

DERECHO DISCIPLINARIO – Finalidad / PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION – Poder preferente acción disciplinaria / ACCION DISCIPLINARIA EJERCIDA POR LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION – Naturaleza administrativa / ACTOS PROFERIDOS POR LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION – Control de legalidad y constitucionalidad / ACTOS PROFERIDOS DENTRO DEL PROCESO DISCIPLINARIO – No es sentencia

El derecho disciplinario comprende el conjunto de normas sustanciales y procesales, que tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes desempeñan funciones públicas, con el objeto de asegurar el cumplimiento de los deberes propios del cargo. De acuerdo con lo establecido en la Constitución Política y la ley, la Procuraduría General de la Nación tiene la titularidad de la acción disciplinaria y goza de un poder preferente respecto a la potestad atribuida a algunas entidades. En consecuencia, este órgano de control está facultado para adelantar las investigaciones correspondientes e imponer sanciones a los funcionarios públicos que infrinjan la Constitución, la ley o los reglamentos, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

PROCESO DISCIPLINARIO – Inhabilidad para contratar / MIEMBRO JUNTA DIRECTIVA – No puede contratar / PRESENTACION DE RENUNCIA – NO habilita contratar / DEBIDO PROCESO – No vulnerado /

Se encuentra demostrado que el señor Juan Ramiro Londoño Mejía, ostentaba la calidad de miembro de la Junta Directiva de las Empresas Varias de Medellín y presentó renuncia a su cargo el día 25 de junio de 1998, la cual fue aceptada por el alcalde de la ciudad el día 4 de septiembre de 1998. Es decir, se encuentra probado que el señor Enrique de Jesús Valencia Montoya, en representación de Empresas Varias de Medellín, celebró orden de servicios No. 182 de 1998, con la sociedad Parceladora Santa Clara, representada legalmente por el señor Juan Ramiro Londoño Mejía, miembro de la Junta Directiva de la misma empresa y quien se encontraba inhabilitado, pues para el 26 de junio de 1998, fecha de celebración de la orden de servicios aún no se le había aceptado la renuncia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00710-00(2701-11)

Actor: ENRIQUE DE JESUS VALENCIA MONTOYA

Demandado: NACION - PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES

Llegado el momento de decidir y no observando causal de nulidad que invalide la actuación, procede la Sala a dictar sentencia, previos los siguientes:

ANTECEDENTES

Enrique Valencia Montoya por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demanda de esta Corporación la nulidad de la Resolución 0016 de 9 de octubre de 2000 expedida por la Procuradora Provincial del Valle de Aburrá y la sentencia (sic) de segunda instancia proferida por la Procuraduría 117 de Medellín, de fecha 15 de mayo de 2003, actos administrativos mediante los cuales sancionó al actor con suspensión en el ejercicio de sus funciones e inhabilidad, por el término de sesenta (60) días.

A título de restablecimiento del derecho solicita se condene a la entidad demandada a pagarle la suma de cuatro millones novecientos cuarenta y cuatro mil pesos (\$4.944.000) por perjuicios materiales y mil (1.000) gramos oro por perjuicios morales, así como la actualización de dichas sumas y que se ordene a la entidad demandada, al pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones, relata los siguientes:

Fue vinculado a la EMP -Empresas Varias de Medellín-, en el cargo de Gerente Financiero desde el 2 de febrero de 1998, en el cual ostentaba la calidad de empleado público.

En virtud de la Ley 142 de 1994, la EMP -Empresas Varias de Medellín- fue trasformada en Empresa de Servicios Públicos (E.S.P), por lo que el cargo de Gerente Financiero en adelante se denominó Director Administrativo Financiero, cargo que el actor pasó a desempeñar.

Por delegación de la gerencia general de la empresa, y en calidad de Director Administrativo y Financiero, el 26 de junio de 1998, suscribió orden de prestación de servicios No. 182 de 1998 con la sociedad Parceladora Santa Clara Ltda, de la

cual el señor Ramiro Londoño Mejía era gerente y socio, cuyo objeto fue “la gerencia y producción feria y matadero”. El valor del contrato fue de treinta y ocho millones doscientos ochenta mil pesos m/c (\$38.280.000)

Antes de la celebración del citado contrato, solicitó concepto a los asesores jurídicos de la empresa, servicio que era prestado a través de outsourcing, a fin de establecer si existía alguna inhabilidad, pues el señor Londoño Mejía había sido miembro de la junta directiva de la EMP.

En el concepto rendido por los abogados de la empresa, se le informó que no existía ninguna inhabilidad para la celebración del contrato, por lo cual actuando de buena fe, procedió a legalizar la orden de prestación de servicios.

La Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá, consideró que el actor era responsable de la infracción del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 40 numeral 1 de la Ley 200 de 1995, por lo que fue sancionado con suspensión de funciones, sin remuneración, por el término de 60 días como sanción principal y como sanción accesoria la inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de 1 año, pues consideró que se trataba de una falta grave.

La anterior decisión fue confirmada por la Procuraduría 117 Judicial Penal, que además modificó la sanción accesoria estableciendo que sería por el mismo término de la pena principal.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En el acápite fundamentos de derecho, el actor menciona las razones por las cuales no comparte los argumentos esbozados en los actos administrativos mediante los cuales fue sancionado el actor.

La Procuraduría General de la Nación, en sus fallos centró la discusión en la ocurrencia de la inhabilidad para contratar y nunca sobre las circunstancias objeto de la conducta disciplinaria.

Tampoco resultó demostrado de manera fehaciente el dolo o la culpa a que alude la Ley 200 de 1995, situaciones de hecho necesarias e indispensables para

determinar la supuesta ocurrencia de la falta disciplinaria por la cual fue sancionado.

Finalmente, argumenta que obró con buena fe, independientemente de la inhabilidad o incompatibilidad para contratar por parte del señor Ramiro Londoño Mejía, por lo cual no le era imputable ninguna sanción disciplinaria.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Procuraduría General de la Nación, por intermedio de apoderado, presentó escrito de contestación de la demanda, en el cual solicitó negar las pretensiones, toda vez que los actos administrativos impugnados no infringen disposición alguna del orden constitucional.

Se refirió a cada uno de los hechos, y frente a las normas violadas, indicó que el actor no expresó de manera concreta el concepto de violación, lo cual hace que la demanda sea incoherente y poco clara.

El bien jurídico tutelado por el derecho disciplinario, es la buena marcha de la función pública y lo que protege es el deber funcional, siendo el ilícito disciplinario aquel que tiene que ver con el quebrantamiento del orden jurídico, quebrantamiento que debe ser sustancial, es decir, que la conducta desplegada y enjuiciada haya reñido con las funciones del Estado social y democrático de derecho, independientemente del resultado que se produjo con la misma.

Los actos acusados no incurren en causal de nulidad alguna, pues existían los presupuestos probatorios para sancionar. Lo pretendido por el actor es revivir el debate procesal y probatorio. Agrega que el régimen disciplinario al igual que el régimen penal, si bien hacen parte del régimen sancionador del Estado Social de Derecho, son regímenes autónomos.

Como excepción, planteó la legalidad de los actos administrativos, por considerar que estos se encuentran revestidos de todos los fundamentos legales, fueron expedidos válidamente, dentro de una actuación disciplinaria legítimamente adelantada por la Procuraduría General de la Nación en contra de uno de sus servidores, suscritos por funcionarios competentes y basados en la ley vigente al momento de la ocurrencia de la conducta disciplinaria.

EL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora tercera delegada ante el Consejo de Estado solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

Para el Ministerio Público, el problema jurídico se circunscribe a establecer si en las diligencias del proceso disciplinario surtido en contra del señor Enrique de Jesús Valencia Montoya, en calidad de Director Administrativo y Financiero de la EPM -Empresas Varias de Medellín-, no se le respetaron las garantías procesales y a determinar si los actos administrativos contentivos de las sanciones, fueron expedidos a título de responsabilidad objetiva.

En el escrito de demanda el actor no formula ningún cargo de nulidad específico, y dentro de los fundamentos de derecho y concepto de violación no esgrime ninguna enunciación normativa que permita al juzgador de instancia confrontar los actos demandados con las normas jurídicas vulneradas, situación que debió ser advertida en la etapa admisorio del litigio.

El conocimiento de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no constituye una tercera instancia de conocimiento de la responsabilidad disciplinaria, sino un control de legalidad de los actos administrativos proferidos por la administración con sujeción a las facultades disciplinarias debidamente otorgadas, por tanto esta instancia procesal en principio no es la idónea para evaluar las conductas disciplinarias y los quebrantos al deber funcional de los servidores públicos, pues este debate corresponde a las autoridades disciplinarias como lo establece la Ley 734 de 2002.

Analizada la orden de servicios No. 182 de 1998 y el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en lo que respecta a las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, concluye que el actor no podía celebrar contrato alguno con la parceladora Santa Clara, pues su representante legal era miembro de la junta directiva de la empresa para la cual él trabajaba.

El actor no se puede excusar en un error invencible, pues bastaba únicamente con la lectura del estatuto de contratación pública para que hubiera previsto la

circunstancia invalidante del contrato.

Finalmente concluye, que la actuación disciplinaria atacada cumplió con los requisitos tanto formales como sustanciales y en consecuencia ninguna de las imputaciones tiene vocación de prosperidad, razón por la cual las súplicas deben ser negadas.

Para resolver, se

CONSIDERA

Cuestión Previa.

Al revisar la decisión sancionatoria de segunda instancia, que confirma la “sentencia” de 9 de octubre 2000 y el concepto rendido por la procuradora tercera delegada ante esta Corporación, la Sala considera importante hacer las siguientes precisiones:

El derecho disciplinario comprende el conjunto de normas sustanciales y procesales, que tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes desempeñan funciones públicas, con el objeto de asegurar el cumplimiento de los deberes propios del cargo.

De acuerdo con lo establecido en la Constitución Política y la ley, la Procuraduría General de la Nación tiene la titularidad de la acción disciplinaria y goza de un poder preferente respecto a la potestad atribuida a algunas entidades. En consecuencia, este órgano de control está facultado para adelantar las investigaciones correspondientes e imponer sanciones a los funcionarios públicos que infrinjan la Constitución, la ley o los reglamentos, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Aunque la jurisprudencia no ha sido unánime al definir la naturaleza de la acción disciplinaria, esta Sala ha precisado¹ que la ejercida por la Procuraduría General de la Nación, es de naturaleza administrativa, y en consecuencia los actos proferidos dentro del proceso disciplinario están sujetos, sin limitación alguna, al

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil trece (2013), Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00115-00 (0390-2011)

control de legalidad y constitucionalidad que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa.

Dicho control no está limitado o restringido únicamente a las normas expresamente invocadas en el escrito de demanda, o a las argumentaciones expuestas en el acápite de fundamentos de derecho como lo argumenta el Ministerio Público, pues corresponde a esta jurisdicción un análisis integral de los actos administrativos demandados a fin de establecer el respeto de los derechos y garantías propios del derecho disciplinario.

Sin embargo, y como se ha expresado en reiteradas ocasiones, el proceso contencioso-administrativo no puede ser considerado como una tercera instancia para reabrir el debate probatorio que se surtió en el proceso disciplinario. Es decir, ante esta instancia se debe plantear un debate sustancialmente distinto, que otorgue nuevos elementos jurídicos o probatorios y no los mismos argumentos o elucubraciones jurídicas expresados ante la autoridad disciplinaria.

Finalmente, es importante precisar que los actos administrativos proferidos dentro del proceso disciplinario, no pueden ser denominados sentencias, como lo hace el procurador 117 judicial penal, pues como lo ha indicado esta Sala², La Procuraduría no juzga ni sentencia, pues no cumple una función jurisdiccional.

Del fondo del asunto

El problema jurídico se contrae a establecer la legalidad de la Resolución 0016 de 9 de octubre de 2000 proferida por la Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá, y decisión de segunda instancia de 15 de mayo de 2003, de la Procuraduría 117 Judicial Penal, a través de los cuales se sanciona al actor con suspensión de funciones sin remuneración por el término de sesenta (60) días.

Comenzará la Sala por analizar las diferentes etapas adelantadas durante el proceso disciplinario.

- Mediante oficio de fecha 17 de diciembre de 1997, los usuarios de la Feria de Ganados de Medellín, presentaron denuncia sobre la negociación que al parecer pretendían celebrar las Empresas Varias de Medellín con un grupo

de inversionistas que habían creado una sociedad, y que perjudicaría no solo a la entidad estatal sino a más de seis mil familias de las comunas nororiental y noroccidental (fl. 161).

- La Procuraduría Metropolitana II del Valle de Aburrá, mediante oficio de marzo 3 de 1998, inició indagación preliminar y comisionó a uno de sus funcionarios para adelantar la investigación (fl. 163).
- El 11 de noviembre de 1999, se ordenó abrir investigación disciplinaria en contra de los doctores Enrique Valderrama Jaramillo gerente de las Empresas Varias de Medellín, Ramiro Londoño Mejía miembro de la Junta Directiva y Enrique Valencia Montoya Director Administrativo y Financiero de la misma empresa (fls 169-170).
- El Ente investigador profirió auto de cargos el 29 de febrero de 2000, en contra del señor Enrique de Jesús Valencia Montoya y otros. El actor fue señalado de haber celebrado contrato u orden de servicios No. 182 de 1998 con la sociedad Parceladora Santa Clara, la cual estaba incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad toda vez que el gerente, Representante legal y socio, doctor Juan Ramiro Londoño, a la fecha de celebración del contrato, era miembro de la Junta Directiva de las Empresas Varias de Medellín E.SP, pues su renuncia fue aceptada el 4 de septiembre de 1998 y el contrato se celebró el 26 de junio de del mismo año, auto notificado personalmente al actor el día 3 de abril del mismo año (fls. 174-181).
- El señor Valencia Montoya presentó oportunamente escrito de descargos, en el que argumentó que si bien celebró el contrato No. 182 de 1998, se ajustó ajustado en sus antecedentes contractuales y en su ejecución y desarrollo a la Ley (fls. 184-192).
- El 8 de mayo de 2000, la Procuraduría Provincial profirió auto de pruebas, el cual fue notificado personalmente al actor (fl. 205).
- El 9 de octubre de 2000, la Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá, profirió la Resolución No. 016 de 2000, mediante la cual declaró responsable al actor , en calidad de Director Administrativo y Financiero de la Empresa Varias de Medellín, por infracción al artículo 44 de la Ley 80/93

² Ibidem.

y el artículo 40 Numeral 1 de la Ley 200 de 1995, y lo sancionó con suspensión en el ejercicio de sus funciones, sin remuneración, hasta por sesenta (60) días como sanción principal y como sanción accesoria, la inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de un (1) año por tratarse de una falta grave (fl 211-228).

- Contra la Resolución No. 0016 de 9 de octubre de 2000, el actor interpuso recurso de apelación (fl. 230-241).
- Mediante providencia de fecha 15 de mayo de 2003, la Procuraduría 117 Judicial Penal, confirmó la "sentencia" (sic) de 9 de octubre 2000, en lo que respecta a la pena principal impuesta, al considerar que el señor Valencia Montoya violó el régimen disciplinario en su artículo 25 numeral 10 de la Ley 200 de 1995. Sin embargo, respecto a la pena accesoria indicó que sería por el mismo término de la pena principal.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala que el ente investigador observó el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, pues adelantó la investigación de acuerdo con los parámetros fijados en la Ley 200 de 1995. Esto es respetó las etapas fijadas en la norma, notificó debidamente las decisiones y garantizó la presentación de los recursos.

Ahora bien, la principal inconformidad del actor, según la demanda, radica en que el ente investigador no demostró fehacientemente el dolo y la culpa a la que alude la Ley 200 de 1995.

De acuerdo con los actos administrativos demandados, y las pruebas obrantes en el expediente, se observa que el señor Enrique de Jesús Valencia Montoya, quien se desempeñaba como Gerente Administrativo y Financiero de las Empresas Varias de Medellín, en virtud de la delegación No. 2685 de 1996, el día 26 de junio de 1998, celebró orden de servicios No. 182 de 1998 con la sociedad Parceladora Santa Clara, representada legalmente por el señor Juan Ramiro Londoño Mejía, el cual tenía por objeto la gerencia del proyecto "Feria Matadero", por valor de treinta y ocho millones doscientos ochenta mil pesos (\$38.280.000).

Igualmente, se encuentra demostrado que el señor Juan Ramiro Londoño Mejía, ostentaba la calidad de miembro de la Junta Directiva de las Empresas Varias de

Medellín y presentó renuncia a su cargo el día 25 de junio de 1998, la cual fue aceptada por el alcalde de la ciudad el día 4 de septiembre de 1998.

Es decir, se encuentra probado que el señor Enrique de Jesús Valencia Montoya, en representación de Empresas Varias de Medellín, celebró orden de servicios No. 182 de 1998, con la sociedad Parceladora Santa Clara, representada legalmente por el señor Juan Ramiro Londoño Mejía, miembro de la Junta Directiva de la misma empresa y quien se encontraba inhabilitado, pues para el 26 de junio de 1998, fecha de celebración de la orden de servicios aún no se le había aceptado la renuncia.

Por lo anterior, el actor vulneró entre otras, la siguiente normatividad:

- Constitución política de Colombia, artículo 6º :

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.

- Ley 80 de 1993, artículo 8º, numeral 2º, literal d):

ARTICULO 8º. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

2º. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

*d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera **permanente** o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.*

- Ley 80 de 1993 artículos 40 y 44:

ARTICULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1º. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2º. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

3º. Se celebren con abuso o desviación de poder.

4°. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten;
y

5°. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.

ARTICULO 45. DE LA NULIDAD ABSOLUTA. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.

En los casos previstos en los numerales 1°, 2° y 4° del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

Aduce el actor, que durante el proceso disciplinario la discusión siempre estuvo centrada en la existencia de la inhabilidad y no en la conducta dolosa por la cual se le condenó y excusó su actuar en el concepto rendido por abogados consultores externos, según el cual no se presentaba ninguna inhabilidad.

El anterior argumento no es de recibo para la Sala, toda vez que como es de conocimiento general, a través de los conceptos jurídicos se expresan opiniones o posiciones jurídicas en relación con un determinado asunto jurídico en particular, estos conceptos tienen la finalidad de instruir, orientar o interpretar la aplicación de una norma en determinado contexto y no son de obligatorio cumplimiento para quien efectúe la consulta.

Es decir, el señor Valencia Montoya de acuerdo con su experiencia, debía obrar con diligencia y cuidado, estaba en la obligación de revisar el escrito y confrontarlo con las normas que rigen la contratación pública, a fin de establecer si acogía o no el concepto rendido.

En materia disciplinaria, la Corte Constitucional ha manifestado:

*“(…) que la finalidad del derecho disciplinario “es la de salvaguardar la **obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos**. Es precisamente allí, en la realización del citado fin, en donde se encuentra el fundamento para la responsabilidad disciplinaria, la cual supone la inobservancia de los deberes funcionales de los servidores públicos o de los particulares que ejercen funciones públicas, en los términos previstos en la Constitución, las leyes y los reglamentos que resulten aplicables”³*

Es por esto que para imponer la sanción disciplinaria es necesario que el ente

³ Sentencia C-030 de 1 de febrero de 2012. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

investigador realice un juicio de valor respecto del deber que el funcionario público estaba obligado a cumplir y la conducta por él realizada, como efectivamente lo hizo el ente investigador en las decisiones sancionatorias proferidas.

La Sala concluye que las imputaciones hechas al actor no se hicieron bajo el esquema de una responsabilidad objetiva como él lo afirma; por el contrario, se estructuraron con fundamento en la actuación irregular del actor, quien en su condición de Gerente Administrativo y Financiero celebró orden de prestación de servicios con una empresa de la cual era representante legal un miembro de la junta Directiva de las Empresas Varias de Medellín.

La Procuraduría General de la Nación, en el desarrollo del proceso disciplinario brindó al actor los medios para el ejercicio de su derecho a la defensa y se respetaron los principios y garantías propias del derecho disciplinario.

Así las cosas, se concluye que los actos acusados se ajustaron a derecho y en consecuencia, no prosperan las pretensiones de la demanda.

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

F A L L A

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE. Ejecutoriada, **ARCHÍVESE** el expediente.

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO