

ACCION DISCIPLINARIA - Poder preferente de la Procuraduría General de la Nación / CONTROL JURISDICCIONAL - Protección de las garantías básicas constitucionales

Esta Sección ha señalado reiteradamente que según el diseño Constitucional, la potestad disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, a quien se reconoce un poder preferente, que no excluye la facultad que tienen algunas entidades para ejercerla directamente, como en el presente caso, pero en ambos eventos es sometida al control judicial por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. No obstante, dicho control no se ejerce de cualquier modo, sino que está sujeto a limitaciones y restricciones que lo alejan de convertirse en una tercera instancia. Todo lo anterior implica que en sede judicial, el debate discurre en torno a la protección de las garantías básicas, como quiera que el proceso disciplinario mismo ha fracasado en esa tarea, es decir, al momento en que el trámite impreso a la actividad correccional resulta intolerable frente a los valores constitucionales más preciados, como el debido proceso, el derecho de defensa, la competencia del funcionario y de modo singular, si el decreto y la práctica de las pruebas se hizo atendiendo estrictamente las reglas señaladas en la Constitución y en la ley. De igual modo, se puede afirmar que no toda irregularidad dentro del proceso disciplinario genera por sí sola la nulidad de los actos a través de los cuales impone a un funcionario una sanción, pues lo que interesa en el fondo, y tal y como se advirtió al iniciar las consideraciones, es que no se haya incurrido en fallas que impliquen violación del derecho de defensa y del debido proceso. En otras palabras, sólo las irregularidades sustanciales o esenciales, que impliquen violación de garantías o derechos fundamentales, acarrearán la anulación de los actos sancionatorios.

DEBIDO PROCESO - Garantía constitucional instituida a favor de las partes / DERECHO DE DEFENSA - Debido proceso / IRREGULARIDAD PROCESO DISCIPLINARIO - Genera nulidad de los actos

Previamente a desarrollar los cargos planteados por el demandante, es pertinente afirmar que el debido proceso es una garantía constitucional instituida a favor de las partes y de aquellos terceros interesados en una determinada actuación administrativa o judicial consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política. Esta garantía consiste en que toda persona, natural o jurídica, debe ser juzgada conforme a las leyes preexistentes al caso que se examina, garantizándole principios como los de publicidad y contradicción y el derecho de defensa.

DESVIACION DE PODER - Finalidad / FALSA MOTIVACION - Se debe demostrar en el proceso

Previo a determinar si efectivamente la entidad demandada incurrió en desviación de poder y/o falsa motivación, es preciso indicar que la primera causal, es un vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, "bajo el entendido de que el fin perseguido es el previsto en la regulación jurídica aplicable al acto el cual debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; de manera que este vicio se puede identificar, cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la Administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse". En ese orden de ideas, cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, ya que se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión. Por su parte que cuando se refiere a los motivos, la administración no puede actuar

caprichosamente, sino que debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso la lleven a tomar una decisión, ya que son estas circunstancias, las que constituyen su causa o mejor, el motivo de dicho Acto Administrativo. Si se alega la causal de falsa motivación, el demandante debe demostrar en el proceso que las razones aducidas en el acto impugnado no existieron o que sencillamente son inexactos. Bajo dicho entendido, no es de recibo, entonces, lo manifestado por el actor al sostener que la Oficina de Control Disciplinario incurrió en falsedad al indicar que “la conducta del funcionario involucrado, señor Alberto Rey Moreno; Coordinador Académico encargado, generó inconsistencias en: PROGRAMACIÓN REPORTE DE LAS ACCIONES Y LA CERTIFICACIÓN, hecho que se concreta en el sentido de certificar el cumplimiento de una formación de acuerdo a la programación sin que esto coincidiera con lo reportado por el instructor y con la información de gestión de centro”, ya que además de encontrarse el citado párrafo en un acápite donde no se ha estudiado todo el caudal probatorio ni mucho se ha definido su situación particular, pues hace parte del “ANÁLISIS DEL CARGO Y DE LAS PRUEBAS RELACIONADAS CON EL MISMO”, lo cierto es que de acuerdo a las funciones del Coordinador Académico relacionadas en el acto enjuiciado, era su deber controlar la ejecución de las actividades planteadas en el diseño curricular y la programación establecida en cumplimiento de planes de formación. Es decir, se debió demostrar que la Oficina de Control Interno disciplinario del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, pasó por alto, incluso de manera amañada en aras a demostrar la desviación de poder, algún elemento de juicio relevante que lo librara de cualquier responsabilidad. Siendo así, no se puede invocar la existencia de desviación de poder y/o falsa motivación, máxime cuando el demandante, no aporta las pruebas necesarias que lleven al juzgador, a un pleno convencimiento de la ocurrencia de estas causales de anulación descritas por el artículo 84 del C.C.A. Es decir, no es suficiente mencionar el cargo, sino también, presentar las evidencias que tiendan a fundarlo.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Aplicación

El principio de favorabilidad sólo se puede ser invocado cuando exista i) sucesión de normas en el tiempo; ii) que las normas que se pretendan aplicar regulen el mismo caso; y, iii) que de aplicarse, una sea más beneficiosa que la otra.

PRESUNCION DE INOCENCIA - Definición / ACTUACION ADMINISTRATIVA - Debe demostrar la conducta disciplinable

La presunción de inocencia es uno de los principios que expresan el criterio de legitimidad de las actuaciones públicas que pueden ser administrativas como jurisdiccionales, el cual se aplica en todas las actuaciones que engloban el ámbito sancionador del Estado y por consiguiente también en materia disciplinaria. Por lo tanto, le corresponde al investigador, a través de las pruebas arrojadas, llegar al convencimiento de que la conducta desplegada transgredió, en este caso, la Ley 734 de 2002 y en consecuencia, la existencia de la responsabilidad disciplinaria correspondiente. Así las cosas, quien adelante la actuación disciplinaria deberá demostrar que la conducta de que se acusa a una persona i) es una conducta establecida como disciplinable; (ii) que la ocurrencia de dicha conducta se encuentra efectivamente probada y (iii) que la autoría y responsabilidad de ésta se encuentra en cabeza del sujeto pasivo de la acción disciplinaria. Sólo después de superados los tres momentos la presunción de inocencia queda desvirtuada, como expresión de las garantías mínimas dentro de un Estado Constitucional. En el sub-lite, se encuentra probado que mediante la Resolución No. 001729 de 23 de agosto de 2007, la Oficina de Control Disciplinario del Servicio Nacional de

Aprendizaje sancionó disciplinariamente al señor Rey Moreno por incurrir en una falta grave que, después de una valoración probatoria, encontró demostrada. De esta manera, sin entrar en el debate que sobre la responsabilidad disciplinaria se surtió en sede administrativa, es claro que el ente demandado no desconoció la presunción de inocencia, pues en la providencia sancionatoria explicó ampliamente las razones por las cuáles el actor debía ser sancionado, es más, dejó consignada la valoración probatoria que para el efecto llevó a cabo.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD - La actuación disciplinaria debe sujetarse a las normas que la regulan / ACTOS ADMINISTRATIVOS - Presunción de legalidad

Es propio sostener, respecto de este aspecto, que no cualquier defecto procesal está llamado a quebrantar la presunción de legalidad que ampara a los actos de la Administración, pues la actuación disciplinaria debe adelantarse con estricta sujeción a las normas que la regulan, las cuales están inspiradas en las garantías constitucionales básicas. En ese sentido, si de manera general los actos de la administración están dotados de la presunción de legalidad, esa presunción asume un carácter más valioso en el juicio disciplinario, en el cual el afectado participa de modo activo en la construcción de la decisión, mediante el ejercicio directo del control de la actividad de la administración, cuando ella se expresa en su fase represiva. Dicho en otras palabras, es propio de la actividad disciplinaria, que el control de las garantías sea la preocupación central del proceso disciplinario. Por ello, cuando el asunto se traslada y emerge el momento de control judicial en sede Contencioso Administrativa, no cualquier alegato puede plantearse, ni cualquier defecto menor puede deteriorar el fallo disciplinario.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

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

Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00271-00(2248-10)

Actor: ALBERTO REY MORENO

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL Y SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Decide la Sala en única instancia¹, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, interpuesta por el señor Alberto Rey Moreno contra la

¹ Mediante Auto del 26 de mayo de 2011, esta Corporación avocó el conocimiento del asunto en única instancia. (folios 265 a 271).

Nación – Ministerio de Protección Social – Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena.

LA DEMANDA

ALBERTO REY MORENO en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., solicitó que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 001729 de 23 de agosto de 2007, por la cual la Jefe (e) de la Oficina de Control Interno Disciplinario del Servicio Nacional de Aprendizaje, declaró disciplinariamente responsable al señor Alberto Rey Moreno, entre otros, e impuso la sanción consistente en la suspensión en el ejercicio del cargo, sin remuneración, por el término de un mes.
- Resolución No. 002772 de 22 de noviembre de 2007, suscrita por el Director General (e) del Servicio Nacional de Aprendizaje, que confirmó el anterior acto administrativo.
- Resolución No. 0036 de 17 de abril de 2008, expedida por el Subdirector del Centro de la Tecnología del Diseño y la Productividad Empresarial de Girardot del ente demandado, Regional Cundinamarca, la cual hizo efectiva la sanción disciplinaria al demandante.
- *“La totalidad del proceso No. 206-11/2005, por violación del debido proceso”*

En virtud de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la parte accionada a:

- Reintegrarlo al cargo que venía desempeñando para la fecha en que fue suspendido ó a otro de igual o mejor categoría, declarando que no ha existido interrupción de la relación laboral.
- Pagar los salarios y prestaciones que dejó de recibir como consecuencia de los actos cuestionados, desde la fecha en que se materialice la suspensión hasta la fecha de su reintegro.
- Dar aplicación a la sentencia en los términos del artículo 178 del C.C.A.
- Pagar el equivalente a 300 salarios mínimos por los perjuicios morales y materiales.
- Cancelar las costas procesales.

Como fundamento de la acción impetrada, expuso los siguientes hechos:

Por medio de los memorandos Nos. 021543 y 033268 de 14 de junio y 30 de agosto de 2005, respectivamente, la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Dirección General del Servicio Nacional de Aprendizaje inició indagación preliminar con el radicado No 206-11/2005, mediante Auto de 7 de octubre de 2005; lo anterior, por presentarse ciertas irregularidades en la ejecución de la programación mensual de comisiones de los instructores que se desplazaban al área rural, al parecer, por no ser coherentes según el registro mensual que realiza el instructor, las planillas de asistencia de alumnos y el reporte grupal de evaluaciones.

El 13 de febrero de 2006 se inició investigación disciplinaria en contra de los señores Mardoqueo Saavedra Guzmán, Jorge Augusto Zarate Adaime y Alberto Rey Moreno, este último se desempeñaba para la época de los hechos como Instructor, Grado 20 del Centro Multisectorial de Girardot. Dentro de las presuntas irregularidades se determinó que *“la conducta de los funcionarios involucrados generaron inconsistencias en: PROGRAMACIÓN, REPORTE DE ACCIONES Y LA CERTIFICACIÓN, hechos en los cuales se puede estar incurso en una falsedad certificar el cumplimiento de una formación de acuerdo a la programación sin que con esto coincidiera con lo reportado por el instructor y con la información de gestión de centro y alteración de las planillas con enmendaduras por parte del Coordinador Académico”*.

Luego de la versión libre que rindiera, el 11 de julio de 2006, y de recoger todas las pruebas que tuvo a bien considerar para la investigación, por medio del Auto de 18 de diciembre de 2006 se le formuló solamente el siguiente cargo:

“(...) El señor Alberto Rey Moreno (...) en el desempeño de las funciones de Coordinador Académico encargado en el Centro Multisectorial de Girardot Sena Regional Cundinamarca desde el 7 de mayo de 2003 al 21 de enero de 2004, omitió realizar las respectivas revisiones a las planillas de los instructores que se desempeñan en el área rural y se extralimitó en el ejercicio de sus funciones al certificar a satisfacción el cumplimiento de la formación con lo programado cuando difiere de lo reportado por el instructor (...)”

El 27 de marzo de 2007 se dispuso decretar parcialmente las pruebas solicitadas por el demandante, pues sólo se ordenó incorporar la Resolución No. 02234 de 2002 y el Acuerdo No. 025 de 1998, que regulan las funciones de los Coordinadores Académicos.

Una vez agotado todo el proceso, la Oficina de Control Disciplinario, emitió la Resolución No. 001729 de 23 de agosto de 2007, mediante la cual sancionó al señor Alberto Rey Moreno con suspensión en el ejercicio del cargo sin remuneración por un mes, por considerar, que *“la conducta del funcionario involucrado, señor Alberto Rey Moreno, Coordinador Académico encargado, generó inconsistencias en: PROGRAMACIÓN, REPORTE DE LAS ACCIONES Y LA CERTIFICACIÓN. Hecho que se concreta en el sentido de certificar el cumplido de una formación de acuerdo a la programación sin que esto coincidiera con lo reportado por el instructor y con la información de gestión de centro”*.

Finalmente, a través de la Resolución No. 2772 de 22 de noviembre de 2007 se surtió la segunda instancia, y allí, se confirmó la sanción en todas y cada una de sus partes.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 6, 13, 23, 29, 123 y 209.

Del Código Contencioso Administrativo, el artículo 84.

De la Ley 734 de 2002, los artículos 27, 73, 156 y 164.

El demandante consideró que los actos impugnados están viciados de nulidad, por los siguientes cargos:

i. Desviación de poder

El fallador disciplinario al proferir la Resolución No. 001729 de 23 de agosto de 2007, debió tener en cuenta los principios que estructuran el debido proceso, el cual obliga a que todas las actuaciones judiciales y administrativas se le aplique.

Al no tenerse en cuenta, durante la indagación preliminar y la respectiva investigación, las pruebas que aportó y al favorecer los intereses de la Subdirección del Centro Multisectorial del Servicio Nacional de Aprendizaje, se hace presente esta causal, pues no sólo es obligación de la Oficina de Control Disciplinario examinar lo desfavorable, sino también, lo favorable; es más, debe adoptar decisiones consecuentes con los hechos y el material probatorio que tiene en su poder, al punto que deberá determinar, en caso de que se demuestre que no ocurrió la falta, el archivo definitivo del proceso.

Sobre el particular adujo, que de diversas maneras el ente demandado les dio a conocer a todos los funcionarios la necesidad de racionalizar los gastos relacionados con los viáticos, sin embargo, un número importante de instructores, en el mes de marzo de 2005, reclamaron el pago de las comisiones ante la Dirección Regional, solicitud que fue despachada con una auditoria a fin de *“determinar si la programación de viáticos se viene haciendo observando los parámetros legales, los principios de austeridad y racionalidad del gasto público”*.

Producto de esta revisión, fue el descubrimiento de incoherencias entre la ejecución, representada en las planillas de reporte mensual del docente, con la asistencia de los alumnos. Por tal motivo, el Subdirector del Centro, suscribió el Memorando No. 21543 de 14 de junio de 2005, en el que puso en conocimiento a la Oficina de Control Interno, dichas irregularidades, la cual inició por su parte, indagación a 9 funcionarios, entre ellos al actor.

Al respecto consideró, esta es una retaliación de que fueron víctimas los funcionarios que firmaron la queja del 26 de abril de 2005, pues fueron estos mismos los que la entidad investigó y sancionó, sin que hubiese un soporte probatorio que determinara la responsabilidad de los hechos que puso en conocimiento el Subdirector del Centro, es decir, en su sentir, la Oficina de Control Disciplinario operó bajo los propósitos de este último funcionario.

ii. Falsa motivación.

En el fallo del 23 de agosto de 2007, la Oficina de Control Disciplinario, señaló:

“(...) es decir, la conducta del funcionario involucrado, señor Alberto Rey Moreno; Coordinador Académico encargado, generó inconsistencias en: PROGRAMACIÓN REPORTE DE LAS ACCIONES Y LA CERTIFICACIÓN, hecho que se concreta en el sentido de certificar el cumplimiento de una formación de acuerdo a la programación sin que esto coincidiera con lo reportado por el instructor y con la información de gestión de centro”.

A su parecer, con este señalamiento se le atribuyó una conducta compleja cuya realización no dependía de él, pues es una labor que depende de múltiples funcionarios. Es más, al momento en que se le reprochó haber firmado las planillas, se incurre en una afirmación falaz, la cual además de valerse del testimonio de un tercero, fue cuestionada en su oportunidad por la defensa.

Así mismo, se dejaron múltiples constancias en las que, su apoderado y el señor Leoncio Perdomo, dejaron por sentado que el Subdirector del Centro Multisectorial de Girardot, efectuó una muestra selectiva de 9 instructores para que se adelantara la investigación, los cuales correspondían al mismo sector, es decir, no se examinó a los pertenecientes a la industria, comercio y servicios.

iii. Favorabilidad.

Nuevamente en su apreciación, la Oficina de Control Interno Disciplinario, valoró las pruebas atendiendo criterios de algunos declarantes en torno al procedimiento correcto que se debía aplicar en la certificación de cursos y viáticos, y dejó así de lado, la evaluación de aquellos documentos y testimonios que demostraban la ausencia de responsabilidad, específicamente, las declaraciones de la señora María Mercedes Sarmiento y los de él.

iv. Presunción de inocencia.

Se violentó este principio desde el Auto de apertura de investigación, pues se le acusó como responsable de los hechos, dando por cierto, incluso, la información contenida en los Memorandos del 14 de junio y 30 de agosto de 2005, es decir, existió prejuzgamiento.

v. Principio de legalidad.

La adecuación de la falta la calificó como grave, en la modalidad de culposa, lo cual resulta incoherente si se tiene en cuenta que el ente demandado manifestó que él tenía conocimiento de la irregularidad de la conducta, así como los deberes y funciones, entre ellas las de verificar el cumplimiento de las comisiones y de los viáticos.

Ahora bien, al señalar como vulnerados los artículos 6, 123 y 209 de la Constitución, el Acuerdo 25 de 1998, la Resolución No. 0081 de 30 de enero de 2004, desbordan los parámetros de la tipicidad, ya que es imposible que un servidor público vulnere la totalidad de las citadas normas, es más, es deber de la administración destacar los fragmentos de la norma que se encuentra presuntamente violada aterrizándolo a la conducta específica, para garantizar de esta manera, el derecho a la defensa.

vi. Derecho a la igualdad.

Se le violentó este derecho, por cuanto se le brindó un trato diferente respecto de la investigación que se adelantó en contra del señor Mardoqueo Saavedra, siendo los mismos hechos, la misma argumentación y además, este último realizó una serie de aclaraciones determinantes que servían para decretar el archivo definitivo de su investigación.

En síntesis, mientras que el primero fue suspendido en el ejercicio de las funciones por el término de un mes sin remuneración alguna, el segundo, fue librado de cualquier responsabilidad por considerarse básicamente que *“el hecho de no ser el jefe inmediato de los instructores a los que debía certificar las comisiones de los viáticos, cuando luego se demostró y el mismo juez disciplinario asintió, que no era el coordinador académico el jefe inmediato de los instructores”*

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal, mediante escrito en el que se opuso a las pretensiones formuladas por el actor (folios 297 a 307):

Las decisiones adoptadas por la Jefe (e) de la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Dirección General, son legales y se encuentran ajustadas a

derecho, y como consecuencia de ello, no se le ha violentado el derecho a la defensa de actor, ni mucho menos, el debido proceso.

En efecto, pues para la toma de la decisión, la entidad tuvo en cuenta absolutamente todas las pruebas arrimadas al proceso disciplinario, como por ejemplo, los testimonios, las visitas practicadas, los descargos, los alegatos, entre otros.

En cuanto a la investigación disciplinaria, afirmó, que se adelantó por los hechos irregulares en los que incurrió el demandante en el Centro Multisectorial de Girardot, con las comisiones a los instructores que se desplazaban al área rural, desde que asumió la Coordinación Académica desde el año 2003 hasta el 21 de enero de 2004, en donde les certificó a estos *“de acuerdo a la programación cuando los instructores habían reportado diferentes acciones de formación profesional sin que se hubiera realizado las anotaciones u observaciones de las planillas de los instructores y en las respectivas certificaciones”*.

Bajo ese entendido, el señor Rey Moreno omitió el ejercicio de sus funciones, pues era su deber certificar a los instructores con lo realmente ejecutado en la formación profesional indicando las debidas observaciones en cuanto a la programación; por consiguiente, su conducta se constituyó en una falta disciplinaria grave realizada con culpa, debido a que obró negligentemente al firmar las certificaciones de cumplimiento, sin verificar lo plasmado en las planillas por los instructores y lo programado. De hecho, esta calificación fue establecida atendido el principio de la sana crítica, considerando aquél criterio normativo del que se vale el común de las personas *“en actitud prudente y objetiva, para emitir juicios de valor acerca de una cierta realidad”*.

Aunado a lo anterior consideró, que el disciplinado no ejerció una defensa adecuada, por cuanto no controvertió las pruebas allegadas en su contra, por medio de las cuales se demostró su responsabilidad.

Por otra parte, no se puede sostener que se violó el derecho a la igualdad, por el hecho de eximir de responsabilidad al señor Mardoqueo Saavedra, pues no son las mismas pruebas, ni son las mismas circunstancias de tiempo, modo, y lugar que permitan establecer que los hechos son idénticos.

Verificada toda la actuación disciplinaria, que dio origen a los actos cuestionados, advirtió, que el investigador trasladó *“a su decisión, el material probatorio tanto documental como testimonial”*, de igual modo, fueron valorados en forma integral lo favorable como lo desfavorable, *“lo cual no quiere decir que exista un juicio de legalidad sobre tales actos con suficiente contundencia como para desvirtuar sus presupuestos y que por ello sean objeto de declaratoria de nulidad”*

Tampoco se desconoció los procedimientos que protegen la presunción de inocencia, por el contrario, a través del proceso disciplinario, se puede demostrar la responsabilidad del señor Rey Moreno.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Vencido el término probatorio, tanto el demandante como la Entidad demandada presentaron alegatos de conclusión dentro del término que se les concedió para el efecto.

- El demandante (folios 358 a 387):

Reiteró los argumentos que expuso en el libelo introductorio de la demanda. Enfatizó, una vez citó apartes de las declaraciones rendidas dentro en este sumario, en que las actuaciones adelantadas dentro del proceso disciplinario fueron injustas y desconocieron la forma en que se estaba trabajando, pues *“limitaban los procedimientos que se venían realizando y que debía reportar al funcionario que venía haciendo esta labor, por lo cual era muy difícil incurrir en error o dejar de hacer las actuaciones como se venían realizando”*. De otro lado, él

no contaba con ninguna póliza que cubriera los gastos procesales de uno y otro sumario, es decir, del proceso disciplinario como del contenciosos administrativo.

- La entidad demandada (folios 344 a 356).

El proceso disciplinario que se adelantó en contra del actor estuvo precedido con absoluta sujeción al debido proceso, tan es así, que él tuvo la oportunidad de debatir las pruebas allegadas; por consiguiente, en su sentir, lo que se pretende con la presente demanda es constituirla en una tercera instancia que no se encuentra establecida dentro del derecho positivo.

Al respecto adujo que “las resoluciones que impusieron la sanción no está proferida de una forma irregular, por el cual se dio salvaguardando (sic) el debido proceso, la decisión fueron (sic) tomada por el funcionario competente y no existe prueba alguna que pueda inducir a que existió una indebida motivación, por el contrario se dio en cumplimiento de las normas disciplinarias y protegiendo los intereses de la entidad”.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación, rindió concepto mediante escrito en el que solicitó negar las pretensiones de la demanda (folios 388 a 393).

Dentro de los razonamientos utilizados en los fallos cuestionados para declarar la responsabilidad del actor, se probó que el enjuiciado incurrió en inconsistencias en la ejecución de la programación mensual desarrollada por los instructores, pues omitió realizar las revisiones de las planillas y certificó el cumplimiento de unas labores que no habían efectuado los mismos.

En cuanto a la presunta violación de los principios de legalidad y tipicidad, consideró la Agencia Fiscal, que no se encuentran vulnerados, por cuanto además de que el procedimiento adelantado está ajustado a la Constitución y a la Ley, al señor Rey Moreno se le indicaron de manera clara las normas que había transgredido con su conducta; sobre el particular anotó, que se demostró a través de diversos medios probatorios, la omisión de la revisión de las planillas de los instructores. En consecuencia, no se probó las supuestas irregularidades sustanciales que afectaban el debido proceso.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la controversia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que ahora ocupa la atención de la Sala consiste en determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos por el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, por medio de los cuales fue sancionado el señor Alberto Rey Moreno, con la suspensión en el ejercicio del cargo sin remuneración por el término de un mes.

A efectos de resolver la cuestión planteada, se hace necesario, dilucidar los siguientes aspectos: i) Alcance de la competencia de esta Sala en materia del control al ejercicio de la potestad disciplinaria; ii) la conducta disciplinaria; iii) lo probado en el proceso; y, iv) del caso en concreto.

- i. De la función constitucional, atribuida a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, relativa al control judicial de la potestad disciplinaria.

Esta Sección ha señalado reiteradamente que según el diseño Constitucional, la potestad disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, a quien se reconoce un poder preferente, que no excluye la facultad que tienen algunas entidades para ejercerla directamente, como en el presente caso, pero en ambos eventos es sometida al control judicial por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. No obstante, dicho control no se ejerce de cualquier modo, sino que está sujeto a limitaciones y restricciones que lo alejan de convertirse en una tercera instancia. Al respecto, resulta pertinente reiterar lo que expresó la Sala en el fallo de 3 de septiembre de 2009² en la cual consideró:

*“De esta manera la posibilidad de demandar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa las providencias que culminan el proceso disciplinario, **no implica trasladar, de cualquier manera, a la sede contenciosa administrativa el mismo debate agotado ante las autoridades disciplinarias. 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, además del principio de la doble instancia, como una de las garantías más importantes para ser ejercidas en el interior del proceso.*

*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.***

Decantado que el juzgamiento de los actos de la administración, no puede sustituir de cualquier manera el poder preferente de la Procuraduría General de la Nación, es menester añadir que ello tampoco implica la intangibilidad de los actos de juzgamiento disciplinario, pues ellos están sometidos a la jurisdicción.

(...)

*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 hace 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 (...) **no puede ser el reclamo para que se haga una nueva lectura de la prueba que pretenda hacer más aguda***

² Consejo de Estado, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Expediente No. 11001032500020050011300. No. Interno: 4980-2005. Actor Diego Luis Noguera Rodríguez contra la Nación – Procuraduría General de la Nación.

y de mayor alcance, pues esa tarea corresponde a las instancias previstas en el C.D.U.” (Negrillas de la Sala).

Todo lo anterior implica que en sede judicial, el debate discurre en torno a la protección de las garantías básicas, como quiera que el proceso disciplinario mismo ha fracasado en esa tarea, es decir, al momento en que el trámite impreso a la actividad correccional resulta intolerable frente a los valores constitucionales más preciados, como el debido proceso, el derecho de defensa, la competencia del funcionario y de modo singular, si el decreto y la práctica de las pruebas se hizo atendiendo estrictamente las reglas señaladas en la Constitución y en la ley.

A pesar de lo dicho, no cualquier defecto procesal está llamado a quebrantar la presunción de legalidad que ampara a los actos de la Administración, pues la actuación disciplinaria debe adelantarse con estricta sujeción a las normas que la regulan, las cuales están inspiradas en las garantías constitucionales básicas.

En ese sentido, si de manera general los actos de la administración están dotados de la presunción de legalidad, esa presunción asume un carácter más valioso en el juicio disciplinario, en el cual el afectado participa de modo activo en la construcción de la decisión, mediante el ejercicio directo del control de la actividad de la administración, cuando ella se expresa en su fase represiva. Dicho en breve, es propio de la actividad disciplinaria, que el control de las garantías sea la preocupación central del proceso correccional. Por ello, cuando el asunto se traslada y emerge el momento del control judicial en sede Contencioso Administrativa, no cualquier alegato puede plantearse, ni cualquier defecto menor puede erosionar el fallo disciplinario.

ii. La conducta disciplinaria.

La Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario del Servicio Nacional de Aprendizaje; SENA, mediante Auto de 18 de diciembre de 2006³, le formuló el siguiente cargo al señor Alberto Rey Moreno:

“CARGO ÚNICO:

³ Visible a folios 278 a 324, cuaderno 8.

El señor Alberto Rey Moreno, identificado con la cédula de ciudadanía número 3.223.873 expedida en Usaquén en el desempeño de las funciones de Coordinador Académico encargado en el Centro Multisectorial de Girardot del Sena Regional Cundinamarca desde el 7 de mayo de 2003 al 21 de enero de 2004, omitió realizar las respectivas revisiones a las planillas de los instructores que se desempeñan en el área rural y se extralimitó en el ejercicio de sus funciones al certificar a satisfacción el cumplimiento de la formación con lo programado cuando difiere de lo reportado por el instructor”

iii. De lo probado en el proceso.

- El 7 de febrero de 2005, el actor en compañía de otros funcionarios, solicitaron conocer “sobre qué bases se actuó para la eliminación sistemático (sic) de VIÁTICOS PERMANENTES de los Instructores del Programa Rural” (folios 8 a 10, cuaderno 8).
- El 7 de marzo de 2005, el señor Rey Moreno pidió revisar las comisiones de trabajo efectuadas, y como consecuencia de ello, solicitó que le fueran cancelados los días de viáticos desde la conformación de la Regional Cundinamarca (folio 11, cuaderno 8).
- El 26 de abril de 2005, algunos instructores del Programa Móvil Rural del Centro Multisectorial de Girardot, entre ellos el actor, pusieron en conocimiento del Director Regional de Cundinamarca, algunos de los inconvenientes que tenían con el señor Cesar Augusto Hernández Rodríguez. Al respecto sostuvieron (folios 14 a 17, cuaderno 8):

“1. El día 27 de febrero de 2005 en reunión con Instructores de Planta del Programa Rural llevado a cabo en la Sala de Instructores del C. M. Girardot, el Doctor Hernández nos acusó de manipular a la comunidad y de impartir la información errónea a las comunidades respecto de la continuación y duración de los Cursos programados por el Centro y que en su momento estaban en desarrollo.

(...)

3. De igual manera, el día veintidós de abril, citó algunos instructores Contratistas, con o sin contrato vigente, para volver a insistir en la

campaña de desprestigio hacía el Programa Rural y los Instructores de planta que nos desempeñamos en el. Esta vez refiriéndose de manera desobligante sobre nosotros haciendo aseveraciones temerarias.

(...)

4. Todas las anteriores acciones, además de estar prohibidas en el nuevo Código Único Disciplinario en Capítulo 3, Artículo 35, Numerales 2 y 23, pueden degenerar en conflictos entre instructores, situaciones que a toda costa nosotros hemos evitado por respeto a los Alumnos y a nuestra Institución que no se merecen lo que está sucediendo pero que de todas maneras lleva a un deterioro progresivo de las relaciones laborales y de un ambiente de trabajo idóneo.

5. El continuo ataque a la imagen y la labor de la Coordinación Académica del Programa Rural es desobligante toda vez que los Instructores Contratistas han usurpado las funciones propias de esta, hechos que hemos sabido directamente por los alumnos de los diferentes Municipios por donde estos “supervisores” han indagado sobre las acciones y el desarrollo del Programa Rural. Esto es desconocer el bagaje, experiencia y conocimiento de la labor y de los resultados que los largo de estos años el Programa Rural ha entregado al Centro Multisectorial de Girardot.

6. Por otro lado, desconociendo el trabajo y la investigación que desde hace años Instructores de este Centro han realizado sobre Nutrición Animal Sostenible, el Subdirector, delegó al compañero Instructor Contratista Ricardo Suárez para que recibiera la capacitación en el manejo del aula itinerante agropecuaria cuando este (sic) no tenía contrato vigente con el SENA en la fecha de dicha capacitación, sin tener en cuenta los Instructores de Planta que manejan esta área y que vienen desarrollando proyectos de esta índole en algunos Municipios del área de Influencia del Centro Multisectorial de Girardot”.

- El 25 de mayo de 2005 el Presidente del Sindicato de Empleados Públicos del SENA, coadyuvó las denuncias realizadas por “funcionarios públicos del Centro Multisectorial de Girardot del SENA” (folios 18 a 21, cuaderno 8).
- Por medio de la Resolución No. 001729 de 23 de agosto de 2007, la Jefe (e) de la Oficina de Control Disciplinario de la Dirección General del Servicio Nacional de Aprendizaje; SENA, profirió el fallo de primera instancia en el proceso disciplinario No. 206-11/2005, declarando disciplinariamente responsable al señor Alberto Rey Moreno e imponiéndole una sanción consistente en la suspensión en el ejercicio del cargo sin remuneración por

el término de un mes (folios 70 a 133). Del citado acto fue notificado el 3 de septiembre del mismo año (folios 134 y 135).

- Mediante Resolución No 002772 de 22 de noviembre de 2007, el Director General (e) del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, dictó fallo de segunda instancia en el proceso disciplinario radicado con el No. 206-11/2005, confirmando en todas y cada una de sus partes la anterior resolución (folios 136 a 161).
- A través de la Resolución No. 0036 de 17 de abril de 2008, el Subdirector del Centro de Tecnología del Diseño y la Productividad Empresarial de Girardot de la Regional Cundinamarca del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, hizo efectiva la sanción disciplinaria al demandante, dentro del proceso No. 206-11/2005, la cual tiene que ver con la suspensión en el ejercicio del cargo sin remuneración por el término de un mes (folios 164 y 164A). De dicho acto se notificó personalmente el 17 de abril del mismo año (folio 165).
- El 25 de marzo de 2008, la misma autoridad administrativa, certificó que el señor Alberto Rey Moreno labora en el Centro de Tecnología del Diseño y la Productividad Empresarial de Girardot, desde el 23 de julio de 1979, desempeñando el cargo de Instructor T.C. Grado 20 en el área de Especies Menores, así mismo indicó, que estuvo como Coordinador Académico (e) desde el 7 de mayo de 2003 hasta el 21 de enero de 2004 (folio 3, cuaderno 8).
- El 9 de julio de 2009, el Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario del ente demandado, certificó que las 2405 copias (cuadernos 1 a 5) anexas al plenario, corresponden al proceso disciplinario No. 206-11/2005 (folios 1, cuaderno 1).
- A folios 22 a 71, cuaderno 8, se observa *“LA VERIFICACIÓN DE PROGRAMACIÓN DE INSTRUCTORES DE PLANTA V.S. CERTIFICACIÓN V.S. REPORTE DEL DOCENTE”*.

iv. Del caso en concreto.

Previamente a desarrollar los cargos planteados por el demandante, es pertinente afirmar que el debido proceso es una garantía constitucional instituida a favor de las partes y de aquellos terceros interesados en una determinada actuación administrativa o judicial consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política. Esta garantía consiste en que toda persona, natural o jurídica, debe ser juzgada conforme a las leyes preexistentes al caso que se examina, garantizándole principios como los de publicidad y contradicción y el derecho de defensa.

De igual modo, se puede afirmar que no toda irregularidad dentro del proceso disciplinario genera por si sola la nulidad de los actos a través de los cuales impone a un funcionario una sanción, pues lo que interesa en el fondo, y tal y como se advirtió al iniciar las consideraciones, es que no se haya incurrido en fallas que impliquen violación del derecho de defensa y del debido proceso. En otras palabras, sólo las irregularidades sustanciales o esenciales, que impliquen violación de garantías o derechos fundamentales, acarrearán la anulación de los actos sancionatorios.

Por consiguiente, es necesario examinar si dentro del proceso disciplinario que se le adelantó al señor Alberto Rey Moreno existieron irregularidades de tal magnitud que hubieran configurado una violación de ciertos derechos fundamentales que lo hicieran nulo.

Básicamente el actor fundamenta la violación al debido proceso en los siguientes cargos, que la Sala examinará a continuación:

- a. Desviación de poder y falsa motivación.
- b. Favorabilidad.
- c. Presunción de inocencia.
- d. Principio de legalidad.
- e. Derecho a la igualdad.

Desviación de poder y falsa motivación.

El demandante hizo referencia a tres eventos en particular, el primero, que es deber de la Oficina de Control Disciplinario examinar tanto lo desfavorable, como lo favorable; el segundo, que el señalamiento que se le realizó en el fallo del 23 de agosto de 2007, al aseverar que él firmó las planillas, no sólo es una afirmación falaz, sino que también, se le atribuyó una conducta compleja cuya realización no dependía de él; y por último, que el proceso disciplinario se llevó a cabo como consecuencia de una retaliación por presentar una queja contra el Subdirector del Centro Multisectorial de Girardot, Cesar Augusto Hernández Rodríguez; ante el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, el 26 de abril de 2005.

No obstante, previo a determinar si efectivamente la entidad demandada incurrió en desviación de poder y/o falsa motivación, es preciso indicar que la primera causal, es un vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, *“bajo el entendido de que el fin perseguido es el previsto en la regulación jurídica aplicable al acto el cual debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; de manera que este vicio se puede identificar, cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la Administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse”*⁴.

En ese orden de ideas, cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, ya que se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, Radicado No. 15001-23-31-000-2001-00354-01, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Por su parte que cuando se refiere a los motivos, la administración no puede actuar caprichosamente, sino que debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso la lleven a tomar una decisión, ya que son estas circunstancias, las que constituyen su causa o mejor, el motivo de dicho Acto Administrativo. Si se alega la causal de falsa motivación, el demandante debe demostrar en el proceso que las razones aducidas en el acto impugnado no existieron o que sencillamente son inexactos.

Aterrizando al caso en concreto, observamos que fueron múltiples las pruebas que se tuvieron en cuenta al momento de calificar la falta disciplinaria, basta con mirar con detenimiento las Resoluciones Nos. 001729 y 002772 de 23 de agosto y 22 de noviembre de 2007, respectivamente, para llegar a tal conclusión.

En efecto, las pruebas recaudadas tanto en la etapa procesal previa a la formulación del cargo, como las practicadas con posterioridad a la rendición de los descargos, fueron las que el ente demandado apreció de una manera conjunta para determinar el grado de responsabilidad del señor Alberto Rey Moreno, sin embargo, y como es natural, hay pruebas que son más relevantes que otras, a tal punto que, pueden llegar a ocupar el convencimiento del funcionario que tiene a cargo el proceso disciplinario, de suerte que le permite aplicar o no, la sanción correspondiente de acuerdo con la conducta endilgada.

De hecho, al momento que se valoraron las pruebas se determinó que, efectivamente, se presentaron irregularidades en la programación de los instructores del Centro Multisectorial de Girardot, la cual si bien es cierto el actor no tenía incidencia directa, pues no se evidencia la firma de él dentro de las planillas de programación⁵, ni dentro de las certificaciones⁶ ó en los reportes de los docentes⁷, también lo es que, era deber del señor Rey Moreno quien fungía como Coordinador Académico (e) desde el 7 de mayo de 2003 hasta el 21 de enero de 2004, controlar la programación y consolidar la información, de manera que se hubiesen evitado las inconsistencias encontradas y que fueron reveladas en el

⁵ Véase folios 1386 a 1410, cuaderno 3

⁶ Véase folios 1420 a 1425, cuaderno 3. Se deja constancia que no aparece las certificaciones de julio a diciembre de 2003.

⁷ Véase cuadernos 4 y 5.

Informe de Auditoria que realizó la Oficina de Control Interno, del cual se puede destacar lo siguiente:

(...)

- Se evidenció mediante algunas planillas de Certificación de cumplimiento a satisfacción de los días viaticados y gastos de manutención, este último concepto sin estar previamente programado.

- Se apreció concentración de acciones de formación en determinados municipios en detrimento de la atención a otras zonas, igualmente importantes dentro de la zona de influencia centro.

- Es importante señalar que en los reportes mensuales de Docente y en la Planilla de Asistencia de Alumnos y Reporte Grupal de Evaluaciones- Informe mensual del docente, se observó tachaduras, enmendaduras, y alteraciones dentro del mismo documento caso en el cual no existe calidad, en fechas, horas clase, número de orden de la acción, horas aplicadas a la formación entre otros.

(...)

- De otra parte se evidenció que algunos cursos atendidos mediante la programación de acciones de formación con viáticos, gastos de manutención y/o transporte se iniciaron desde el año 2002 y hasta la fecha de auditoria (mayo de 2005), no aparecen reportadas en la aplicación Gestión Académica de Centros todas las calificaciones de los Módulos que debieron ser ejecutados durante ese periodo. (...)

Bajo dicho entendido, no es de recibo, entonces, lo manifestado por el actor al sostener que la Oficina de Control Disciplinario incurrió en falsedad al indicar que *“la conducta del funcionario involucrado, señor Alberto Rey Moreno; Coordinador Académico encargado, generó inconsistencias en: PROGRAMACIÓN REPORTE DE LAS ACCIONES Y LA CERTIFICACIÓN, hecho que se concreta en el sentido de certificar el cumplimiento de una formación de acuerdo a la programación sin que esto coincidiera con lo reportado por el instructor y con la información de gestión de centro”,* ya que además de encontrarse el citado párrafo en un acápite donde no se ha estudiado todo el caudal probatorio ni mucho se ha definido su situación particular, pues hace parte del *“ANÁLISIS DEL CARGO Y DE LAS PRUEBAS RELACIONADAS CON EL MISMO”*, lo cierto es que de acuerdo a las funciones del Coordinador Académico relacionadas en el acto enjuiciado, era su deber controlar la ejecución de las actividades planteadas en el diseño curricular y la programación establecida en cumplimiento de planes de formación.

Por consiguiente, no era una función que dependiera de más funcionarios, tal y como afirma el demandante, pues al ostentar el cargo de Coordinador Académico, estaba en la obligación de certificar lo que en realidad los instructores habían laborado, caso contrario, recaería en una omisión, la cual desde el punto de vista disciplinario, es cuestionable.

Ahora bien, lo que debió alegar el demandante, fue la conveniencia de una prueba en particular que determinara la toma de la decisión, ó en su defecto, la inobservancia de un medio probatorio de tal importancia que sirviera como para debatir la supuesta culpabilidad del disciplinado.

Es decir, se debió demostrar que la Oficina de Control Interno disciplinario del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, pasó por alto, incluso de manera amañada en aras a demostrar la desviación de poder, algún elemento de juicio relevante que lo librara de cualquier responsabilidad.

De otro lado, en cuanto a la aparente represalia que fue objeto el señor Rey Moreno por parte del ente demandado por presentar una queja ante el Subdirector del Centro Multisectorial de Girardot, es preciso afirmar, que la Sala no encuentra ningún fundamento razonado que conlleve a demostrar el nexo causal entre éste y el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario como para creer que existe una retaliación, ó incluso, una conspiración en contra del actor.

Dicho de otro modo, si bien es cierto se realizaron algunas peticiones tendientes al reconocimiento de ciertos viáticos y además, evidentemente existió una queja por parte de varios funcionarios en contra del Subdirector, no lo es menos que, no hay una prueba contundente que demuestre que por estas razones se haya dado inicio a la investigación disciplinaria, ni mucho menos se probó, que estos hubiesen sido los móviles por los cuales fue sancionado.

Siendo así, no se puede invocar la existencia de desviación de poder⁸ y/o falsa motivación, máxime cuando el demandante, no aporta las pruebas necesarias que lleven al juzgador, a un pleno convencimiento de la ocurrencia de estas causales de anulación descritas por el artículo 84 del C.C.A. Es decir, no es suficiente mencionar el cargo, sino también, presentar las evidencias que tiendan a fundarlo.

Bajo estos presupuestos, no está llamado a prosperar el argumento del demandante según el cual el proceso disciplinario estuvo viciado por este tipo de causales.

Principio de favorabilidad.

Consideró el actor, que este principio se violó, al momento en que la Oficina de Control Interno Disciplinario valoró las pruebas atendiendo criterios de algunos declarantes en torno al procedimiento correcto que se debía aplicar en la certificación de cursos y viáticos, y dejó de lado, la evaluación de aquellos documentos y testimonios que demostraban la ausencia de responsabilidad, específicamente, las declaraciones de la señora María Mercedes Sarmiento y los de él.

No obstante dicho principio sólo se puede ser invocado cuando exista i) sucesión de normas en el tiempo; ii) que las normas que se pretendan aplicar regulen el mismo caso; y, iii) que de aplicarse, una sea más beneficiosa que la otra. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia de 12 marzo de 2002 ha considerado que⁹:

⁸ RODRÍGUEZ R. Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, Editorial Temis Pág. 215 *“si una autoridad dicta un acto utilizando una competencia que la ley le ha otorgado pero persiguiendo una finalidad extraña al interés general ese acto sería ilegal por desviación de poder. Ahora bien el legislador puede haber previsto, ya sea expresa o tácticamente, una finalidad particular para el ejercicio de una competencia, caso en el cual si el funcionario busca otra finalidad, así sea esta última de interés general, el acto será ilegal”.*

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 12 de marzo de 2002, M. P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

“Para efectuar la aplicación favorable de la norma y dar entidad al principio mismo se recurre generalmente a dos vías: la de la retroactividad de la ley, fenómeno en virtud del cual la norma nacida con posterioridad a los hechos regula sus consecuencias jurídicas como si hubiese existido en su momento; y la de la ultraactividad de la norma, que actúa cuando la ley favorable es derogada por una más severa, pero la primera proyecta sus efectos con posterioridad a su desaparición respecto de hechos acaecidos durante su vigencia.

En ese sentido, advierte la Sala que es deficiente la argumentación del actor pues no precisó, en qué eventos se le aplicó una u otra Ley, o cuál cuerpo normativo le resultaba más favorable; teniendo en cuenta que, de acuerdo con este principio, se debe aplicar la Ley que le sea más favorable, así sea proferida con posterioridad a la comisión de los hechos.¹⁰.

Pero si lo anterior no fuese suficiente, es claro que por sustracción de materia este cargo no tiene vocación de prosperar, pues de acuerdo con el acápite anterior, quedó demostrado que el ente demandado evaluó todas las pruebas dentro de la sana crítica, es más, al analizar los argumentos expuestos por el actor, la Oficina de Control Interno Disciplinario determinó que era deber de él, actuando como Coordinador Académico, no sólo seguir con las gestiones que se venían adelantando, sino también, realizar las respectivas observaciones en los cambios de programación y que al certificar fuera conforme a lo que realmente hubiese ejecutado el instructor.

Presunción de inocencia.

Alega el actor que se violentó este principio desde el Auto de apertura de investigación, pues desde ahí se le acusó como responsable de los hechos.

¹⁰ En lo que tiene que ver con la operancia del principio de favorabilidad en materia disciplinaria, la Corte Constitucional en sentencia T-530 de 2009 consideró que *“aún cuando el artículo 29 de la Constitución se refiere a la aplicación del principio en “materia penal”, ello “(...) no impide que el legislador lo extienda a otros ámbitos del derecho sancionador, como el disciplinario. Tampoco conduce a que el juez deba interpretar restrictivamente esta garantía, que tiene pleno sentido y especial relevancia dentro de un estado social de derecho en otros contextos punitivos diferentes al penal.”*

Sobre el particular, es preciso indicar que la presunción de inocencia es uno de los principios que expresan el criterio de legitimidad de las actuaciones públicas que pueden ser administrativas como jurisdiccionales, el cual se aplica en todas las actuaciones que engloban el ámbito sancionador del Estado y por consiguiente también en materia disciplinaria¹¹. Por lo tanto, le corresponde al investigador, a través de las pruebas arrimadas, llegar al convencimiento de que la conducta desplegada transgredió, en este caso, la Ley 734 de 2002 y en consecuencia, la existencia de la responsabilidad disciplinaria correspondiente.

Así las cosas, quien adelante la actuación disciplinaria deberá demostrar que la conducta de que se acusa a una persona i) es una conducta establecida como disciplinable; (ii) que la ocurrencia de dicha conducta se encuentra efectivamente probada y (iii) que la autoría y responsabilidad de ésta se encuentra en cabeza del sujeto pasivo de la acción disciplinaria. Sólo después de superados los tres momentos la presunción de inocencia queda desvirtuada, como expresión de las garantías mínimas dentro de un Estado Constitucional¹².

En el *sub-lite*, se encuentra probado que mediante la Resolución No. 001729 de 23 de agosto de 2007, la Oficina de Control Disciplinario del Servicio Nacional de Aprendizaje sancionó disciplinariamente al señor Rey Moreno por incurrir en una falta grave que, después de una valoración probatoria, encontró demostrada. De esta manera, sin entrar en el debate que sobre la responsabilidad disciplinaria se surtió en sede administrativa, es claro que el ente demandado no desconoció la

¹¹ Así lo ha considerado la Corte constitucional entre otras providencias, en la sentencia T-969 de 2009.

¹² En la sentencia (T-969 de 2009) la Corte Constitucional precisó que *“Dicho principio es una garantía constitucional frente al poder punitivo. Sin embargo admite grados de rigor en su aplicación, pues si bien es cierto rige todo el ámbito sancionador, también lo es que dicho ámbito está compuesto por escenarios diferentes que implican grados diferenciales de aplicación del principio, en relación con tres criterios básicos: (i) el bien jurídico que pretende ampararse por medio del ámbito específico de sanción, (ii) el sujeto pasivo de dicho poder punitivo y ligado a esto, (iii) la sanción a que da lugar la responsabilidad. Esto es así, porque ningún principio es absoluto, de modo que su aplicación en un caso concreto admite la ponderación de los elementos que componen el ámbito de su aplicación. De esta forma, no supone el mismo grado de rigor en la aplicación del principio de presunción de inocencia, el ámbito penal que el disciplinario, aunque deba ser tenido en cuenta en los dos, pues los bienes tutelados por el primero, son de mayor relevancia social que los del segundo y por consiguiente la sanción y los derechos afectados por ella, son también de mayor importancia, imponiendo sobre el citado principio una mayor exigencia en su aplicación concreta. Esto es lo que significa que los principios del derecho penal aplican en el disciplinario mutatus mutandi”*.

presunción de inocencia, pues en la providencia sancionatoria explicó ampliamente las razones por las cuáles el actor debía ser sancionado, es más, dejó consignada la valoración probatoria que para el efecto llevó a cabo.

Por otra parte, la Sala tampoco encuentra alguna prueba que indique, que la Oficina encargada de adelantar la investigación, haya obrado de manera parcializada, todo lo contrario, se evidencia continuamente, a lo largo del proceso, que se analizaron los argumentos expuestos por el señor Alberto Rey Moreno los cuales sirvieron, incluso, para determinar el grado de responsabilidad.

Principio de legalidad.

Es propio sostener, respecto de este aspecto, que no cualquier defecto procesal está llamado a quebrantar la presunción de legalidad que ampara a los actos de la Administración, pues la actuación disciplinaria debe adelantarse con estricta sujeción a las normas que la regulan, las cuales están inspiradas en las garantías constitucionales básicas.

En ese sentido, si de manera general los actos de la administración están dotados de la presunción de legalidad, esa presunción asume un carácter más valioso en el juicio disciplinario, en el cual el afectado participa de modo activo en la construcción de la decisión, mediante el ejercicio directo del control de la actividad de la administración, cuando ella se expresa en su fase represiva. Dicho en otras palabras, es propio de la actividad disciplinaria, que el control de las garantías sea la preocupación central del proceso disciplinario. Por ello, cuando el asunto se traslada y emerge el momento de control judicial en sede Contencioso Administrativa, no cualquier alegato puede plantearse, ni cualquier defecto menor puede deteriorar el fallo disciplinario.

Al respecto, enuncia el actor que el ente demandado manifestó que él tenía conocimiento de la irregularidad de la conducta, así como los deberes y funciones, entre ellas, las de verificar el cumplimiento de las comisiones y de los viáticos, y además, que es imposible que un servidor público vulnere los artículos 6, 123 y

209 de la Constitución, el Acuerdo 25 de 1998, la Resolución No. 0081 de 30 de enero de 2004.

Nótese cómo, el señor Rey Moreno lo que pretende es reabrir el debate que sobre su responsabilidad disciplinaria se surtió en sede administrativa, lo cual tal y como se advirtió anteriormente, no resulta posible en este caso, en la medida en que el control judicial que se efectúa al ejercicio de la potestad disciplinaria, de ninguna manera puede asimilarse a una tercera instancia, ni constituye tal.

Empero, sea la oportunidad para señalar que aun así, pese al esfuerzo argumentativo, no se logró desvirtuar la legalidad de los actos cuestionados, pues se debe tener presente que la entidad enjuiciada indicó de manera clara las normas¹³ que violó al momento en que omitió, en el ejercicio de sus funciones

¹³ Constitución Política.

“ARTICULO 6º. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

Acuerdo 25 de 1998.

“(...)

Orientar y asesorar la gestión de formación y el desarrollo de las acciones de formación profesional integral, mediante la planeación, organización, programación, ejecución, control y evaluación de los procesos correspondientes”

Resolución No. 0081 de 30 de enero de 2004.

“(...)

como Coordinador Académico, certificar a los instructores con las debidas observaciones en cuanto a la programación.

Derecho a la igualdad.

Sobre el particular, estima el actor, que se le violentó este derecho, al momento en que se le brindó un trato diferente respecto de la investigación que se adelantó en contra del señor Mardoqueo Saavedra.

Sin embargo, al estudiar todo el caudal probatorio, no se evidencia el proceso por el cual fue presuntamente absuelto de responsabilidad el citado señor, de manera que le permita a la Sala establecer si en realidad se tratan de las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar como para concluir que efectivamente se le brindó un trato discriminatorio al demandante.

Así las cosas, al no configurarse los cargos formulados por el demandante y mantenerse incólume la presunción de legalidad de las decisiones disciplinarias, la Sala denegará las pretensiones de la demanda.

DECISIÓN

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,

FALLA

22. ... orientar y asesorar la gestión docente y el desarrollo de las acciones de formación profesional integral mediante la planeación, organización, programación, ejecución, control y evaluación de los procesos correspondientes"

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda instaurada el señor Alberto Rey Moreno contra la Nación – Ministerio de Protección Social – Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, por la cual pretendía la nulidad de las Resoluciones Nos. 001729 de 23 de agosto de 2007, 002772 de 22 de noviembre de 2007 y 0036 de 17 de abril de 2008, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y UNA VEZ EN FIRME ESTE PROVEÍDO, ARCHÍVENSE LAS PRESENTES DILIGENCIAS. CÚMPLASE.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA