEGALIDAD - Violación de derechos de rango constitucional

El debido proceso como derecho fundamental está referido en materia procesal disciplinaria, a que el inculpado conozca los cargos en forma clara, concisa y oportuna para que pueda ejercer todos los medios de réplica, pedir las pruebas, obtener su decreto y práctica, así como controvertir las que lo inculpan, presentar alegatos y en general, participar de modo activo en todo el proceso, lo que implica un gran debate con el agotamiento de las instancias a que haya lugar y las garantías que las mismas ofrecen. La Corporación ha sostenido en diversos pronunciamientos que en materia disciplinaria, la revisión de legalidad de estas decisiones dadas las prerrogativas procesales propias de ese procedimiento, no debe repetir el debate agotado ante la autoridad administrativa competente. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad y restablecimiento, no es una simple extensión del trámite disciplinario, sino que es funcionalmente distinto. El control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especialidad y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba, como si se tratara de una tercera instancia. Corresponde entonces a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, entre otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario se haya ajustado a las garantías constitucionales primordiales, es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba, a condición de que dicha prueba sea manifiestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales, o sea, aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa.

NORMAS DISCIPLINARIAS - Finalidad / DERECHO DISCIPLINARIO - Protección del deber funcional de la función pública / DEBER FUNCIONAL - Se infringen por el funcionario / UTILIZACION DE VEHICULO OFICIAL - Fines

distintos a la función pública / DEBER FUNCIONAL - Infracción

Las normas disciplinarias poseen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes para cumplir los fines estatales, por ende, el objeto de protección del derecho disciplinario es el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública. Este soporte de responsabilidad se articula con las relaciones especiales de sujeción surgidas entre el Estado y el servidor público o el particular que cumpla funciones públicas, las cuales están orientadas a la consecución o materialización de los fines estatales. Precisamente, este punto en donde se quebrantan deberes funcionales marca la diferencia sustancial con el concepto de dolo o culpa en el derecho penal. Mientras en el derecho disciplinario se infringen deberes funcionales, en el delito se vulneran bienes jurídicos, lo cual sin duda está relacionado con el principio de responsabilidad jurídica que delimita la obligación del servidor público, dado que este es responsable por infringir la constitución y la ley, por la omisión y extralimitación de sus funciones, y por el respeto a las prohibiciones y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Conexa con la anterior, en materia penal la descripción de los hechos punibles es detallada, en tanto, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan con los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario. En el ámbito disciplinario entonces, no es el detrimento patrimonial o el resultado dañoso del patrimonio del Estado lo que causa la infracción, sino la infracción al deber, a partir de un desvalor de la acción y no de su resultado, porque cuando se produce un daño además de infringir un deber funcional, se convoca un agravante de la conducta que debe ser dosificado por el competente de acuerdo a diversas variables contempladas en ese régimen. En efecto, bajo este concepto que descansa sobre la norma subjetiva de determinación, la Procuraduría profirió los actos administrativos controvertidos en el caso bajo estudio, concretamente, en que Saulo Guarín Cortés no utilizó el vehículo que le fue asignado para cumplir su función en forma exclusiva, ni en los horarios destinados a tal fin, infringiendo su deber funcional que como servidor público debió observar dada su calidad de Subgerente de Servicios de Salud del Instituto Seccional de Boyacá, calificando la conducta como típicamente antijurídica.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012).

Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00048-00(0384-10)

Actor: SAULO F. GUARIN CORTES

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Decide la Sala la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de única instancia formulada por **SAULO FLAVIANO GUARÍN CORTÉS** contra la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

ANTECEDENTES

El actor por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, para que se declare la nulidad del acto administrativo integrado por el pliego de cargos de fecha 31 de julio de 2003, con su correspondiente notificación; la Resolución No. 004 de abril 29 de 2005, fallo de primera instancia, expedido por la Procuradora Regional de Boyacá (e) con su correspondiente notificación; el acto administrativo de fecha 29 de julio de 2005, suscrito por el Procurador Delegado Primero, con la notificación surtida el 22 de agosto de 2005 y el auto para dar aplicación al inciso segundo del artículo 46 de la Ley 734 de 2002, de fecha agosto 09 de 2005, proferidos dentro del radicado No. 094-3055 de 2002.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la Procuraduría abstenerse de radicar la sanción disciplinaria o en caso de haberla inscrito, se ordene retirar su registro y se provean todos los mecanismos necesarios para impedir sus efectos de ejecutoria.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pidió que se condene a la Nación – Procuraduría General de la Nación a pagar al actor por concepto de los perjuicios morales sufridos por la sanción impuesta, la suma de ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En caso de haberse desembolsado la multa se ordene el reintegro de la suma de \$9.828.990. Además, que se de cumplimiento a la sentencia por parte de la Procuraduría en los términos previstos en los artículos 174, 177 y 178 del C.C.A., y que se reajuste ese valor conforme al IPC hasta el día de la cancelación efectiva.

Como **hechos** soporte de la acción señaló los siguientes:

La Procuraduría Regional de Boyacá adelantó la investigación disciplinaria radicada con el número 094-3055-2002, en contra de Saulo Flaviano Guarín Cortés, quien para la época de los hechos desempeñaba el cargo de Subgerente de Servicios de Salud del Instituto Seccional de Boyacá, código 090 grado 12, por una queja presentada por Luis Gabriel Díaz Márquez, en su condición de Secretario de Tránsito y Transporte de Tunja.

En primera instancia se inició proceso verbal especial que terminó con fallo sancionatorio, pero fue anulado a petición de su abogado por considerar que el procedimiento que debía seguirse era el ordinario y no el tramitado. El fundamento de la misma fue el numeral segundo del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, sin embargo, se ordenó rehacer la actuación guardando el valor probatorio de las pruebas recaudadas en las actuaciones surtidas. El pliego de cargos se profirió el 31 de julio de 2003 y el 19 de abril de 2005 se dictó fallo condenatorio de primera instancia con criterios de interpretación violatorios del debido proceso. Posteriormente, se produjo el fallo de segunda instancia por parte de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa, que ratificó la sanción de suspensión del cargo por 3 meses o en su defecto en caso de no hacerse efectiva, la cancelación de una multa equivalente al tiempo de suspensión.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Consideró vulneradas las normas constitucionales contempladas en los artículos: 2, 29 y 209.

Legales: artículos 4, 5, 6, 9, 20, 128, 132 y 142 de la Ley 734 de 2002.

Manifiesta que se **violó el debido proceso** porque el disciplinario tiene ritualidades dentro del estado de derecho, concretamente, la carga de la prueba le corresponde al Estado y no al disciplinado, por tanto, ante un vacío probatorio la duda debe resolverse a favor del procesado y no como en el *sub lite*, en donde el vacío probatorio se suplió con análisis forzados.

Los argumentos sobre tipicidad e ilicitud sustancial dados en la providencia de primera instancia no se compadecen con las tendencias del moderno derecho punitivo, cuando sostiene el disciplinador que no importa el resultado siempre y cuando este desvalor de acción afecte el deber, cuando de plano la responsabilidad objetiva está proscrita en nuestra legislación punitiva.

Los presupuestos fácticos fueron confundidos por la Procuraduría, pues el mismo Despacho acepta que no existía el elemento funcional. Igualmente se afectó el principio *indubio pro disciplinado* al no invocarse la norma exacta, se viola el principio de reserva legal y se afecta la estructura misma del debido proceso.

Falsa Motivación

La sustenta en que las decisiones se profirieron por fuera del alcance típico disciplinario. Manifiesta que el juzgador debe hacer un análisis de antijuridicidad a partir de las funciones, actividad que no se realizó en el acto demandado, por el contrario, aceptó que el actor no tenía funciones de conductor, lo que corrobora la inexistencia de tipicidad y con mayor razón de antijuridicidad.

Reafirma que la Procuraduría sufre la ausencia probatoria de la responsabilidad del investigado, con el argumento de que la prueba le correspondía aportarla al mismo y se pasa por alto la presunción de inocencia, la valoración de la duda y el grado de certeza necesaria para sancionar.

Finalmente, asevera que la Procuraduría General de la Nación desconoció el principio del *in dubio pro disciplinado*.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad se opuso a las pretensiones de la demanda. Sostuvo que

los actos cuestionados fueron expedidos con respeto por el debido proceso y acorde con la sanción que por las irregularidades imputadas al demandante dispone la propia ley.

A partir de citas jurisprudenciales resalta la diferencia entre el derecho penal y el disciplinario, para concluir, que contrario a lo que afirma el demandante no se le vulneró ningún derecho al actor, ya que en la conducta sancionada por el proceso disciplinario seguido contra Guarín Cortés, no era necesario demostrar el daño como insistentemente lo afirma, pues al haber infringido el deber se configuró el ilícito disciplinario cuando *“el 8 de septiembre de 2002 siendo aproximadamente la una de la mañana incumplió con sus deberes como servidor público, al no utilizar el vehículo de placas OQF-103 que le fue asignado para el desempeño de su cargo o función, en forma exclusiva para los fines a que esta afecto, dando lugar a que se ocasionaran daños al mismo”*.

Aclaró que en el derecho disciplinario la trilogía tipicidad-antijuridicidad-culpabilidad, se determina por el quebrantamiento de los deberes funcionales, donde se tiene en cuenta que los tipos descriptivos de comportamiento punibles son de mera conducta y no de resultado. Afirma, que el ilícito se construye sobre la base de la teoría de la norma subjetiva de determinación que prescinde de un todo del resultado aún entendido en términos jurídicos, pues el mismo es la infracción de un deber y para infringirlo basta que la persona conozca que está obligada ante un contexto situacional típico, tenga conciencia de su capacidad individual de acción y no realice el deber.

Expone, que por la naturaleza sancionatoria del derecho disciplinario se exige dentro de su dogmática la trilogía para que la conducta sea sancionable, que sea típica-ilícita y culpable. Entendiéndose la tipicidad como la descripción de la conducta en una norma jurídica; la ilicitud como el quebrantamiento o desconocimiento de los deberes funcionales y la culpabilidad como la responsabilidad a título de dolo o culpa, siendo en esta última para el caso *sub iudice* la aplicada al actor porque incumplió un deber, que no solo debe estar contemplado en el reglamento, sino en la constitución o la ley.

Las razones señaladas desvirtúan en su sentir, las causales de nulidad enrostradas a las providencias proferidas dentro del proceso disciplinario No. 094-3055-02.

Finalmente, propuso las excepciones de inexistencia de las causales de falsa motivación e ineptitud sustantiva de la demanda. La primera, sustentada en los argumentos de la contestación del libelo y la segunda, porque no se explicó el concepto de la violación de las normas enrostradas.

ALEGATOS

Del demandante

No hubo pronunciamiento de su parte en esta etapa procesal.

De la demandada

Ratifica los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Afirma que no hubo vulneración al debido proceso y en especial al derecho de defensa por no haberse practicado unas pruebas en segunda instancia, porque esta se condujo conforme a derecho y porque el accionante contó con todas las oportunidades de ley previstas en el marco del trámite disciplinario.

Resalta que el proceso contencioso no puede convertirse en una tercera instancia para revivir términos extintos, para tal efecto cita las sentencias C-244/96, C-124 de 2003 y la sentencia de 23 de julio de 2009 M.P. Víctor Hernando Alvarado.

Para fortalecer el argumento de la autonomía del régimen disciplinario frente al proceso penal, citó la sentencia C-427 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, solicitó denegar las pretensiones de la demanda.

Consideró que no deben prosperar las excepciones propuestas. La de inexistencia de la causal de falsa motivación porque se resuelve con el fondo del asunto y la de ineptitud sustantiva de la demanda, porque de los planteamientos

realizados por el actor es posible realizar un estudio de fondo.

Respecto de los actos sancionatorios advierte, que la Procuraduría tuvo en cuenta la diligencia de ratificación y ampliación de señor Luis Gabriel Márquez Díaz, quien presencié el accidente de tránsito con un vehículo oficial ocurrido un domingo cerca de la media noche. De igual modo la declaración del agente Saúl Montaña Talero, que se encontraba de servicio el 8 de septiembre de 2002 y constató que a las 11 p.m se presentó un accidente en la avenida norte, frente al concesionario Toyota, del que fue protagonista el demandante; y así otros testimonios que concedieron la certeza de que el señor Saúl Flaviano Guarín estaba embriagado el día del accidente y que se subió en una camioneta de placas OQF-103; además de las pruebas documentales que obran al respecto. Por tal virtud afirma, que lo que quiso decir a la Procuraduría cuando señaló que el demandante no probó sus afirmaciones, es que no logró controvertir los testimonios y la prueba documental que se refiere a unas circunstancias específicas en las que él resultó comprometido, ello a pesar que hay testimonios que apuntan a sostener que el demandante se encontraba atendiendo a una paciente.

Por todo lo anterior, considera el Ministerio Público que la entidad demandada obró correctamente al asegurar que se estaba ante “culpa inconsciente” o sin representación, porque al no encontrarse el disciplinado ejerciendo el cargo, desplegó una actividad catalogada como peligrosa y generó un accidente, en una falta al deber de cuidado que le imponía preveer las consecuencias de su proceder irregular.

Trámite procesal

Mediante auto del 11 de diciembre de 2006, el Juzgado Décimo Administrativo de Tunja avocó conocimiento de la demanda proveniente del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, por reunir los requisitos formales y los presupuestos procesales, dada la competencia en razón de la cuantía.

Cuando fue el momento de proferir sentencia, el Juez observó y decretó la nulidad de la actuación surtida por falta de competencia funcional – con base en los pronunciamientos de esta Corporación- desde el auto que admitió la

demanda, lo que generó la remisión del proceso a esta Sección.

Este Despacho admitió la demanda, ordenó la fijación en lista y las notificaciones de rigor, mediante auto de 30 de abril del año en curso.

Agotado el trámite procesal y al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Competencia

El presente asunto es competencia en única instancia del Consejo de Estado¹, porque se controvierte una sanción disciplinaria administrativa impuesta al señor Saulo Guarín Cortés consistente en una suspensión por 3 meses del cargo, expedida por una autoridad nacional como es la Procuraduría General de la Nación.

Cuestión previa:

La demandada propuso como excepciones: la inexistencia de la causal de falsa motivación e ineptitud sustantiva de la demanda.

Sobre la primera señala la Sala que conocerá con el asunto de fondo habida cuenta que esta referida al objeto de la demanda que es la legalidad de las decisiones administrativas controvertidas, y sobre la segunda, en virtud de la facultad que tiene el juez para interpretar la demanda y en consideración a que el actor esboza algunos criterios de violación y de ellos se puede deducir con claridad lo pretendido, negará la excepción propuesta de ineptitud sustantiva de la demanda, para revisar los actos enjuiciados.

Actos demandados:

Son los contenidos de acuerdo a la demanda en las siguientes decisiones administrativas: Pliego de cargos de fecha 31 de julio de 2003, suscrita

¹ La Sección Segunda, en auto del 18 de mayo de 2011, expediente NI.0145-10, Actor: Anastasio Avendaño Tangarife., Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

por el Dr. Ramiro Abella Soto, Procurador Regional de Boyacá y su notificación; Resolución No. 004 de abril 29 de 2005, fallo de primera instancia, suscrita por la Dra. Laura Rocío Espinosa Marcka, Procuradora Regional de Boyacá (e), el acto administrativo de fecha 29 de julio de 2005, que resolvió el recurso de alzada, suscrito por el Procurador Delegado Primero, con su respectiva notificación y el auto de fecha agosto 09 de 2005.

Antes de concretar el problema jurídico debe la Sala precisar lo siguiente sobre los actos demandados:

El pliego de cargos² puede decirse que es una relación o resumen de las faltas o infracciones que concreta la imputación jurídico fáctica enrostrada al funcionario público o particular que cumple funciones públicas sometido a investigación, y de otro lado, que es la pieza que delimita el debate probatorio y plantea el marco de imputación para su defensa y al investigador para proferir congruentemente y conforme al debido proceso el fallo correspondiente.

En ese contexto, dentro de la clasificación de los actos administrativos, el pliego de cargos es un acto de preparatorio, que se define como “...*aquellos que adopta la administración para tomar una decisión final o definitiva sobre el fondo de un asunto.*”³, lo que significa, que al no definir la cuestión sujeta a análisis resulta no demandable ante la jurisdicción, pues si bien tiene un carácter resolutorio al formular unos cargos, no es definitivo, por ende, advierte la Sala que el control judicial del *sub lite* no se hará sobre este acto.

Tampoco serán objeto jurisdiccional, las notificaciones de los actos demandados porque la notificación *per se* no es un acto administrativo, es de mero impulso relacionado con el principio de publicidad y eficacia del acto.

Similar reflexión puede hacerse respecto del auto de 9 de agosto de 2005, que ordena en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 46⁴ de la Ley 734 de 2002, la conversión de la sanción de suspensión en salarios dado que para el momento de la ejecución de la misma, el disciplinado ya no era funcionario

² Arts. 162 y 163 del CDU

³ GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo. Derecho Administrativo, A BC Editores Librería. 2004

⁴ Declarado exequible mediante la sentencia 1076/02

público. Este auto responde a un acto de trámite porque da cumplimiento a la voluntad de la autoridad disciplinaria y a una norma legal que permite la conversión, de contera que, por si solo no expresa una voluntad jurídica autónoma.

Respecto de los citados actos demandados, la Sala de oficio declarara la ineptitud sustantiva de la demanda y se declarará inhibida para pronunciarse sobre los mismos.

Conforme a lo señalado, serán estudiadas las decisiones de primera y segunda instancia proferidas por la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a los cargos de ilegalidad presentados en su contra.

Problema jurídico

Consiste en definir si la sanción disciplinaria – *3 meses de suspensión en el cargo de subgerente del Servicio Seccional de Salud, código 090, grado 12* - impuesta al señor Saulo Guarín Cortés, se ajustó al ordenamiento jurídico.

Al sancionado le endilgaron el siguiente cargo:

“Que el día 08 de septiembre de 2002, siendo aproximadamente la una de la mañana (1.a.m.) incumplió sus deberes como servidor público, al utilizar el vehículo de placas OQF-103 que le fue asignado, para el desempeño de su cargo o función, en forma exclusiva para los fines a que estaba afecto, dando lugar a que se ocasionaran daños al mismo.

Incumplió así sus deberes como servidor público, deber tipificado en e numeral 4 del artículo 34 de la Ley 734, e incurrió en el régimen de prohibiciones establecidas para servidores públicos especialmente la tipificada en el numeral 13 del artículo 35 de la ley 734 de 2002”.

La Sala analizará los cargos de nulidad sobre los actos controvertidos en el orden propuesto:

Quebrantamiento del debido proceso

El primer argumento está soportado en que el acto administrativo demandado plantea que la carga de la prueba le corresponde al disciplinado, habida cuenta que en la primera decisión señaló: **“en este evento, el Despacho sin pretender cuestionar la defensa así planteada, no la puede aceptar, toda vez, que la carga de la prueba en este caso se invierte correspondiéndole a Disciplinado demostrar la veracidad de su dicho, circunstancias estas que dentro del plenario no se comprobaron quedando las justificaciones dadas en un plano hipotético, sin que sea válida como justificante dentro de la presente investigación. En consecuencia no contando el Despacho con prueba que soporte o sostenga la afirmación hecha por el disciplinado, es claro que el vehículo no estaba siendo utilizado para los fines a que estaba afecto, es decir, como medio para el cumplimiento de funciones de carácter oficial, y menos a estas altas horas de la noche”**

El segundo argumento está sustentado, en que al analizar los criterios de la defensa sobre antijuridicidad, lesividad o ilicitud sustancial, adopta un juicio que desborda la legalidad del proceso disciplinario que menoscaba las garantías procesales y profiere un fallo contrario a la equidad y la justicia cuando dispone **“También cabe resaltar que si bien el daño fue resarcido por la Aseguradora, lo que sanciona el Derecho Disciplinario es el quebrantamiento formal del deber funcional, es decir que solo basta el juicio de desvalor de acción sin importar el resultado, siempre y cuando este desvalor de acción acepte el deber sin justificación alguna”**.

El tercer argumento sobre la violación al debido proceso, esta referida a que el fallo desconoce los artículos 128 y 142 de la Ley 734 de 2002, que se refieren a la carga de la prueba y a la prueba requerida para sancionar, con lo cual se afecta el principio del *indubio pro disciplinado*, o presunción de inocencia.

Para resolver el marco general del cargo debe recordarse en que consiste el debido proceso y los lineamientos jurisprudenciales para su prosperidad en la acción de nulidad y restablecimiento, para luego revisar la exigencia probatoria para sancionar en materia disciplinaria y aplicar estos presupuestos al caso

concreto.

El debido proceso como derecho fundamental está referido en materia procesal disciplinaria, a que el inculpado conozca los cargos en forma clara, concisa y oportuna para que pueda ejercer todos los medios de réplica, pedir las pruebas, obtener su decreto y práctica, así como controvertir las que lo inculpan, presentar alegatos y en general, participar de modo activo en todo el proceso, lo que implica un gran debate con el agotamiento de las instancias a que haya lugar y las garantías que las mismas ofrecen.

Entonces, para efectos de solventar el problema planteado es necesario recordar el alcance de la competencia del juez administrativo en la acción de nulidad y restablecimiento respecto de los procesos disciplinarios.

La Corporación ha sostenido en diversos pronunciamientos que en materia disciplinaria⁵, la revisión de legalidad de estas decisiones dadas las prerrogativas procesales propias de ese procedimiento, no debe repetir el debate agotado ante la autoridad administrativa competente. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad y restablecimiento, no es una simple extensión del trámite disciplinario, sino que es funcionalmente distinto. El control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especialidad y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba, como si se tratara de una tercera instancia.

Empero, tampoco implica la intangibilidad de los actos de juzgamiento disciplinario, pues ellos están sometidos a la jurisdicción, aunque no de cualquier manera, sino con las restricciones enunciadas.

Corresponde entonces a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, entre otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario se haya ajustado a las garantías constitucionales primordiales, es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba, a

⁵ Entre otros, Rad # 2274-08; 0032-2010 M.P. Gustavo E. Gómez A; 0083-2010, 2429-08 M.P. Víctor Hernando Alvarado.

condición de que dicha prueba sea manifiestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales, o sea, aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa⁶.

También es pertinente el análisis de legalidad, cuando en dicho proceso se ven comprometidos derechos de rango constitucional, como el debido proceso, la presunción de inocencia, el buen nombre, el honor y la dignidad, entre otros.

En suma, a la jurisdicción le corresponde proteger al ciudadano de la arbitrariedad, de la desmesura, de la iniquidad, de la ilegalidad, en fin, de las conductas de la administración que vayan contra la Constitución y la ley, pero dentro del marco señalado precedentemente, ello, cuando tal violación es manifiestamente contraevidente.

Veamos dentro de ese contexto, si los argumentos expuestos por el actor tienen el alcance exigido para nulificar el acto demandado.

Las acusaciones esbozadas enrostran más que un manejo probatorio inadecuado, o una falta de garantía, conceptos generales del fallo, frases, o párrafos de la decisión; por ejemplo, respecto del primer argumento, increpa que la carga de la prueba le fue trasladada al disciplinado, cuando la regla general es que le corresponde al funcionario investigador determinar si el comportamiento reprochable resulta excesivo en rigidez frente a la gravedad de la conducta, violando así el principio *indubio pro disciplinado*.

Verifica la Sala que la conducción del acervo en lo que se refiere al recaudo de las pruebas, contradicción y oportunidad, la autoridad disciplinaria cumplió con el procedimiento en forma adecuada. En tratándose del análisis probatorio, se encuentra que la primera instancia hizo un discernimiento sistemático de las declaraciones, por ejemplo, valoró la ratificación y ampliación realizada por el señor Luis Gabriel Márquez Díaz (fls. 24-27 del proceso disciplinario), la declaración

⁶ Rad No. 1384-06 M.P. Víctor Hernando Alvarado.

de Saúl Montaña Talero (fls. 28-31 ídem), Luis Gonzalo Robles (dueño del carro con el cual se estrelló el disciplinado fls. 36-37 ídem), Blas Díaz Ojeda (fls. 40 ídem), Néstor Leonel Gonzáles, José Rodrigo Dallos, quienes dan cuenta del accidente. Con excepción del último declarante, aseveran que el accidente ocurrió el domingo a altas horas de la noche cuando el señor Guarín Cortés salía del bar Salomón. Así mismo valoró y contrastó los testimonios de los señores María del Pilar Díaz Cárdenas, Sandra Patricia Díaz Cárdenas, Jaime Ernesto Calderón Mora, quienes manifestaron que Guarín Cortés tuvo el accidente cuando buscaba un remedio para María del Pilar; también analizó las pruebas documentales y periciales, para concluir basado en la sana crítica⁷ que había responsabilidad del inculpado porque encontró que la conducta era típica dado que contravenía el numeral 4 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 que establece, que es deber de todo servidor público utilizar los bienes y recursos asignados para su empleo, cargo o función, en forma exclusiva para los fines a que están afectos y el artículo 35 de la misma ley que dispone: *“Ocasionar daño o dar lugar a la pérdida de bienes, elementos o expedientes o documentos que hayan llegado a su poder por razón de sus funciones...”*

Sin embargo, como ya se señaló, el cuestionamiento de legalidad no versa sobre el análisis probatorio que hizo la Procuraduría General de la Nación en sus dos instancias, sino que está relacionado con el aparte transcrito en el primer párrafo argumental, que según su entender le traslada la carga de la prueba violando el principio del debido proceso.

Para la Sala, ese párrafo no puede descontextualizarse del análisis que hizo el disciplinador, porque su lectura sitiada arrastra al equívoco en que cae el actor. Tal afirmación tiene el alcance dado por el concepto del Ministerio Público, es decir, que en consideración a que no hubo una probanza indubitable que controvirtiera las demás pruebas obrantes en el proceso disciplinario que implicaban al señor Saulo Flaviano Guarín Cortés en los hechos de los cuales fue protagonista y que dieron lugar a un accidente de tránsito con un vehículo oficial, la decisión se soportó, en los testimonios y en las pruebas técnicas y documentales que fueron allegadas y que demostraron la tipicidad de la acción.

Efectivamente, además de las declaraciones que ya reseñamos, los fallos disciplinarios se fundamentaron en las siguientes pruebas documentales que son relevantes para el proceso administrativo disciplinario y que hacen parte del

⁷ Conformada con la máximas de la lógica, ciencia y la experiencia.

acervo probatorio, que fue allegado en su integridad a este proceso:

Informe del accidente de tránsito suscrito por el agente Saúl Montaña Talero, quien registro que la colisión ocurrió el 8 de septiembre de 2002 a las 23.30, entre los vehículos de placas OQF -103 y CHW-559, conducidos por los señores Saúl Guarín Cortés y Luis Gonzalo Robles Sáenz (fl. 3-7 anexo #1).

Oficio No. I.S.M.P.T 595 signado por Luis Gabriel Márquez Díaz, Secretario de Tránsito y Transporte, por medio del cual remite copia del informe del accidente.

Oficio Interno No 020 de 2002, por medio del cual se comisiona al doctor Saulo Flaviano Guarín Cortés, a efectos de verificar en que condiciones se está prestando el servicio de la red hospitalaria. (fl. 60 proceso disciplinario) y el oficio de septiembre 5 el mismo año, por medio del cual le asignaron el vehículo Toyota Hi-lux, modelo 1997, de placa OQF 103, para cumplir la función fijada. (fl. 61 ídem)

Decreto Ordenanzal No. 0435 de 2002, en donde se definieron las funciones del Subgerente de Servicios de Salud y las circulares No. 055 y 067, en donde se reglamentó entre otros aspectos, el manejo de los vehículos automotores (fls. 134, 135 y 137 ídem).

Certificación del Comandante del Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Tunja en donde da cuenta del accidente automovilístico el día 8 de septiembre de 2002, a la una de la mañana, en donde resultó involucrado el vehículo oficial OQF 103 (fl. 152 ídem)

Informe pericial sobre el accidente que generó la investigación disciplinaria, realizado por un perito asignado por la U.P.T.C (fls. 171-182 ídem) y álbum fotográfico de la inspección (fls. 183-198 ídem)

Como regla general en derecho sancionatorio la carga de la prueba corresponde al Estado y concretamente a quien tiene la competencia constitucional para adelantar la investigación, ello como consecuencia directa del principio de presunción de inocencia, el cual erige una parte de la estructura fundamental del debido proceso, de manera, que el investigado no ostenta carga diferente en la

actividad probatoria que la que pueda derivarse del ejercicio de defensa y de la estrategia probatoria que plantee.

Bajo tal perspectiva rige el principio *de in dubio pro reo o pro disciplinado*, a fin de preservar la referida garantía constitucional, que hace parte además del bloque de constitucionalidad, pues se encuentra reconocida en el artículo 75, inciso 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

En efecto, no encuentra la Sala violación del debido proceso, porque tal y como se desprende del acervo probatorio, la carga de la prueba no fue invertida. La Procuraduría ejerció su actividad probatoria tendiente a buscar la verdad real de los hechos y el señor Guarín Cortés a plantear su defensa y todas ellas fueron apreciadas de una manera integral y seria por la entidad. De su valoración concluyó que había certeza de la falta y de la responsabilidad del disciplinado conforme a la exigencia del artículo 118 del C.D.U, *contrariu sensu*, no logró convencer el actor con su estrategia defensiva a la entidad disciplinadora, de que su actuar fue el adecuado conforme al servicio y a su obligación como funcionario público.

Reitera la Corporación como se señaló al inicio de este acápite, que no es la acción de nulidad y restablecimiento una tercera instancia que permita hacer una nueva valoración de las pruebas, esta actividad solo es viable en los eventos ya señalados y no es precisamente en el *sub iudice* en donde no se dan los presupuestos para tal fin.

Ahora bien, el segundo argumento del cargo esta referido a que la decisión adopta un criterio que desborda la legalidad del proceso disciplinario que menoscaba las garantías procesales y profiere un fallo contrario a la equidad y la justicia cuando dispone “**También cabe resaltar que si bien el daño fue resarcido por la Aseguradora, lo que sanciona el Derecho Disciplinario es el quebrantamiento formal del deber funcional, es decir que solo basta el juicio de desvalor de acción sin importar el resultado, siempre y cuando este desvalor de acción acepte el deber sin justificación alguna**”.

En el caso de Saulo Guarín Cortés, la conducta que le fue endilgada tiene relación específica con el cumplimiento de un deber desligado de su función,

dado que es claro que su cargo era el de Subgerente de Servicios de Salud del Instituto Seccional de Salud de Boyacá, código 090, grado 12 y no el de conductor.

Su forma de culpabilidad fue calificada como culpa inconsciente o sin representación, en consideración a que no se encontraba ejerciendo funciones propias de su cargo, ni adelantó diligencias de carácter oficial, pero si ejecutaba una actividad peligrosa, en días y horas no hábiles.

El artículo 5 de la Ley 734 de 2002, dispone que *“La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”*, a ello se le ha denominado ilicitud sustancial.

Señaló la Corte en el estudio de exequibilidad de la norma, que el resultado material de la conducta no es esencial para estructurar la falta disciplinaria, pues el solo deber origina la antijuridicidad de la conducta, sin embargo aclara, que no es el incumplimiento de dicho deber el que origina la falta, sino la infracción sustancial de dicho deber, es decir, aquella conducta que atente contra el buen funcionamiento de Estado.

Tiene su fundamento este análisis, en que las normas disciplinarias poseen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes para cumplir los fines estatales, por ende, el objeto de protección del derecho disciplinario es el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública. Este soporte de responsabilidad se articula con las relaciones especiales de sujeción surgidas entre el Estado y el servidor público o el particular que cumpla funciones públicas, las cuales están orientadas a la consecución o materialización de los fines estatales.

Precisamente, este punto en donde se quebrantan deberes funcionales marca la diferencia sustancial con el concepto de dolo o culpa en el derecho penal. Mientras en el derecho disciplinario se infringen deberes funcionales, en el delito se vulneran bienes jurídicos, lo cual sin duda está relacionado con el principio de responsabilidad jurídica⁸ que delimita la obligación del servidor público, dado que este es responsable por infringir la constitución y la ley, por la omisión y extralimitación de sus funciones, y por el respeto a las prohibiciones y el régimen de

⁸ Art. 6 de la Carta Política

inhabilidades e incompatibilidades. Conexa con la anterior, en materia penal la descripción de los hechos punibles es detallada, en tanto, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan con los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario.

En el ámbito disciplinario entonces, no es el detrimento patrimonial o el resultado dañoso del patrimonio del Estado lo que causa la infracción, sino la infracción al deber, a partir de un desvalor de la acción y no de su resultado, porque cuando se produce un daño además de infringir un deber funcional, se convoca un agravante de la conducta que debe ser dosificado por el competente de acuerdo a diversas variables contempladas en ese régimen.

En efecto, bajo este concepto que descansa sobre la norma subjetiva de determinación, la Procuraduría profirió los actos administrativos controvertidos en el caso bajo estudio, concretamente, en que Saulo Guarín Cortés no utilizó el vehículo que le fue asignado para cumplir su función en forma exclusiva, ni en los horarios destinados a tal fin, infringiendo su deber funcional que como servidor público debió observar dada su calidad de Subgerente de Servicios de Salud del Instituto Seccional de Boyacá, calificando la conducta como típicamente antijurídica.

No es relevante –se resalta- para efectos de la aplicación de la ilicitud sustancial, que el daño haya sido resarcido como en el caso sujeto a análisis por la Aseguradora, solamente, que el disciplinado no haya cumplido con su deber y que su comportamiento típico y antijurídico no esté justificado en una de las siete situaciones que eliminan la antijuridicidad o la culpabilidad.

En ese orden de ideas, el análisis del ente de control basado en la sana crítica y en el acervo probatorio allegado al proceso, soportado en el artículo 5 del C.D.U no desborda la legalidad del acto sancionador, que independiza como ya se expuso, el incumplimiento del deber del daño ocasionado y resarcido, de contera, la ilegalidad por violación al debido proceso fundamentado en el análisis argumental examinado, no prosperará.

El segundo cargo fue nominado como **Falsa Motivación** pero contiene el mismo sustento cuestionable del anterior aserto, esto es, que el análisis de antijuridicidad debió hacerse a partir de las funciones, dado que el actor no era conductor, lo que corrobora la inexistencia de tipicidad y con mayor razón de

antijuridicidad.

Este argumento tiene relación con el concepto de ilicitud sustancial de la conducta que fue precisamente el análisis que se hizo precedentemente, lo cual releva a la Sala de un nuevo estudio, para reafirmar que no habrá prosperidad de los cargos, lo que conduce a negar las pretensiones tal y como se decidirá en la parte resolutive de este proveído.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A:

DECLÁRASE DE OFICIO LA EXCEPCIÓN DE INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA, EN CONSECUENCIA INHIBESE LA SALA para pronunciarse sobre el pliego de cargos de fecha 31 de julio de 2003, su notificación y el auto de ejecución de fecha 9 de agosto de 2005, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

DENIÉGUENSE las pretensiones de la demanda.

RECONÓCESE personería jurídica al doctor Leonardo Rodríguez Barrera como apoderado de la Procuraduría General de la Nación.

CÓPIESE, PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO

ALFONSO VARGAS RINCÓN