

PROCESO DISCIPLINARIO / NON BIS IN IDEM ACCIÓN DISCIPLINARIA Y EL JUICIO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA

La procedencia de la aplicación sobre unos mismos hechos del proceso judicial de pérdida de investidura y del procedimiento administrativo disciplinario, no conlleva necesariamente la violación del principio de la prohibición del doble enjuiciamiento o non bis in idem, toda vez que los regímenes que contienen ambas figuras se diferencian sustancialmente el uno del otro. Así, por ejemplo, la sanción de pérdida de investidura es una sola, e implica una inhabilidad especial y permanente para aspirar a cargos públicos de elección popular, mientras que las sanciones disciplinarias, se determinan a partir de la gravedad de las faltas, y pueden ser: amonestación escrita, multa, suspensión, suspensión e inhabilidad, y destitución e inhabilidad general de entre 10 a 20 años para el desempeño de cargos públicos, o permanente si con la falta se afectó el patrimonio del Estado.

VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN / COMPETENCIA DEL VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN PARA RESOLVER LAS RECUSACIONES QUE SE PRESENTAN EN CONTRA DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El viceprocurador general de la Nación sí tiene competencia para resolver las recusaciones formuladas en contra del procurador, según lo definió la Corte Constitucional en el precedente contenido en la sentencia SU-712 de 2013, que señaló que el Decreto Ley 262 del 2000 y la Ley 734 del 2002 concurren en el propósito de que los impedimentos y recusaciones del procurador se definan, en todos los casos, al interior de la misma institución, entre otras cosas, por la infortunada experiencia de varios procuradores ad hoc designados por el Congreso para cada caso de impedimento del jefe del Ministerio Público.

PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO / DOLO COMO ELEMENTO DE LA CULPABILIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

La demostración del dolo dependerá de las pruebas que se practiquen en el procedimiento disciplinario. Al respecto es necesario precisar que, salvo que se presente una confesión, y que esta se encuentre corroborada con lo probado con otros medios en el trámite, resulta casi imposible que exista una prueba directa de lo que conocía el sujeto y de cuál era su voluntad, por lo tanto, su comprobación dependerá de pruebas indirectas o indiciarias. Desde la doctrina se han propuesto tres clases de indicios que indicarían la existencia de este elemento de la culpabilidad a saber: los de aptitud, los de actitud, y los de comprensión valorativa.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00490-00(1972-12)

Actor: NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: SE NIEGAN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA. SANCIÓN DISCIPLINARIA POR LA COMISIÓN DE LA FALTA GRAVÍSIMA PREVISTA EN EL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 48 DE LA LEY 734 DE 2002. REALIZACIÓN OBJETIVA A TÍTULO DE DOLO DEL DELITO DE CONCUSIÓN. *NON BIS IN IDEM* FRENTE A LA ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA. COMPETENCIA DE LA VICEPROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN PARA DECIDIR LAS RECUSACIONES EN CONTRA DEL PROCURADOR. VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL. ENTRE OTROS.

I. ASUNTO

La Sección Segunda del Consejo de Estado, Subsección A, dicta la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, instaurado por el señor Néstor Iván Moreno Rojas en contra de la Procuraduría General de la Nación.

II. LA DEMANDA¹

Pretensiones:

De nulidad:

- Que se declare la nulidad del acto administrativo sancionatorio de única instancia proferido por el procurador general de la Nación², en audiencia celebrada el 20 y 21 de enero de 2012 en el procedimiento disciplinario IUS 2010-349363.
- Que se declare la nulidad del acto administrativo que resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión anterior, por el cual el procurador general de la Nación confirmó la sanción.

De restablecimiento del derecho³:

- Que se ordene el reconocimiento pleno de la habilidad para ejercer cargos públicos y de elección popular del señor Néstor Iván Moreno Rojas.

¹ Folios 200-257 del cuaderno principal.

² Alejandro Ordoñez Maldonado.

³ En la audiencia inicial que se realizó el 21 de noviembre de 2018, el apoderado del demandante solicitó que fuera aceptada su renuncia a las súplicas referidas al restablecimiento del derecho de carácter económico y de indemnización de perjuicios, para que solo subsistieran las de nulidad de los actos acusados. Esta petición fue resuelta favorablemente por el ponente y, tanto la entidad demandada como el Ministerio Público, manifestaron estar de acuerdo. Folios 404-414, *ibidem*.

Antecedentes relevantes.

1. El procurador general de la Nación inició oficiosamente la investigación disciplinaria en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas, para lo cual se apoyó en información de prensa que daba cuenta de unas presuntas irregularidades en la contratación del distrito capital de Bogotá.
2. La autoridad disciplinaria consideró pertinente aplicar el procedimiento verbal. Así, el 28 de febrero de 2011 decidió citar a audiencia para tales efectos.
3. La investigación disciplinaria se fundamentó en que, según declaraciones de los señores Miguel Eduardo Nule Velilla y Guido Nule Marino, al parecer, el señor Moreno Rojas habría participado en una reunión que se realizó con ellos y con el abogado Álvaro Dávila Peña en un establecimiento comercial de la cadena *Starbucks Coffee* ubicada en «la 168 con avenida Collins» de la ciudad de Miami en los Estados Unidos, en una fecha no precisada, entre el 15 y el 25 de julio de 2008.
4. De acuerdo con la Procuraduría, en esta reunión el abogado Dávila Peña, quien era asesor de las empresas de los señores Nule, presentó al señor Néstor Iván Moreno Rojas, quien se desempeñaba como senador para esa época. Allí, conforme lo interpretado por el ente de control respecto de lo dicho por el señor Miguel Eduardo Nule Velilla, el señor Moreno Rojas les solicitó a él y a Guido Nule Marino, que le otorgaran áreas de uso exclusivo para instalar estaciones de gasolina, negocio al que se dedicaba su esposa, en la vía Bogotá-Girardot, la cual había sido concesionada a una de las empresas de esa familia. Como contraprestación de lo pedido, el entonces senador les habría ofrecido colaboración con la contratación en el distrito de Bogotá, donde era alcalde su hermano, el señor Samuel Moreno Rojas.
5. La autoridad disciplinaria señaló que en el segundo semestre del 2008, luego de la reunión en Miami, se realizaron otros tres encuentros en Bogotá para concretar el negocio pactado. El primero se llevó a cabo en el apartamento del señor Álvaro Dávila Peña y los otros dos en la casa del demandante, donde estuvieron presentes su esposa Lucy de Moreno, Miguel Eduardo Nule Velilla y Francisco José Gnecco.
6. Posteriormente, en el año 2009, la señora Lucy de Moreno habría visitado al señor Nule Velilla en las instalaciones de la empresa denominada Concesión Bogotá-Girardot, con el fin de perfeccionar la entrega de las áreas de uso exclusivo. La Procuraduría sostuvo que este perfeccionamiento se dio con la firma de un contrato de usufructo que elaboró el abogado Dávila Peña, entre la señora Lucy de Moreno y el Grupo Nule.
7. Para el ente de control, el ofrecimiento de colaboración que hizo el demandante en la reunión de Miami, tuvo como una de sus finalidades buscar nuevos contratos para el Grupo Nule. Esto fue resaltado por la autoridad disciplinaria en la medida que el 26 de diciembre de 2008, el distrito de

Bogotá le adjudicó dos contratos a este grupo relacionados con la malla vial de la ciudad capital.

8. En relación con estos contratos, los cuales fueron adjudicados mediante licitación pública, e identificados con las denominaciones IDU-LP-DG-006-2008 Grupo 4 e IDU-LP-DG-006-2008 Grupo 3, según la Procuraduría, el señor Néstor Iván Moreno Rojas, a través del abogado Álvaro Dávila Peña, solicitó una comisión del 6% por su papel como intercesor para su otorgamiento.
9. Respecto de estos hechos, la Procuraduría le formuló dos cargos al demandante: El primero referido a la solicitud de entrega de las áreas de uso exclusivo de la concesión Bogotá-Girardot para la instalación de estaciones de gasolina, lo cual supuestamente habría sucedido en la reunión realizada en Miami a finales de julio de 2008 y a los otros encuentros que se hicieron posteriormente en Bogotá; respecto de este cargo se le atribuyó al señor Néstor Iván Moreno Rojas la comisión de la falta gravísima prevista en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 por haber incurrido, a título doloso, en la descripción típica del artículo 404 del Código Penal, correspondiente al delito de concusión. El segundo cargo estuvo relacionado con la presunta comisión del mismo delito, pero su configuración se dio a partir del requerimiento hecho por el demandante para que le fuera reconocida una comisión del 6% por la adjudicación de los dos contratos antes mencionados en el distrito capital.
10. El apoderado del señor Moreno Rojas indicó que después de que la Procuraduría tomó la decisión de citar a audiencia a su representado, su defensa se dirigió a demostrar lo siguiente: (i) Que el disciplinado no viajó a Miami en la época que se describe la reunión; (ii) la razón de lo dicho por los Nule respecto del ofrecimiento de las áreas de uso exclusivo para las estaciones de gasolina; (iii) la situación económica de ellos para los años 2009, 2010 y 2011. Y, por último, (iv) que el procurador general de la Nación no iba a actuar con imparcialidad en el procedimiento disciplinario porque los Nule habían afirmado que él era su mejor aliado y que para ellos era fundamental desprestigiar a los hermanos Néstor Iván y Samuel Moreno Rojas.
11. Según la defensa del aquí demandante, pese a lo demostrado en la investigación, la Procuraduría lo sancionó disciplinariamente con destitución e inhabilidad general de veinte años. Frente a esta decisión, el señor Néstor Iván Moreno Rojas interpuso recurso de reposición, el cual fue decidido en audiencia pública celebrada entre el 20 y el 21 de enero de 2012, en donde se confirmó la sanción.
12. Por último, para agotar el requisito de procedibilidad, el 3 de julio de 2012 se realizó audiencia de conciliación con la entidad demandada, que finalmente resultó fallida.

Normas violadas y concepto de violación

Para el demandante los actos administrativos sancionatorios acusados desconocieron las siguientes normas:

- Constitución Política de 1991: artículos 4, 6, 29, 122, 150-1-2-23, 183, 184, 277, 278-1.
- Ley 734 de 2002: artículos 5, 6, 9, 13, 34, 35, 48-1, 84, 87, 88, 128, 129, 153, 169, 175, 182.
- Código Penal: artículo 404.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: artículos 2, 3, 4, 29, 30.
- Código de Procedimiento Civil: artículo 232.
- Decreto Ley 262 de 2000: artículo 7.

La formulación del concepto de violación en la demanda se expresó de la siguiente manera⁴:

- Falta de competencia.
- Desconocimiento del derecho de defensa por falta de práctica de pruebas legalmente decretadas. Valoración indebida del material probatorio.
- Violación de normas legales por la interpretación errónea de la ilicitud sustancial.
- Violación de las garantías de imparcialidad y transparencia.
- Violación del debido proceso por la negación de las nulidades propuestas por el señor Néstor Iván Moreno Rojas.
- Violación de normas legales, desviación de poder y falsa motivación.
- Violación del artículo 13 de la Ley 734 de 2002.
- Violación al principio de integridad investigativa.
- Violación al principio de presunción de inocencia.
- Violación al debido proceso y a la lealtad probatoria por falsedad ideológica.
- Violación al debido proceso y al derecho de defensa en la audiencia de lectura de la decisión del 20 de enero de 2012.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1. Procuraduría General de la Nación⁵

Pronunciamiento frente a las pretensiones de la demanda

El apoderado de la Procuraduría se opuso a todas las pretensiones de la demanda, e indicó que la actuación de la autoridad disciplinaria fue válida y estuvo ajustada al ordenamiento jurídico.

Pronunciamiento frente a los hechos de la demanda

⁴ Los argumentos de fondo se expresarán en la solución de los problemas jurídicos de esta sentencia.

⁵ Folios 286-352 del cuaderno principal.

El abogado señaló que a lo largo del procedimiento disciplinario, la Procuraduría General de la Nación probó y sustentó los argumentos esgrimidos para atribuirle responsabilidad al señor Moreno Rojas, pues las declaraciones de los señores Miguel Eduardo Nule Velilla y Guido Nule Marino, ante la autoridad disciplinaria, y ante la Corte Suprema de Justicia, fueron coincidentes frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la reunión llevada a cabo en Miami entre el 4 y el 6 de julio de 2008. También de su objeto, el cual consistió en afianzar la relación entre «los Nule y los Moreno», que les permitiera a los primeros, un mejor trato ante la administración distrital para obtener futuros contratos, y de la solicitud que hizo el demandante, en su calidad de senador y de hermano del entonces alcalde de la capital, para que le entregaran lo que se conocía en esa época como «zonas de uso exclusivo» de la concesión Bogotá-Girardot, para instalar allí unas estaciones de gasolina.

Excepciones

El apoderado de la Procuraduría propuso la que llamó «innominada o genérica», para que se declarara la existencia de toda aquella excepción cuyo supuesto de hecho resultare acreditado en el proceso.

Pronunciamiento frente a las causales de nulidad y concepto de violación en la demanda

Estos argumentos se abordarán en el desarrollo de los problemas jurídicos de esta sentencia.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁶

Después de hacer un recuento de las actuaciones procesales en este trámite, el apoderado del señor Néstor Iván Moreno Rojas esgrimió algunos argumentos complementarios a los expuestos en la demanda, los cuales serán estudiados en el desarrollo de los problemas jurídicos de esta sentencia.

Parte demandada⁷

La apoderada de la Procuraduría General de la Nación reiteró la oposición de la entidad demandada frente a todas las pretensiones de la demanda y valoró las pruebas que se practicaron en este proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

⁶ Folios 490-502 *ibidem*.

⁷ Folios 503-509 del cuaderno principal.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁸

Después de hacer un recuento de lo expuesto en la demanda y su contestación, así como de las actuaciones más relevantes del procedimiento disciplinario que originó los actos administrativos que aquí se controvierten, la procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado pidió que no se accediera a las pretensiones del señor Néstor Iván Moreno Rojas. Para fundamentar su concepto expresó una serie de razones que se tendrán en cuenta al resolver los problemas jurídicos de esta providencia.

VI. CONSIDERACIONES

1. BREVE RECuento DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

Los cargos y la sanción disciplinaria

La Procuraduría General de la Nación sancionó al aquí demandante Néstor Iván Moreno Rojas, por dos cargos disciplinarios. En el siguiente cuadro se resume la concordancia entre la formulación de cargos y el acto administrativo sancionatorio.

FORMULACIÓN DE DE CARGOS DEL 28 DE FEBRERO DE 2011⁹	ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DEL 20 DE ENERO DE 2012¹⁰ CONFIRMADO EL 21 DE ENERO DE 2012¹¹
Primer cargo: «Posiblemente, a finales del mes de julio del 2008, en la ciudad de Miami, EEUU, en la Collins Avenue 171, en el establecimiento comercial StarBucks Coffe, se reunieron en un desayuno IVÁN MORENO ROJAS, ÁLVARO DÁVILA PEÑA, MIGUEL NULE VELILLA y GUIDO NULE MARINO; en dicha reunión el señor IVÁN MORENO ROJAS, prevalido de su condición de senador de la República y de hernamo del alcalde	Primera conducta: «Entre el 4 al 6 de julio del 2008, en la ciudad de Miami, EEUU, en la Collins Avenue 171, en el establecimiento comercial StarBucks Coffe, se reunieron en un desayuno IVÁN MORENO ROJAS, ÁLVARO DÁVILA PEÑA, MIGUEL NULE VELILLA y GUIDO NULE MARINO; en dicha reunión NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, prevalido de su condición de senador de la República y de

⁸ Folios 510-523 *ibidem*.

⁹ Folios 805-838, expediente disciplinario IUS 2010-349363. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\cuaderno N.4º\1.Folios 805-838 cuaderno N.4.pdf".

¹⁰ Folios 4287-4463, *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.17º\29. FOLIOS 4287-4366.pdf"; "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.17º\30. FOLIOS 4367-4424.pdf"; "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.17º\31. FOLIOS 4425-4463.pdf"

¹¹ Grabación audiovisual de audiencia. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.17º\37. CD N. 28º FOLIO 4469 AUDIENCIA IVAN MORENO ENERO 21 DE 2012 FALLO 6\VIDEO_TS\VIDEO_TS.IFO".

<p>de Bogotá, SAMUEL MORENO ROJAS, le solicitó a los señores MIGUEL NULE VELILLA y GUIDO NULE MARINO que le entregaran las áreas de uso exclusivo de la CONCESIÓN BOGOTÁ-GIRARDOT, en la cual algunas de las empresas de su grupo empresarial eran concesionarios, para colocar estaciones de gasolina, negocio al que se dedicaba la esposa de IVÁN MORENO ROJAS, LUCY DE MORENO, prometiéndoles un mejor trato por parte de la administración distrital y la entrega de futuros contratos.</p> <p>Dicha solicitud fue actualizada en tres reuniones realizadas en Bogotá, en el segundo semestre de 2008, la primera en el apartamento del ÁLVARO DÁVILA, ubicado en la carrera 4ª Este No 110-21, las otras dos reuniones se llevaron a cabo en la casa de IVÁN MORENO ROJAS, ubicada en la carrera 15 No 37-36.</p> <p>Para concretar la solicitud, la esposa de IVÁN MORENO, durante el 2009, visitó a MIGUEL NULE, en las instalaciones de la empresa CONCESIÓN BOGOTÁ-GIRARDOT, con el fin de perfeccionar la entrega de las áreas de uso exclusivo, para lo cual se firmó un contrato de usufructo entre LUCY DE MORENO y el grupo NULE, el cual fue elaborado por el abogado ÁLVARO DÁVILA [...]».</p> <p>Segundo cargo:</p> <p>IVÁN MORENO ROJAS, posiblemente, a través del abogado ÁLVARO DÁVILA y en las tres reuniones realizadas en Bogotá, en el segundo semestre de 2008, la primera en el apartamento de ÁLVARO DAVILA, ubicado en la</p>	<p>hermano del alcalde de Bogotá, SAMUEL MORENO ROJAS, le solicitó a los señores MIGUEL NULE VELILLA y GUIDO NULE MARINO que le entregaran las áreas de uso exclusivo de la concesión Bogotá-Girardot, en la cual algunas de las empresas de su grupo empresarial eran concesionarios, para colocar estaciones de gasolina, negocio al que se dedicaba la esposa de NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, LUCY DE MORENO, prometiéndoles un mejor trato por parte de la administración distrital y la entrega de futuros contratos.</p> <p>Dicha solicitud fue actualizada en tres reuniones realizadas en Bogotá, dos de ellas en el segundo semestre de 2008, y otra a principios del 2009. Uno de los encuentros se realizó en el apartamento de ÁLVARO DÁVILA, ubicado en la carrera 4ª Este n.º 110-21, las otras dos reuniones se llevaron a cabo en la casa de NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, ubicada en la carrera 15 n.º 37-36.</p> <p>Para concretar la solicitud, la esposa de NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, durante el 2008, visitó a MIGUEL NULE, en las instalaciones de la empresa concesión Bogotá-Girardot, con el fin de perfeccionar la entrega de las áreas de uso exclusivo, para lo cual se firmó un contrato de usufructo entre Lucy de Moreno y el grupo NULE, el cual fue elaborado por el abogado ÁLVARO DÁVILA [...]».</p> <p>Segunda conducta:</p> <p>NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, a través del abogado ÁLVARO</p>
--	---

<p>carrera 15 No 37-36, solicitó a MIGUEL, MANUEL y GUIDO NULE una comisión del 6% para interceder en la adjudicación de la licitación pública IDU-LP-DG-006-2008, grupo 4, e IDU-LP-DG-006-2008, grupo 3, relacionadas con las obras y actividades para la malla vial del Distrito Capital, aprovechándose de su calidad de Senador y de hermano del alcalde de Bogotá, SAMUEL MORENO ROJAS.</p>	<p>DÁVILA solicitó a MIGUEL, MANUEL y GUIDO NULE una comisión del 6% para interceder en la adjudicación de la licitación pública IDU-LP-DG-006-2008, grupo 4, e IDU-LP-DG-006-2008, grupo 3, relacionadas con las obras y actividades para la malla vial del Distrito Capital, aprovechándose de su calidad de senador y de hermano del alcalde de Bogotá, SAMUEL MORENO ROJAS, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar señaladas en la parte motiva de esta decisión.</p>
<p>Falta imputada:</p> <p>Frente a los dos cargos endilgados se atribuyó la comisión de la falta gravísima prevista en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002¹², en concordancia con el artículo 404 del Código Penal¹³.</p>	<p>Falta imputada:</p> <p>Se confirmó la falta que se imputó en la formulación de cargos.</p>
<p>Valoración de la ilicitud sustancial:</p> <p>«[...] En el caso que nos ocupa NESTOR IVÁN MORENO ROJAS infringió de manera flagrante los principios de igualdad, al entorpecer los procesos licitatorios del Distrito Capital, al igual que los principio de moralidad y eficacia, sobre el cual la jurisprudencia constitucional ha dicho:</p> <p>(...) el Estado Social de Derecho debe prestar sus servicios públicos a las personas con el máximo de eficacia y moralidad. En este sentido, los principios de</p>	<p>Valoración de la ilicitud sustancial:</p> <p>En el acto sancionatorio se reiteró la valoración de la formulación de cargos.</p>

¹² L. 734/2002, art. 48-1: «Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: 1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo [...]».

¹³ C.Penal, art. 404: «Concusión. El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años».

moralidad y eficacia, predicados en el artículo 209 de la Constitución para la gestión administrativa, son por su contenido esencial extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1º y 2º superiores [sentencia C-561 de 1992].

Y, en referencia al principio de moralidad, el Consejo de Estado precisó:

La inmoralidad administrativa es predicable de comportamiento mal intencionado de un funcionario que busca intereses mezquinos los que, por principio, no corresponden al objeto de las entidades, sino deben radicarse en cabeza de quienes mediante su servicio personal permiten desarrollar los objetivos de la entidad [sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente AP 170]

El principio de moralidad debe irrigar la actuación de todos los servidores públicos quienes, en el ejercicio de sus competencias y funciones, así como todas aquellas actividades en las que con ocasión del servicio invoque la calidad que le asiste debe preservar la majestad de la institución a la que pertenece y con ello preservar la imagen del Estado hacia los ciudadanos, principio, que con su reprochable proceder, desconoció, al parecer, NESTOR IVÁN MORENO ROJAS.

Por lo expuesto, la conducta de NESTOR IVÁN MORENO ROJAS fue, al parecer, sustancialmente ilícita.

<p>Culpabilidad:</p> <p>[...] El investigado tenía la capacidad de ser motivado por la norma prohibitiva, conocía los hechos, sabía que le estaba solicitando a MIGUEL, MANUEL y GUIDO NULE, miembros del llamado grupo NULE, la entrega de las áreas de uso exclusivo de la Concesión Bogotá-Girardot y una comisión correspondiente al 6% de los contratos adjudicados a dos empresas del llamado grupo NULE, relacionados con la malla vial del Distrito Capital, advirtiéndole que con ello, en el primer caso, que el grupo NULE recibiría un buen trato de la administración de Bogotá y además contratos, y para el segundo caso, como una condición para que se les adjudicaran los contratos de la malla vial, sin que concurriera en su actuar ningún error sobre el contenido de su conducta, además sabía, por su condición de Senador, por su formación profesional, y porque además es una prohibición ampliamente conocida, que pedir cualquier clase de utilidad para interceder ante la administración, supuestamente para obtener un buen trato y contratos, es una conducta contraria a derecho y pudiendo actuar conforme a derecho, decidió voluntariamente realizar la conducta típica y sustancialmente ilícita.</p> <p>Por lo anterior, a título de dolo se le imputan las dos conductas objeto de esta censura, porque se estiman configurados los elementos que integran dicho título de imputación».</p>	<p>Culpabilidad:</p> <p>La autoridad disciplinaria hizo la misma valoración de la culpabilidad en el acto sancionatorio.</p>
<p>Decisión sancionatoria: «PRIMERO.- SANCIONAR disciplinariamente a NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, en su condición de senador de la República, con DESTITUCIÓN e INHABILIDAD GENERAL por veinte (20) años, por hallarlo responsable de las siguientes conductas: [...].</p> <p>TERCERO¹⁴.- NOTÍFIQUESE en estrados a los sujetos procesales la determinación tomada en esta providencia, con la advertencia que contra la misma procede el recurso de reposición.</p> <p>CUARTO.- REMÍTANSE copia de la presente decisión a las siguientes autoridades:</p>	

¹⁴ En el acto sancionatorio la autoridad disciplinaria no se incluyó el ordinal segundo.

I. A la Delegada para la Vigilancia Administrativa, para que se investigue la posible responsabilidad disciplinaria en que pudieron incurrir MIGUEL, MANUEL y GUIDO NULE y MAURICIO GALOFRE.

II. A la Corte Suprema de justicia, para lo de su competencia.

III. A la Fiscalía General de la Nación para que haga parte de las causas penales que se adelantan contra MIGUEL, MANUEL y GUIDO NULE, MAURICIO GALOFRE, LUCY DE MORENO, LILIANA PARDO, INOCENCIO MELÉNDEZ, ÁLVARO DÁVILA y a los contratistas JULIO GÓMEZ y EMILIO TAPIA.

IV. A la Fiscalía General de la Nación para que inicie causas penales contra DIANA PAOLA PATIÑO y MANUEL PASTRANA.

V. Al Consejo Superior de la Judicatura, sala Disciplinaria, para que inicie los correspondientes procesos contra JAIME ARAUJO RENTERÍA y MAURICIO ALARCÓN, por las posibles infracciones al Estatuto del Abogado en las que hubieran podido incurrir [...]».

2. CUESTIÓN PREVIA

Control judicial integral respecto de las decisiones administrativas sancionatorias

Con la sentencia de unificación proferida el 9 de agosto de 2016 por la Sala Plena del Consejo de Estado¹⁵, se dio inicio a una nueva línea interpretativa en torno al control que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre los actos administrativos de naturaleza disciplinaria.

Al respecto, señaló la providencia que, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, ese control es de carácter integral por cuanto exige una revisión legal y constitucional de las actuaciones surtidas ante los titulares de la acción disciplinaria, sin que, para tales efectos, el juez se encuentre sometido a alguna limitante que restrinja su competencia.

En dicha oportunidad, la corporación fue enfática en explicar que, siendo la función disciplinaria una manifestación de la potestad pública sancionatoria que busca mantener la actividad estatal sujeta a los límites legales y constitucionales, no es dable restringir las facultades de que goza la jurisdicción en la realización de dicho estudio.

Esta integralidad se proyecta en múltiples aspectos que son destacados en la providencia en los siguientes términos:

[...] 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin “deferencia especial” respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción

¹⁵ C.E., S. Plena, Sent. 110010325000201100316 00 (2011-1210), ago. 9/2016.

disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva [...]

Así pues, el control judicial que ha de efectuarse en el presente caso tiene como hoja de ruta los parámetros dispuestos en aquella decisión judicial, lo que desde ya implica descartar los argumentos con los que se pretenda desconocer las amplísimas facultades de que goza el juez para efectuar una revisión seria y profunda de todas las actuaciones y etapas surtidas en el procedimiento disciplinario.

3. ASUNTO SOMETIDO A ESTUDIO

Problemas jurídicos

i. ¿Los actos administrativos acusados se profirieron con falta de competencia? La respuesta a esta pregunta dependerá del desarrollo de los siguientes subproblemas:

- ¿La competencia de la Sala Plena del Consejo de Estado para conocer de la acción de pérdida de investidura en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas excluía el poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación?
- ¿La viceprocuradora general de la Nación tenía competencia para resolver las recusaciones formuladas en contra del procurador?
- ¿El procurador general de la Nación tenía competencia para adecuar la conducta censurada al señor Néstor Iván Moreno Rojas al tipo de concusión, contenido en el artículo 404 del Código Penal?

ii. ¿Los actos demandados fueron expedidos irregularmente? Este interrogante se contestará a partir de los subproblemas que se enuncian a continuación:

- ¿Su irregularidad se configuró al haberse emitido como resultado de la aplicación del procedimiento disciplinario verbal?
- ¿La expedición irregular se originó a partir de la ausencia del señor Néstor Iván Moreno Rojas en la audiencia del procedimiento verbal en la que se hizo la lectura de la decisión sancionatoria adoptada en su contra, o por los inconvenientes que se presentaron con el poder para actuar de su defensor técnico?

- ¿El vicio afectó los actos acusados por la incongruencia de su contenido con los cargos que le fueron formulados al señor Néstor Iván Moreno Rojas en el procedimiento disciplinario?

iii. ¿Los actos demandados fueron expedidos con falsa motivación o con violación de las normas en que deberían fundarse? De este problema jurídico se derivan los siguientes subproblemas:

- ¿Con los actos acusados la autoridad disciplinaria vulneró el derecho de defensa y los principios de imparcialidad, transparencia, lealtad probatoria y presunción de inocencia, por no haberlos fundado en pruebas que demostraran con certeza la falta atribuida al señor Néstor Iván Moreno Rojas o porque no fueron practicadas todas las que se decretaron a su favor?
- ¿El procurador general de la Nación interpretó erróneamente la ilicitud sustancial de la conducta reprochada al señor Néstor Iván Moreno Rojas?
- ¿En los actos acusados se demostró la conducta dolosa del señor Néstor Iván Moreno Rojas respecto de la falta gravísima que le fue imputada?

iv. ¿La decisión sancionatoria de la Procuraduría en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas está viciada por desviación de poder o por la omisión de la autoridad disciplinaria en investigar los actos de corrupción protagonizados por miembros del grupo empresarial Nule en distintos lugares del país donde estos defraudaron recursos públicos?

A partir de lo expuesto, se resolverán los problemas jurídicos planteados para tomar la decisión que en derecho corresponda en esta sentencia.

3.1. Primer problema jurídico

¿Los actos administrativos acusados se profirieron con falta de competencia?

i. Primer subproblema

¿La competencia de la Sala Plena del Consejo de Estado para conocer de la acción de pérdida de investidura en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas excluía el poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación?

Tesis de la parte demandante

El apoderado del demandante aseguró que la Procuraduría General de la Nación no tenía competencia para sancionar disciplinariamente a su representado por cuanto esa atribución le correspondía a la Sala Plena del Consejo de Estado en la acción de pérdida de investidura. Sus argumentos se exponen a continuación:

El abogado del señor Moreno Rojas indicó que la conducta reprochada por la Procuraduría a su representado, en ese entonces senador, se configuraba como

una causal de pérdida de investidura y, por lo tanto, la competencia para conocer del asunto la tenía la Sala Plena del Consejo de Estado, de acuerdo con lo definido en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política. El apoderado sostuvo que el proceso que debía adelantarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo también era de naturaleza disciplinaria y tenía aplicación preferente, por lo que, al haberse tramitado el procedimiento ante la Procuraduría, se violó por parte de esa entidad el principio *non bis in idem*.

En sus alegatos de conclusión aseveró que la entidad demandada tenía una competencia residual, que no incluía la potestad de avocar conocimiento de las faltas previstas en los artículos 184 de la Constitución y 296 de la Ley 5 de 1992. Asimismo, señaló que esta Corporación ya había emitido sentencia en un proceso de pérdida de investidura que se inició en contra de su representado, y en esta se le impuso la inhabilidad permanente para ejercer cargos públicos, sanción similar a la aplicada por la Procuraduría.

El abogado llamó la atención sobre el hecho de que el procurador general de la Nación que expidió los actos acusados, Alejandro Ordoñez Maldonado, mientras se desempeñó como consejero de Estado, declaró la nulidad del procedimiento disciplinario que se adelantó en contra de la exgobernadora de Cundinamarca, Leonor Serrano de Camargo, por idénticas razones a las que se esbozaron en la demanda.

Para el apoderado, la situación antes descrita implicó la violación de los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además del principio del *non bis in idem*, de acuerdo con las sentencias T-196 de 2015 de la Corte Constitucional y la expedida el 26 de marzo de 2007 en el proceso radicado 25629 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Tesis de la parte demandada

El apoderado de la Procuraduría General de la Nación aseguró que esa entidad sí tenía competencia para adelantar el procedimiento disciplinario en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas por lo siguiente:

La Procuraduría sostuvo que esto era así, porque de conformidad con las sentencias T-147 de 2011 y SU-712 de 2013 de la Corte Constitucional, la acción de pérdida de investidura y la disciplinaria, si bien tienen una naturaleza similar, no son plenamente coincidentes y se pueden adelantar simultáneamente sin que por ello se viole el derecho al debido proceso o el principio del *non bis in idem*.

Asimismo, citó la sentencia del 25 de septiembre de 2008 de la Sección Primera del Consejo de Estado (radicado 73001-23-31-000-2008-00085-01 PI), y el auto del 27 de octubre de 2011 de la Sección Segunda de esta Corporación (radicado 11001-03-25-000-2011-0316-00), providencias en las que se resaltó la autonomía de la acción de pérdida de investidura frente a la potestad disciplinaria de la

Procuraduría General de la Nación, en la medida que la primera es de índole política y la segunda puramente administrativa. Finalmente, a partir de lo anterior, expuso las principales diferencias entre la pérdida de investidura y la acción disciplinaria.

Tesis del Ministerio Público

La procuradora delegada afirmó que la Procuraduría General de la Nación sí tenía competencia para ejercer la acción disciplinaria en contra del demandante de acuerdo con las siguientes razones:

La representante del Ministerio Público sostuvo que los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional (sentencia C-254A de 2012) y del Consejo de Estado (sentencia del 9 de agosto de 2016, radicado 11001-03-25-000-2011-00316-00 [1210-11]), han coincidido en precisar que las acciones disciplinarias y de pérdida de investidura son distintas, y a pesar de que tienen una naturaleza similar, ello no supone un desconocimiento del principio *non bis in idem*.

Tesis de la Sala

La Procuraduría General de la Nación sí tenía competencia para ejercer la acción disciplinaria en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas toda vez que el juicio sancionatorio de pérdida de investidura que adelanta el Consejo de Estado, no excluye ni es incompatible con el poder disciplinario preferente de ese ente de control, aunque se trate de los mismos hechos o conductas consideradas como reprochables, porque son procesos sancionatorios autónomos e independientes entre sí.

Para desarrollar este problema se hará una exposición de los siguientes temas:

- Diferencias entre el juicio de pérdida de investidura que se adelanta ante el Consejo de Estado y la potestad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación (a).
- Caso concreto (b).

a. Diferencias entre el juicio de pérdida de investidura que se adelanta ante el Consejo de Estado y la potestad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación

Con el propósito de rescatar el «prestigio y la respetabilidad del Congreso»¹⁶, desde la expedición de la Constitución de 1991 el régimen de conducta aplicable a los congresistas es especialmente estricto¹⁷. Por esta razón, la Carta

¹⁶ C.Const. Sent. C-247, jun. 1/1995. Ver antecedentes de este mecanismo en RAMÍREZ RAMÍREZ, Jorge Octavio. *Pérdida de Investidura de Congresistas 1991-2017: análisis cuantitativo, cualitativo y fichas de análisis jurisprudencial*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2018, p. 26.

¹⁷ En la exposición de motivos de la ponencia para debate la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente se sostuvo: «El altísimo nivel que supone la categoría de congresista exige que las sanciones por la violación de sus deberes sean drásticas. No sería aceptable que a un

Política ha tipificado conductas que por su alto nivel de reprochabilidad deben ser sancionadas con la pérdida de investidura, lo cual implica la inhabilidad no redimible para ejercer el derecho político a ser elegido popularmente¹⁸. El procedimiento especial a través del cual se impone esta sanción surge como consecuencia de una acción pública cuyas finalidades principales son:

- Garantizar a los ciudadanos que aquellos a quienes se ha distinguido con esta investidura, no abusen de su poder aprovechándolo para alcanzar sus fines personales¹⁹.
- Procurar por la transparencia absoluta de los miembros de las corporaciones públicas en relación con sus actuaciones²⁰.
- Proteger la confianza que el electorado ha depositado en sus elegidos.

Este juicio constituye una ampliación de los mecanismos de participación democrática²¹, que busca la sujeción del congresista a los límites fijados en el ordenamiento constitucional, y desterrar prácticas indebidas, depurar conductas indecorosas, evitar abusos de poder con fines personales, garantizar el interés público y recuperar el prestigio del órgano legislativo²². El artículo 1 de la Ley 1881 de 2018 precisó que este es un juicio de responsabilidad subjetiva, en el cual solo se sanciona al denunciado cuando se compruebe que las conductas reprochadas fueron cometidas en forma dolosa o culposa (elemento de la culpabilidad), disposición que zanjó legislativamente la discusión jurisprudencial que existió en algún momento sobre la naturaleza de estos asuntos²³.

La naturaleza sancionatoria o disciplinaria de esta acción ha propiciado múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional²⁴ y del Consejo de Estado²⁵, en los que se decidieron controversias sobre la violación del principio *non bis in idem* por su eventual concurrencia con responsabilidades administrativas (electorales y disciplinarias) y penales. En este sentido, las líneas jurisprudenciales respecto de

parlamentario se le aplicaran medidas benevolentes como, por ejemplo, descuento de sus salarios o dietas o suspensión temporal en el ejercicio de sus funciones. El congresista debe ser tan riguroso en su conducta, que el resultado de un mal comportamiento sea la pérdida de investidura. [...]. De igual manera el evidente incumplimiento de los deberes del congresista debe ser motivo para la sanción [...]». Gaceta Constitucional núm. 51, pág. 27.

¹⁸ C.Const. Sents. C-497, nov. 3/1994; T-987, nov. 19/2007; C-207, mar. 11/2003; SU-424, ago. 11/2016.

¹⁹ Cfr. C.Const. Sent. C-497, nov. 3/1994; citado en C.E., S. Plena, Sent. 110010315000201200900-00 (2012-00899 y 2012-00960 acumulados), nov. 5/2014.

²⁰ RAMÍREZ RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 26.

²¹ Derecho político calificado de fundamental, previsto en el artículo 40 constitucional. Ver: C. Const. Sent. SU-1159, dic. 4/2003 de la Corte Constitucional.

²² RAMÍREZ RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 26.

²³ C.E. S. Plena, Sent. 11001-03-15-000-2018-03883-01(PI), may. 28/2019.

²⁴ Ver, entre otras: C.Const. Sent. C-319, jul. 14/1994; C.Const. Sent. C-507, nov. 10/1994; C.Const. Sent. C-247, jun. 1/1995; C.Const. C-280, jun. 25/1996; C.Const. Sent. T-162, abr. 30/1998; C.Const. Sent. T-544, may. 28/2004; C.Const. Sent. T-086, feb. 8/2007; C.Const. Sent. SU-424, ago. 11/2016.

²⁵ Ver, entre otras: C.E. S. Plena, Sent. AC-10966, ago. 8/2001; C.E. S. Plena, Sent. 11001-03-15-000-2003-0522-01(PI), jul. 29/2003; C.E. Sec. Primera, Sent. 25000-23-15-000-2002-02994-01(PI), abr. 22/2004; C.E. Sec. Segunda, Subsec. B, Sent. 25000-23-25-000-2003-09361-01(0641-08), oct. 1/2009; C.E. Sec. Segunda, Subsec. A, Sent. 25000-23-25-000-2004-05835-01(0731-08), may. 2/2013; C.E. Sec. Segunda, Subsec. B, Sent. 11001-03-25-000-2012-00681-00 (2362-12), oct. 6/2016; C.E. Sec. Segunda, Subsec. B, Sent. 11001-03-25-000-2011-00399-00(1507-11), may. 10/2018.

este tema han sido consistentes en determinar que **la pérdida de investidura es independiente y autónoma frente a otros regímenes punitivos**, los cuales no son excluyentes entre sí, pues, en nuestro ordenamiento jurídico, es posible que un mismo comportamiento pueda generar investigaciones y sanciones diferentes, siempre y cuando, estas tengan fundamentos normativos, alcances y finalidades distintas²⁶.

En lo relacionado con la potestad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 2 de la Ley 734 de 2002, esta «es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta», lo que, más allá de ser una mera expresión formal de autonomía, se refleja en las diferencias materiales que existen entre esta y la pérdida de investidura.

Así, por ejemplo, la sanción derivada de esta última acción es una sola, e implica una inhabilidad especial y permanente para aspirar a cargos públicos de elección popular²⁷, mientras que las sanciones disciplinarias, se determinan a partir de la gravedad de las faltas, y pueden ser: amonestación escrita, multa, suspensión, suspensión e inhabilidad especial, y destitución e inhabilidad general de entre 10 a 20 años para el desempeño de cargos públicos, o permanente si con la falta se afectó el patrimonio del Estado²⁸.

A partir de lo anterior, debe decirse que **la procedencia de la aplicación sobre unos mismos hechos del proceso judicial de pérdida de investidura y del procedimiento administrativo disciplinario, no conlleva necesariamente la violación del principio de la prohibición del doble enjuiciamiento o *non bis in idem***, toda vez que los regímenes que contienen ambas figuras se diferencian sustancialmente el uno del otro.

b. Caso concreto

Para la Sala, en el caso concreto no se configura el vicio de falta de competencia porque si bien el Consejo de Estado adelantó un juicio de pérdida de investidura en contra del señor Nestor Iván Moreno Rojas, este no excluía la competencia de la PGN para la investigación y sanción de las faltas disciplinarias en que incurriera como senador.

²⁶ C. Const. Sent. C-088, feb. 13/2002: «Esta prohibición del doble enjuiciamiento, o principio del *non bis in idem*, busca evitar que las personas estén sujetas a investigaciones permanentes por un mismo acto. Esta Corte ha reconocido además que en el constitucionalismo colombiano, este principio no se restringe al ámbito penal sino que “se hace extensivo a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (*impeachment*) y el régimen jurídico especial ético - disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas)”. Sin embargo, la prohibición del doble enjuiciamiento no excluye que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando éstas tengan distintos fundamentos normativos y diversas finalidades. Esta Corte ha precisado que el *non bis in idem* veda es que exista una doble sanción, cuando hay identidad de sujetos, acciones, fundamentos normativos y finalidad y alcances de la sanción».

²⁷ C.P. arts., 179-4, 197; L.136/1994, arts. 43-1, 95-1; L. 617/2000, arts. 30-1, 33-1.

²⁸ L. 734/2002, arts. 44, 46.

Lo anterior por cuanto, como se vio, ha sido reiterada por la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación, la tesis de la independencia y la no exclusión del juicio de pérdida de investidura con otros regímenes de responsabilidad, entre ellos el disciplinario que le compete a la Procuraduría General de la Nación, debido a los distintos alcances jurídicos que poseen ambas figuras, los cuales fueron analizados previamente.

Los extractos de sentencias enunciados por el apoderado del demandante estuvieron aislados del contexto de cada una de las providencias a las que pertenecían y de los demás pronunciamientos judiciales que aquí se han presentado; además, de una lectura detenida de los textos transcritos, puede concluirse que estos podrían confirmar la posición que se adopta en este proceso, pues lo que se afirmó fue que una misma conducta puede ser causal de pérdida de investidura y de otras responsabilidades distintas.

Por último, debe resaltarse que no es acertado lo dicho por el abogado del demandante en el sentido de que al señor Néstor Iván Moreno le impusieron una sanción idéntica en el proceso de pérdida de investidura que se adelantó en su contra en la Sala Plena de esta Corporación²⁹, toda vez que esta implicó su inhabilidad especial y permanente para ejercer cargos de elección popular, mientras que la sanción que le impuso la Procuraduría, además de su destitución, incluyó una inhabilidad general para ejercer cualquier cargo público, sea o no de elección popular, y por un periodo determinado de veinte años.

En conclusión: La Procuraduría General de la Nación sí tenía competencia para ejercer la acción disciplinaria en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas toda vez que el juicio sancionatorio de pérdida de investidura que adelanta el Consejo de Estado, no excluye ni es incompatible con el poder disciplinario preferente de ese ente de control, aunque se trate de los mismos hechos o conductas consideradas como reprochables, porque son procesos sancionatorios autónomos e independientes entre sí.

ii. Segundo subproblema

¿La viceprocuradora general de la Nación tenía competencia para resolver las recusaciones formuladas en contra del procurador?

Tesis de la parte demandante

El abogado del demandante aseguró que la viceprocuradora no era competente para resolver las recusaciones que se formularan en contra del procurador general de la Nación de acuerdo con los siguientes argumentos:

El apoderado expuso que, en el marco del procedimiento disciplinario, su poderdante presentó una recusación en contra del procurador general de la Nación, Alejandro Ordoñez Maldonado. Según dijo el abogado, esta solicitud, que

²⁹ C.E. S. Plena. Sent. 11001-03-15-000-2011-00125-00(PI), mar. 12/2013.

pretendía separar a este funcionario del conocimiento de la investigación, fue decidida en un trámite irregular por parte de la viceprocuradora general de la Nación, que derivó en la inhabilitación de la competencia del procurador para sancionar al demandante.

La irregularidad alegada fue fundamentada en lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley 734 de 2002, que obligaba a que la decisión la tomara el superior jerárquico del funcionario recusado, y no como ocurrió en el caso que se analiza, en el cual, la viceprocuradora estaba subordinada ante el procurador, quien era la autoridad que la podía nombrar y remover libremente de su cargo. El apoderado señaló que si bien, el artículo 88 *ibidem*³⁰ le asignaba la competencia a la viceprocuradora para reemplazar al procurador cuando este se declarara impedido, no decía nada respecto de las situaciones en las que no aceptaba la recusación.

Para la defensa esta actuación se contradijo con lo que el procurador general de la Nación sostuvo en el Oficio 01080 del 4 de diciembre de 2009, dirigido a la Corte Constitucional, en el que afirmó que le correspondía al Senado de la República decidir las recusaciones que se interpusieran en su contra, y que en el evento de que estas llegasen a prosperar, lo procedente era que se nombrara un procurador *ad hoc*³¹.

Asimismo, respecto del argumento dado por el procurador para justificar la competencia de la viceprocuradora para resolver las recusaciones que se presentaran en su contra, que consistió en la aseveración de que fue una decisión del Consejo de Estado la que se la había otorgado o declarado, el apoderado consideró que era inconstitucional porque ese era un asunto reservado al legislador, de acuerdo con lo señalado en los numerales 1, 2 y 23 del artículo 150 de la Constitución. Frente a lo anterior, agregó que en la providencia del máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que citó la autoridad disciplinaria, no se había adoptado ninguna determinación que permitiera aceptar la interpretación del procurador sobre ese tema, pues lo que se decidió fue una inhibición para fallar el fondo del asunto controvertido.

Según el apoderado del señor Moreno Rojas, la situación antes descrita se configuró en la violación de los principios de transparencia e imparcialidad en las actuaciones administrativas, lo que además vició de nulidad el acto que resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión sancionatoria de única instancia, por las causales de expedición en forma irregular y falta de competencia.

En los alegatos de conclusión, indicó que la recusación que presentó su poderdante se basó en lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 30 del Decreto 1 de 1984, Código Contencioso Administrativo vigente para esa época, la cual estaba relacionada con los acercamientos que tuvo el señor Alejandro Ordoñez Maldonado con el demandante y su hermano Samuel Moreno Rojas, con el fin de pedirles el apoyo del partido Polo Democrático, al cual pertenecían, para ser

³⁰ En el mismo lugar.

³¹ Para esto.

elegido como jefe de la entidad demandada. Según el abogado, el señor Ordoñez Maldonado manifestó que esto era cierto y que agradecía esa ayuda, pero nada más.

Sobre la forma en que se decidió la recusación, el apoderado señaló que el defensor que tenía el señor Moreno Rojas en el procedimiento disciplinario arguyó en el trámite que esta debió resolverse de conformidad con el último inciso del artículo 69 de la Ley 200 de 1995, el cual no fue derogado por la Ley 734 de 2002, que disponía que «[...] en caso de impedimento del Procurador General de la Nación se solicitará al Senado de la República la designación de un Procurador ad hoc [...]». Según el abogado, ese precepto de la Ley 200 era aplicable toda vez que el artículo 224 de la Ley 734 derogó las normas que le fueran contrarias y no aquellas que fueran complementarias.

Del mismo modo, la viceprocuradora general de la Nación tampoco tenía la competencia para decidir la recusación, porque el numeral 19 del artículo 17 del Decreto Ley 262 de 2000 precisaba que esta funcionaria debía limitarse a « [c]onocer y resolver los impedimentos manifestados por los funcionarios de su despacho, así como las recusaciones que contra los mismos se formulen», lo que no incluía las que se presentaran en contra del procurador general de la Nación.

Tesis de la parte demandada

El apoderado de la entidad demandada sostuvo que la viceprocuradora sí tenía competencia para decidir las recusaciones que se formularan en contra del procurador general de la Nación, por las razones que pasan a exponerse:

El abogado de la Procuraduría señaló que la Ley 734 de 2002 no precisó cuál era el funcionario competente para decidir las recusaciones que no fueran aceptadas por el procurador general de la Nación, toda vez que este no tenía superior jerárquico para tales efectos.

No obstante lo precedente, de acuerdo con lo decidido por el Consejo de Estado (sentencia del 14 de mayo de 2009 de la Sección Primera, radicado 11001-03-24-000-2009-00093-00 y auto del 21 de julio de 2014 de la Sección Segunda, radicado 11001-03-25-000-2012-00560-00) y la Corte Constitucional (sentencia T-901 de 2004), con la interpretación analógica del artículo 88 de la mencionada ley, se avaló la tesis según la cual, el viceprocurador general de la Nación podía resolver las recusaciones no aceptadas por parte del jefe de la Procuraduría.

Tesis del Ministerio Público

La representante del Ministerio Público sostuvo que la viceprocuradora sí tenía competencia para resolver las recusaciones contra el procurador general de la Nación. Su tesis se fundamentó en lo siguiente:

La procuradora delegada señaló que en la sentencia del 9 de agosto de 2016, de la Sala Plena del Consejo de Estado (radicado 11001-03-25-000-2011-00316-00

[1210-11]), esta Corporación determinó que la Corte Constitucional, al estudiar el artículo 88 de la Ley 734 de 2002 en la sentencia C-1076 de ese año, «concluyó que resultaba ajustado a la Constitución y acorde con el querer del legislador que el Viceprocurador asuma el conocimiento de los asuntos en los que el Procurador se declare impedido o es recusado y se acepte la recusación. En igual sentido lo es para resolver la recusación cuando la misma no es aceptada».

Tesis de la Sala

La viceprocuradora general de la Nación sí tenía competencia para resolver las recusaciones formuladas en contra del procurador, según lo definió el precedente contenido en la sentencia SU-712 de 2013 de la Corte Constitucional.

Para desarrollar este problema se hará una exposición de los siguientes temas:

- Precedente judicial contenido en la sentencia SU-712 de 2013 de la Corte Constitucional, sobre los alcances del derecho al debido proceso en relación con la competencia de la viceprocuradora general de la Nación para decidir las recusaciones presentadas en contra del procurador general de la Nación (a).
- Caso concreto (b).

a. Precedente judicial contenido en la sentencia SU-712 de 2013 de la Corte Constitucional, sobre los alcances del derecho al debido proceso en relación con la competencia del viceprocurador general de la Nación para decidir las recusaciones presentadas en contra del procurador general de la Nación

Los impedimentos y recusaciones son instituciones procesales creadas por la ley, cuya finalidad es garantizar el recto e imparcial ejercicio de las funciones públicas, a partir de la definición de circunstancias de orden objetivo y subjetivo que impiden a los servidores estatales conocer de determinados asuntos particulares, si no se les ha prorrogado la competencia en forma legal para ello³².

El Título III del Libro IV de la Ley 734 de 2002³³ se ocupa de la regulación de estas figuras en el marco del procedimiento disciplinario. En lo relativo a su trámite, el artículo 87 *ibidem* señala lo siguiente:

Artículo 87. Procedimiento en caso de impedimento o de recusación. **En caso de impedimento el servidor público enviará, inmediatamente, la actuación disciplinaria al superior**, quien decidirá de plano dentro de los tres días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quien corresponde el conocimiento de las diligencias.

³² BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*. Octava edición. Medellín: Señal Editora, 2013, p. 421.

³³ L. 734/2002, arts. 84-88.

Cuando se trate de recusación, el servidor público manifestará si acepta o no la causal, dentro de los dos días siguientes a la fecha de su formulación, vencido este término, **se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior**.

La actuación disciplinaria se suspenderá desde que se manifieste el impedimento o se presente la recusación y hasta cuando se decida. [Negrita fuera de texto].

Además de lo anterior, cuando se trata de impedimentos y recusaciones del procurador general de la Nación, el artículo 88 *ejusdem* dispone:

Artículo 88. Impedimento y recusación del Procurador General de la Nación. Si el Procurador General de la Nación se declara impedido o es recusado y acepta la causal, el Viceprocurador General de la Nación asumirá el conocimiento de la actuación disciplinaria.

De lo previsto en estas normas puede observarse que, cuando se recusa a un servidor público en el contexto disciplinario, este deberá manifestar si acepta la causal en el término perentorio de dos días, y después de su vencimiento, lo que procede es la remisión de la actuación al superior para que defina la legalidad de la decisión adoptada. Ahora bien, cuando se trata de recusaciones en contra del procurador general de la Nación, lo único que dice la Ley 734 es que, de ser aceptada por este funcionario, el viceprocurador general de la Nación asumirá el conocimiento del asunto, pero se deja una laguna frente a la condición de la inexistencia de un superior jerárquico del jefe del Ministerio Público que tenga la competencia para resolverlas.

Esta situación ha sido solucionada en la Procuraduría con la asignación de la competencia para decidir estas recusaciones al viceprocurador general de la Nación, lo cual, ha generado múltiples pronunciamientos del Consejo de Estado³⁴ y de la Corte Constitucional³⁵ a partir de diversas acciones judiciales donde se ha alegado que este procedimiento resulta lesivo del derecho fundamental al debido proceso y del principio de imparcialidad. Al respecto, estas Corporaciones han coincidido en afirmar que resulta ajustado al ordenamiento jurídico que el viceprocurador tenga la función antes referida.

Entre las sentencias emitidas por la Corte Constitucional se encuentra la SU-712 de 2013, en la que se creó un precedente, en el sentido estricto del término³⁶⁻³⁷,

³⁴ Entre otras: C.E. S. Plena. Sent. 11001-03-25-000-2011-00316-00(SU), ago. 9/2016; C.E. Sec. Primera, Auto. 11001-03-24-000-2009-00093-00, may. 14/2009.

³⁵ Entre otras: C.Const. Sent. C-1076, dic. 5/2002; C.Const. Sent. T-961, oct. 7/2004; C.Const. Sent. SU-712, oct. 17/2013.

³⁶ El precedente es el criterio jurídico, principio o fundamento que justifica una decisión, que es utilizado como una fuente jurídica para resolver casos futuros, que, además, incorpora en su seno los hechos materiales del caso. Cfr. DEIK ACOSTAMADIEDO, Carolina. *El precedente contencioso administrativo: Teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 289-290.

³⁷ « [...] tendrán valor de precedente las reglas jurisprudenciales sobre el alcance de derechos fundamentales dictadas por la Corte Constitucional en sentencias de revisión de tutela y de unificación (T y SU). Lo anterior porque son precisamente estas y no otras sentencias dictadas por este órgano de cierre las que permiten al operador jurídico acometer un juicio o test de igualdad respecto de un caso futuro. Ello se debe a que la regla incorpora los hechos materiales del caso

acerca del alcance del derecho fundamental al debido proceso en el asunto en cuestión. En esta providencia de unificación, proferida por la Sala Plena de ese Tribunal, se resolvió una acción de tutela interpuesta por la exsenadora Piedad Esneda Córdoba Ruíz en contra de la Procuraduría General de la Nación, a raíz de la imposición de una sanción disciplinaria en su contra, que consistió en su destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos por el término de dieciocho años.

Entre los supuestos fácticos del caso resuelto en esa tutela se tiene que, en el procedimiento disciplinario, la accionante interpuso un recurso de reposición en contra del acto administrativo sancionatorio de única instancia, emitido por el procurador general de la Nación, a la vez que lo recusó con motivo de algunas declaraciones públicas que este funcionario entregó a varios medios de comunicación. En ese caso, el jefe del Ministerio Público concluyó que no existían razones para apartarse del conocimiento de la actuación administrativa, por lo que remitió el asunto para que fuera decidido por la viceprocuradora general, quien desestimó la recusación presentada.

A partir de lo previamente señalado, en la solicitud de tutela, la señora Córdoba Ruíz alegó la vulneración de su derecho fundamental al debido proceso porque consideró, entre otras cosas, que la viceprocuradora carecía de competencia para decidir la recusación formulada en contra del procurador general de la Nación, de manera que este no podía continuar con el conocimiento del procedimiento disciplinario, por encontrarse incurso en una causal de impedimento. La accionante arguyó, asimismo, la violación del principio de imparcialidad, porque el funcionario recusado era el superior jerárquico de quien decidió la recusación y era la persona que la había designado en su cargo, además de la cual dependía su permanencia en este, habida cuenta de que era de libre nombramiento y remoción.

Para resolver lo anterior, la Corte Constitucional formuló el siguiente problema jurídico:

¿El Viceprocurador General de la Nación está facultado para tramitar y decidir las recusaciones contra el jefe del Ministerio Público, formuladas en el curso de un proceso disciplinario, cuando este no acepta las razones invocadas por quien propone el incidente?

cuya resolución da origen a la regla que sirve de fuente para resolver casos futuros. En relación con el carácter de precedente de las sentencias de revisión de tutela, explica Quinche: “El precedente judicial en tutela [...] [s]i se trata de una sentencia (SU), de unificación, proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, [...] es completamente obligatorio para todas las autoridades públicas, incluyendo jueces y tribunales, en virtud de muchas razones, algunas de ellas muy obvias, como sería la de considerar que si la regla contenida en una sentencia de unificación no es obligatoria, entonces no tiene sentido unificar [...] La cuestión acerca de la obligatoriedad de las reglas contenidas en los fallos de tutela es de la mayor importancia, pues la respuesta que se dé al asunto involucra el compromiso real de respetar el derecho de la igualdad de trato jurídico y otros derechos fundamentales. En sentido contrario, cuando no se siguen los precedentes judiciales y en especial el precedente de tutela, lo que se establece es la voluntad perversa de violar la igualdad y la de dar un trato diferenciado a circunstancias de hecho iguales”». *Ibidem*. pp. 361-362.

La respuesta a esta cuestión se expresó en la *ratio decidendi*³⁸ de la sentencia, frente a ese particular tema, así:

[...] la Corte considera que una lectura integral y sistemática de las normas que regulan el trámite de los impedimentos y recusaciones contra el jefe del Ministerio Público en los procesos disciplinarios permite sostener que en estos eventos el Viceprocurador también es el competente para conocer y decidir la recusación [...] no puede asumirse *ab initio* que el Viceprocurador carecerá de objetividad e imparcialidad para resolver la recusación, o que abdicará en el cumplimiento de sus funciones en virtud de su nominación por el Procurador General de la Nación. Si fuese así no tendría sentido que decidiera cuando el titular se declara impedido o acepta las causales invocadas, ya que en tal caso también estaría viciada su imparcialidad. Precisamente para controlar eventuales excesos es que se ha previsto el control judicial de sus decisiones, así como la atribución de responsabilidades individuales, cuando llegare a actuar contrario a la Constitución, la ley o los principios y valores en que se inspiran. [...]

Con base en lo anterior, y para lo que interesa en este proceso, en la aludida providencia se citó lo que esa Corporación había precisado en la sentencia T-961 de 2004 acerca de la posibilidad de nombrar un procurador *ad hoc* para reemplazar al jefe del Ministerio Público en eventos de impedimentos y recusaciones, de lo cual se resalta lo siguiente:

[...] La ley 2000 de 1995 (sic) en su inciso 4.º tenía previsto que en caso de impedimento del Procurador General debía solicitarse al Senado la designación de Procurador *Ad-hoc*.

El Decreto legislativo 262 del 2000 que corresponde a la organización estructural del Procuraduría, en el artículo 17 contempla las funciones del Viceprocurador General y en el numeral 3.º dispone “*Reemplazar al Procurador General en todos los casos de impedimentos*”. El artículo 88 del Código Disciplinario Único vigente (ley 734 del 2002) se refiere de manera específica a los casos de “*Impedimento y recusación del Procurador General de la Nación*”, y dispone: “*Si el Procurador General de la Nación se declara impedido o es recusado y acepta la causal, el Viceprocurador General de la Nación asumirá el conocimiento de la actuación disciplinaria*”.

Los dos textos legales tienen el valor de la especialidad, porque se refieren de manera específica a la forma como debe ser reemplazado el Procurador en casos de impedimento o recusación. De manera que la previsión de la Ley 200 de 1995 fue derogada de manera expresa tanto por el ejecutivo legislador, al definir la nueva estructura de la Procuraduría, como por parte del Congreso, con motivo de la aprobación de la nueva ley configurativa del Código Disciplinario Único, actualmente vigente.

La Corte Constitucional, frente al impedimento del Procurador para emitir conceptos de constitucionalidad, asigna el conocimiento al Viceprocurador. Resulta totalmente incoherente que una sea la forma de

³⁸ La *ratio decidendi* es el fundamento jurídico-normativo directo y razón suficiente de la decisión material adoptada en la parte resolutive de una sentencia, en términos específicos para los hechos del caso, esto es, como la regla de derecho determinante del sentido de la decisión y su contenido específico. Cfr. C.E. Sec. Segunda, Subsec. A, Auto. 11001-03-25-000-2013-01528-00(3918-13), abr. 9/2014.

reemplazar al Procurador cuando se impide para conceptuar y otra en los procesos disciplinarios, cuando la ley no hace distinción alguna al respecto.

Los dos dispositivos, el de la Ley 262 del 2000 y la 734 del 2002 concurren en el propósito de que el impedimento del Procurador, se defina en todos los casos al interior de la misma institución, entre otras cosas, por la ingrata experiencia de varios procuradores Ad-hoc designados por el Congreso para cada caso de impedimento del jefe del Ministerio Público. [...] (Subrayado propio del texto).

Con fundamento en lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que no se había vulnerado el derecho al debido proceso de la accionante y denegó la tutela interpuesta por ella. De esta manera, la regla jurisprudencial que se acaba de referenciar será tenida en cuenta como precedente porque permite realizar un juicio o test de igualdad respecto del caso que se resuelve en este proceso.

b. Caso concreto

El apoderado del señor Néstor Iván Moreno Rojas sostuvo que la decisión sancionatoria proferida por el procurador general de la Nación en contra de su representado estaba viciada de nulidad, porque la recusación que este presentó con la intención de apartar al jefe del Ministerio Público del conocimiento de su trámite sancionatorio, fue resuelta por la viceprocuradora general de la Nación, funcionaria subordinada al procurador, quien la consideró infundada.

De lo anterior puede observarse que existe una relación analógica entre los hechos relevantes del caso del señor Moreno Rojas y el que fue resuelto por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-712 de 2013, por lo que, en la solución de este problema jurídico, se aplicará la regla derivada de la *ratio decidendi* de la providencia tomada como precedente, la cual señaló que, en el marco de un procedimiento disciplinario, **resulta ajustado al ordenamiento jurídico que en los eventos en que un disciplinado presente una recusación en contra del procurador general de la Nación, esta sea resuelta por el viceprocurador general de la Nación.**

Por lo expuesto, los vicios de nulidad alegados por la parte demandante respecto de este problema jurídico no pueden prosperar.

En conclusión: La viceprocuradora general de la Nación sí tenía competencia para resolver las recusaciones formuladas en contra del procurador, según lo definió el precedente contenido en la sentencia SU-712 de 2013 de la Corte Constitucional.

iii. Tercer subproblema

¿El procurador general de la Nación tenía competencia para adecuar la conducta censurada al señor Néstor Iván Moreno Rojas al tipo de concusión, contenido en el artículo 404 del Código Penal?

Tesis de la parte demandante

El abogado del demandante afirmó que el procurador no tenía competencia para imputarle a su representado la comisión del delito de concusión. En ese sentido arguyó que la autoridad disciplinaria asumió competencias privativas de los jueces penales de la República al haber adecuado la conducta de su representado a ese tipo, previsto en el artículo 404 del Código Penal.

Tesis de la parte demandada

El abogado de la demandada aseguró que el procurador general sí tenía competencia para imputarle al señor Moreno Rojas la comisión del delito de concusión. Esto por cuanto, de acuerdo con lo definido por la Corte Constitucional en la sentencia C-720 de 2006, para la calificación de la falta gravísima contenida en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, no era necesario un proceso penal, puesto que la responsabilidad disciplinaria es autónoma y tiene una naturaleza propia.

Tesis del Ministerio Público:

No se pronunció expresamente sobre este tema.

Tesis de la Sala

El procurador general de la Nación sí tenía competencia para adecuar la conducta censurada al señor Néstor Iván Moreno Rojas al tipo penal de concusión, porque el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 dispone que es falta disciplinaria gravísima, la realización objetiva de la descripción típica de un delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o con abuso de este.

Para desarrollar este problema se hará una exposición de los siguientes temas:

- Constitucionalidad del numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 (a.).
- Caso concreto (b.).

a. Constitucionalidad del numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002

La cuestión de la competencia que tiene el procurador general de la Nación para investigar y sancionar faltas disciplinarias, que al mismo tiempo se configuran como delitos tipificados en el Código Penal, está estrechamente relacionada con la aplicación del principio *non bis in idem* que, como se dijo previamente, en nuestro ordenamiento constitucional, no impide que un mismo comportamiento genere responsabilidades distintas, siempre y cuando, estas tengan un fundamento jurídico y unos alcances diferentes.

Sobre este tema, se resalta particularmente lo que decidió la Corte Constitucional en las sentencias C-124 de 2003 y C-720 de 2006, en las que se resolvieron negativamente dos demandas de inconstitucionalidad en contra del numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que determina como falta disciplinaria gravísima el «realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo».

En la primera de las sentencias referidas, la Corte señaló que el legislador había definido adecuadamente, con un criterio genérico o amplio, mediante un tipo abierto, propio del derecho disciplinario, la conducta sancionable en virtud de ese precepto particular. En la segunda de las providencias, precisó que no se vulneraba el principio de la prohibición del doble enjuiciamiento con dicha disposición, de acuerdo con lo siguiente:

[...] La diferencia en cuanto a la naturaleza, principios, características y finalidad de los procesos penal y disciplinario, puede llevar a que por un mismo hecho: i) se condene penalmente y se sancione disciplinariamente a la misma persona, ii) se le condene penalmente y se le absuelva disciplinariamente, iii) se le absuelva penalmente y se le sancione disciplinariamente, o iv) se le absuelva penal y disciplinariamente.

En todas estas hipótesis se habrá tramitado tanto el proceso penal como el disciplinario, sin que haya mérito para considerar que por tal razón se ha violado el principio *non bis in ídem*, pues, como se ha explicado, se trata de juicios que atienden a razones y fines diferentes, los cuales pueden dar lugar a decisiones similares o divergentes. [...].

A partir de lo anterior, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma precitada y, por lo tanto, esta tiene plena vigencia para ser aplicada por las autoridades disciplinarias.

b. Caso concreto

De acuerdo con lo expuesto, esta causal de nulidad de los actos acusados no está llamada a prosperar, porque según lo prevé el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002³⁹, se configura como falta disciplinaria gravísima la realización objetiva de la descripción típica de un delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o con abuso de este.

A partir de lo anterior, el procurador general de la Nación, en ejercicio de su potestad disciplinaria, sí tenía competencia para adecuar la conducta del demandante al delito de concusión, pues esta tipificación era plenamente posible a la luz de lo previsto en la Ley 734 de 2002. En este sentido, es la autoridad disciplinaria la que realiza la tipificación de la falta y determina, según las pruebas por ella recaudadas, a qué tipo penal se adecúa la conducta del investigado, sin

³⁹ Declarado exequible por la Corte Constitucional como se expuso en precedencia.

que deba esperarse que ello sea realizado por un juez penal, en atención a las diferencias entre una y otra acción.

En conclusión: El procurador general de la Nación sí tenía competencia para adecuar la conducta censurada al señor Néstor Iván Moreno Rojas al tipo penal de concusión, porque el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 dispone que es falta disciplinaria gravísima, la realización objetiva de la descripción típica de un delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o con abuso de este.

3.2. Segundo problema jurídico

¿Los actos demandados fueron expedidos irregularmente?

i. Primer subproblema

¿Su irregularidad se configuró al haberse emitido como resultado de la aplicación del procedimiento disciplinario verbal?

Tesis de la parte demandante

El abogado del demandante aseguró que los actos administrativos acusados fueron expedidos irregularmente por haberse adelantado a través del procedimiento verbal y justificó su tesis en las siguientes razones:

El apoderado sostuvo que la escogencia del trámite que derivó en los actos acusados fue irregular, toda vez que para él debió ser el consagrado en el artículo 182 de la Ley 734 de 2002, esto es, el procedimiento disciplinario especial ante el procurador general de la Nación, y no el verbal, definido en el artículo 175 *ibidem*.

Para sustentar su argumento, el abogado señaló que la conducta reprochada al señor Moreno Rojas se adecuaba a una de las causales previstas en el numeral 1 del artículo 278 de la Constitución que preveía, en consonancia con el artículo 182 antes mencionado, que debía aplicarse el procedimiento especial cuando se tratara de eventos en los que se hubiera derivado un evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio del cargo o función del servidor público disciplinado. Asimismo, sostuvo que el trámite verbal no era procedente respecto de la falta gravísima prevista en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y, además, en el caso concreto analizado, no se cumplían con las demás condiciones para su aplicación.

Tesis de la parte demandada

El apoderado de la Procuraduría aseveró que los actos administrativos acusados no se profirieron irregularmente, toda vez que el procedimiento aplicable a su expedición era el verbal. Esto de acuerdo con lo siguiente:

El referido togado aseguró que no había lugar a la aplicación del procedimiento disciplinario especial pues, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 287 de la Constitución, y de lo precisado por la Corte Constitucional en la sentencia C-230 de 2004, este trámite procedía cuando la conducta del servidor público, respecto de las causales determinadas en la Carta, revestía una gravedad representativa y además era manifiesta o evidente, lo que no se cumplía con el señor Moreno Rojas.

A su vez, afirmó que sí era aplicable el procedimiento verbal dentro de lo previsto en el tercer inciso del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, porque según este precepto, y lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-242 de 2010, este trámite se podía adelantar en todos aquellos casos en los que, al momento de decidirse sobre la apertura de la investigación disciplinaria, se encontraran reunidos los requisitos para formular cargos.

De esta manera la Procuraduría, al evaluar en la decisión del 28 de febrero de 2011 los resultados de la indagación preliminar, consideró que estaban presentes los elementos previstos en el artículo 162 de la Ley 734 de 2002 para formularle cargos al demandante y, por ende, adecuó al procedimiento verbal el trámite que se adelantaba en su contra.

Tesis del Ministerio Público

No se pronunció expresamente sobre este tema.

Tesis de la Sala

No se configuró el vicio de expedición irregular porque el procedimiento verbal era el trámite adecuado para adelantar la actuación disciplinaria en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas.

Para desarrollar este problema se hará una exposición de los siguientes temas:

- Condiciones para la aplicación del procedimiento disciplinario verbal (a).
- Condiciones para la aplicación del procedimiento disciplinario especial ante el procurador general de la Nación (b).
- Caso concreto (c).

a. Condiciones para la aplicación del procedimiento disciplinario verbal

Con la finalidad de lograr mayor celeridad en los trámites disciplinarios e impedir que la sanción pierda su pertinencia y efectos reparadores⁴⁰, la Ley 734 de 2002

⁴⁰ En la sentencia C-1076 de 2002 de la Corte Constitucional se citan apartes de los antecedentes legislativos de la norma de la siguiente forma: «En la época actual, en que la celeridad es elemento esencial de la eficacia, es preciso que los órganos de control cuenten con herramientas legales ágiles y dinámicas que permitan dar respuestas oportunas, cuando todavía la sociedad resiente la conducta irregular del funcionario o el daño acusado, y no cinco años después cuando la sanción ha perdido tanto la pertinencia como sus efectos reparadores. Este es el criterio que orienta e

concibió el procedimiento verbal como un medio expedito para adelantar las diligencias tendientes a verificar la responsabilidad del servidor público, siempre que se cumplan determinadas condiciones.

El artículo 175 de la Ley 734 de 2002⁴¹ definió los eventos en los cuales es viable adelantar la investigación disciplinaria por el procedimiento verbal, así:

Artículo 175. Aplicación del procedimiento verbal. El procedimiento verbal se adelantará contra los servidores públicos en los casos en que el sujeto disciplinable sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta, cuando haya confesión y en todo caso cuando la falta sea leve.

También se aplicará el procedimiento verbal para las faltas gravísimas contempladas en el artículo 48 numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 47, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 62 de esta ley.

En todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia⁴².

[...]

Puede observarse que además de los eventos de flagrancia, confesión, falta leve y las faltas gravísimas taxativamente definidas en la norma, el inciso tercero de esa disposición señaló que, «**en todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable**», si al decidir sobre la procedencia de la apertura de investigación, la autoridad disciplinaria encuentra que se cumplen los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos, esta deberá citar a audiencia.

En relación con este último evento, conviene precisar que, conforme al artículo 162 de la Ley 734 de 2002, habrá lugar a formular pliego de cargos cuando esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado, mediante decisión que debe contener los aspectos relacionados en el artículo 163 *ibidem*⁴³.

inspira el procedimiento disciplinario previsto en el último libro del proyecto. Por esta razón, se creó un procedimiento verbal simplificado a la realización de una audiencia dentro de los dos días siguientes a la verificación de la situación de flagrancia o al conocimiento del hecho; es aplicable por el jefe inmediato cuando la falta sea leve o cuando el servidor público sea sorprendido en flagrancia o confiese la autoría de una falta grave o gravísima». Cfr. Gaceta del Congreso núm. 291 del 27 de julio de 2000, Senado de la República, Proyecto de Ley Número 19 de 2000, p. 24.

⁴¹ En la versión original del artículo, vigente para la época en la que la autoridad disciplinaria citó a audiencia verbal, esto es, el 28 de febrero de 2011.

⁴² Este inciso fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-242 de 2010.

⁴³ L. 734/2002, art. 163: «Contenido de la decisión de cargos. La decisión mediante la cual se formulen cargos al investigado deberá contener:

1. La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó.
2. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta.
3. La identificación del autor o autores de la falta.
4. La denominación del cargo o la función desempeñada en la época de comisión de la conducta.
5. El análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados.
6. La exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, de conformidad con lo señalado en el artículo 43 de este código.

Del mismo modo, la Corte Constitucional, en sentencia C-242 de 2010, declaró la exequibilidad del tercer inciso del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, al considerar que dicho precepto no vulneraba el artículo 29 de la Carta Política. Para la Corte, el propósito de esa regla era constitucionalmente legítimo, porque buscaba que las actuaciones en materia disciplinaria fueran ágiles y se adelantaran bajo los principios de eficiencia, eficacia, economía procesal y celeridad, lo que armonizaba con el artículo 209 Superior, en concordancia con los objetivos que perseguía el Código Disciplinario Único y con el artículo 1 de la Ley 1285 de 2009⁴⁴, relacionado con la prontitud y eficacia de las actuaciones de la administración de justicia⁴⁵.

La Corte también concluyó que, en el inciso antes mencionado, la expresión «en todo caso» tenía un alcance independiente del contenido de los primeros dos incisos del artículo, por lo que su aplicación dependía, únicamente, de la verificación objetiva de la falta y de la existencia de elementos de prueba que comprometieran la responsabilidad de la persona disciplinada.

b. Condiciones para la aplicación del procedimiento disciplinario especial ante el procurador general de la Nación

El Capítulo II del Título XI, del Libro IV de la Ley 734 de 2002⁴⁶ consagra la regulación del procedimiento disciplinario especial ante el procurador general de la Nación; sobre su aplicación, el artículo 182 *ibidem*⁴⁷ dispone que este procederá cuando la conducta irregular de un sujeto disciplinable sea alguna de las previstas en el numeral 1 del artículo 278 de la Constitución Política. Dicha norma señala lo siguiente:

ARTICULO 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones:

1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir **de manera manifiesta** la Constitución o la ley; **derivar evidente** e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o

7. La forma de culpabilidad.

8. El análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales.

⁴⁴ «**Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia**».

⁴⁵ L. 1285/2009, art. 1: «Modifíquese el artículo 4° de la Ley 270 de 1996: Celeridad y Oralidad. La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria. Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos [...]».

⁴⁶ L. 734/2002, arts. 182-191

⁴⁷ L.734/2002, art. 182: «Procedencia. Cuando la conducta por la cual se procede sea alguna de las previstas en el artículo 278, numeral 1, de la Constitución Política, el procedimiento aplicable será el previsto en este capítulo».

una autoridad administrativa o jurisdiccional; **obrar con manifiesta negligencia** en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo [...] (Negrita fuera de texto).

Sobre este tópico, la Corte Constitucional, en la sentencia C-230 de 2004, se pronunció así:

[...] 5. Una detenida lectura del artículo 278 de la Carta, permite advertir lo siguiente:

a. Para los efectos de esa institución, el constituyente sustrajo la potestad de configuración de tipos disciplinarios del legislador y la ejerció por sí mismo. Lo hizo respecto de comportamientos que denotan especial gravedad, que relacionó de manera taxativa y que no pueden ser restringidos ni ampliados por el legislador. Esas faltas remiten a hechos muy graves e indicativos, **de manera manifiesta**, del incumplimiento de los deberes funcionales de los funcionarios públicos.

[...]

un análisis sistemático de los antecedentes históricos y de los artículos 277 ordinal 6º y 278 ordinal 1º permite distinguir con nitidez las figuras de la destitución y la desvinculación. Así, la primera es la privación del cargo público que realiza la autoridad disciplinaria competente como consecuencia de un procedimiento que demuestra una grave responsabilidad disciplinaria, mientras que la desvinculación se entiende como una sanción de separación del cargo que impone directamente el Procurador General de la Nación, previa audiencia, en aquellos casos graves, **en donde existen evidencias claras ab initio de la responsabilidad disciplinaria de la persona investigada**. Por lo tanto, los términos destitución y desvinculación del cargo público coinciden en cuanto constituyen la terminación del vínculo jurídico entre el servidor del Estado y la Administración como consecuencia de una sanción disciplinaria. Pero se diferencian en el procedimiento utilizado y en la autoridad que lo impone. El primero, esto es, la destitución se impone por el funcionario legalmente autorizado y después de la aplicación en todo su rigor de las normas disciplinarias que rigen la actuación, mientras que la desvinculación se aplica por el Procurador General de la Nación, mediante un procedimiento breve que comprueba la conducta manifiestamente responsable". (Sentencia C-255-97) [...] (Negrita fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, este procedimiento tendría que aplicarse cuando, además de presentarse las situaciones de fondo previstas de forma estricta en las causales del numeral 1 del artículo 278 de la Constitución, estas adicionalmente sean manifiestas o evidentes. En tal forma, para el resto de conductas que contravengan el régimen disciplinario, deberán observarse las faltas establecidas en la Ley 734 de 2002 y aquellas otras en que estén previstas este tipo de comportamientos.

c. Caso concreto

En el escrito de la demanda, el abogado del señor Néstor Iván Moreno Rojas adujo la violación del derecho al debido proceso de su representado porque la autoridad disciplinaria negó sistemáticamente las nulidades propuestas por este en el marco del trámite sancionatorio. A pesar de lo dicho, en lo relativo a este motivo de impugnación, solo expresó argumentos concretos frente a lo que para él debió ser la escogencia del procedimiento especial ante el procurador general de la Nación, por sobre el verbal, que fue el que se aplicó para imponerle la sanción contenida en los actos acusados. En esta medida, la Sala se limitará a analizar esta cuestión.

A partir de lo anterior se considera que no le asiste razón al abogado del demandante porque, tal como se vio, el procedimiento disciplinario especial ante el procurador general de la Nación solo era aplicable si la conducta irregular reprochada al servidor público, además de ajustarse a los presupuestos sustanciales previstos en la norma constitucional antes referida, resultaba manifiesta o evidente. Este último requisito no se cumplía en el caso que se estudia, toda vez que el trámite sancionatorio inició con una indagación preliminar^{48_49} a raíz de la información ventilada a través de los medios de comunicación en una rueda de prensa del entonces concejal Carlos Vicente de Roux y el senador Gustavo Petro Urrego⁵⁰, **de la cual no se podía derivar la demostración obvia de los elementos configurativos de la responsabilidad disciplinaria del señor Néstor Iván Moreno Rojas.**

Al respecto se resalta lo señalado en el artículo noticioso del 21 de octubre de 2010, publicado por el diario El Tiempo y anexado al expediente disciplinario, sobre lo dicho por el concejal de Roux:

[...] De entrada, de Roux advirtió que sólo cuentan con indicios de malas prácticas, que no son jueces y sólo buscan combatir la corrupción. [...]

En el mismo sentido, debe decirse que el argumento acerca de la imposibilidad de adelantar el procedimiento verbal cuando se trata de la falta del numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 no está llamado a prosperar, porque si bien, esta no se encuentra prevista en el inciso segundo del artículo 175 *ibidem*, **sí puede enmarcarse en el supuesto del inciso tercero de dicha disposición**, esto es, que en todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al decidir sobre la procedencia de la apertura de investigación, la autoridad disciplinaria encuentra que se cumplen los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos, esta deberá citar a audiencia.

⁴⁸ Folios 9-14 expediente disciplinario IUS 2010-349363. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\cuaderno N.1º- con un CD\1.folio 1 -53, cuaderno N.1.pdf".

⁴⁹ L.734/2002, art. 150: «Procedencia, fines y trámite de la indagación preliminar. En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar. La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad.

En caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará indagación preliminar [...]

⁵⁰ Folios 1-3 expediente disciplinario IUS 2010-349363. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\cuaderno N.1º- con un CD\1.folio 1 -53, cuaderno N.1.pdf".

Lo precedente puede corroborarse con la motivación del acto en el que se evaluaron los resultados de la indagación preliminar, se formularon cargos y se citó a audiencia⁵¹ en el que, sobre la adecuación al procedimiento verbal, la Procuraduría sostuvo que se encontraban presentes en ese momento los requisitos previstos en el artículo 162 *eiusdem* para proferir pliego de cargos porque estaba objetivamente demostrada la falta y existía prueba que comprometía la responsabilidad del investigado⁵².

En conclusión: No se configuró el vicio de expedición irregular porque el procedimiento verbal era el trámite adecuado para adelantar la actuación disciplinaria en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas.

ii. Segundo subproblema

¿La expedición irregular se originó a partir de la ausencia del señor Néstor Iván Moreno Rojas en la audiencia del procedimiento verbal en la que se hizo la lectura de la decisión sancionatoria adoptada en su contra, o por los inconvenientes que se presentaron con el poder para actuar de su defensor técnico?

Tesis de la parte demandante

El abogado del demandante sostuvo que se configuró el vicio de expedición irregular por los siguientes argumentos:

El apoderado arguyó que en la audiencia de lectura de la decisión sancionatoria se vulneraron los derechos al debido proceso y a la defensa de su representado, porque la Procuraduría inició la diligencia sin contar con la presencia del señor Moreno Rojas, que se encontraba privado de la libertad, ni de su defensor. Esta anomalía se presentó porque la citación que llegó a la cárcel en la que se encontraba recluso el disciplinado, tenía como hora de realización de la audiencia la 1:30 p.m., de lo cual existe prueba en la dirección de la penitenciaría.

Finalmente, señaló que, en la audiencia, el procurador revocó el reconocimiento de personería al defensor del demandante, con el argumento de que en el poder que el señor Moreno Rojas le había otorgado, no había autorización expresa para realizar sustituciones. Según el abogado, esto fue decidido sin que se exhibiera el poder que acreditara el fundamento de la determinación adoptada.

Tesis de la parte demandada

El abogado de la Procuraduría sostuvo que no se configuró el vicio de expedición irregular por lo siguiente:

⁵¹ Folios 805-838, *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\cuaderno N.4\1.Folios 805-838 cuaderno N.4.pdf".

⁵² Folios 833-834 *ibidem*.

El apoderado señaló que, de acuerdo con la ley disciplinaria, la presencia del investigado o su apoderado en la audiencia del procedimiento verbal no era imprescindible; lo necesario, según los parámetros del debido proceso, era el otorgamiento de las garantías suficientes para el ejercicio del derecho de contradicción y defensa.

Según él, lo anterior se cumplió porque la audiencia celebrada el 20 de enero de 2012, era la continuación de la que se había iniciado y suspendido el 16 de ese mes y año por solicitud del apoderado del señor Moreno Rojas, por cuanto el primero se encontraba fuera del país y el segundo privado de la libertad en un centro de reclusión. Además, el mismo 16 de enero, la Procuraduría le informó al defensor del demandante, por correo electrónico y a su dirección personal, sobre la decisión de reprogramar la audiencia para el 20 de enero a las 8:00 a.m., determinación que ya había sido notificada en estrados.

La misma información enviada al apoderado del demandante le fue remitida a este a la cárcel, lo cual consta en la anotación que hizo para indicar que se daba por enterado de la comunicación y solicitar que esta le fuera notificada a su abogado defensor que se encontraba para esa época fuera del país. Del mismo modo, la autoridad disciplinaria le solicitó al INPEC autorización para el traslado del señor Moreno Rojas, la cual fue concedida, pero no fue aprovechada por él.

A partir de lo anterior, el apoderado de la Procuraduría sostuvo que en el trámite disciplinario se hicieron las gestiones que permitían garantizar la presencia del señor Néstor Iván Moreno Rojas en la audiencia de lectura de la decisión sancionatoria, pero este manifestó su deseo de no comparecer a la diligencia. A su vez, en lo relacionado con su abogado, Jaime Araujo Rentería, el ente de control habilitó la posibilidad para que acudiera al consulado de Colombia en la ciudad de Miami con el fin de que pudiera ejercer su defensa, pero el apoderado se abstuvo de presentarse allí.

Finalmente, en lo relativo a la revocatoria de la personería para actuar dentro del procedimiento disciplinario al abogado Mauricio Alarcón Rojas, el apoderado de la Procuraduría precisó que esta situación se había presentado porque Jaime Araujo Rentería, abogado principal del señor Moreno Rojas, no tenía conferido poder para sustituir el mandato que le había otorgado su poderdante; no obstante, en desarrollo de la audiencia del 20 de enero de 2012, el señor Alarcón Rojas allegó un poder nuevo, conferido directamente por el demandante, y a partir de esto se le permitió actuar dentro del procedimiento.

Tesis del Ministerio Público

No se pronunció expresamente sobre este tema.

Tesis de la Sala

No se configuró el vicio de expedición irregular porque el señor Néstor Iván Moreno Rojas y su apoderado fueron debidamente notificados de la fecha, hora y

lugar de realización de la audiencia de lectura de la decisión sancionatoria, y al final, el demandante pudo ejercer su derecho de defensa a través de la presentación del recurso de reposición en contra del acto definitivo de única instancia.

Para desarrollar este problema se hará una exposición de los siguientes temas:

- El principio de celeridad en la actuación disciplinaria y la posibilidad de comparecencia del investigado y su defensor a la audiencia del procedimiento verbal (a.).
- Caso concreto (b.).

a. El principio de celeridad en la actuación disciplinaria y la posibilidad de comparecencia del investigado y su defensor a la audiencia del procedimiento verbal

El artículo 12 de la Ley 734 de 2002⁵³ consagra el principio de celeridad de la actuación disciplinaria, según el cual, el funcionario competente para adelantar el trámite lo impulsará oficiosamente y cumplirá estrictamente los términos previstos en la ley. En el marco del procedimiento verbal, este mandato de optimización se ve reflejado en la posibilidad de que el funcionario a cargo del asunto, ante la decisión del investigado de no comparecer o intervenir en la audiencia, continúe con ella hasta adoptar la decisión definitiva que corresponda.

En todo caso, la validez de lo actuado en estas condiciones dependerá de que se hayan realizado las debidas notificaciones de las decisiones sobre la fijación de la fecha, hora y lugar de las respectivas diligencias. De esta manera, si el investigado y su apoderado fueron debidamente notificados, y no comparecen a la audiencia, esta puede continuar sin ninguna dificultad, toda vez que el impulso del procedimiento no puede depender de la voluntad del implicado. Si de esta situación se derivan situaciones desfavorables para él, en aplicación del principio general del derecho *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*⁵⁴, posteriormente no las podrá alegar en su favor⁵⁵.

b. Caso concreto

La Sala considera que a partir de la verificación de las actuaciones relacionadas con la notificación al demandante y a su apoderado sobre la fecha, hora y lugar de continuación de la audiencia verbal, concretamente, para la lectura de la decisión definitiva, no se confinguró el vicio alegado. Además, el impase con el poder para el abogado suplente fue superado y este pudo actuar en el trámite e interponer recurso de reposición en contra del acto sancionatorio. A continuación se

⁵³ L. 734/2002, art. 12: «Artículo 12. Celeridad de la actuación disciplinaria. El funcionario competente impulsará oficiosamente la actuación disciplinaria y cumplirá estrictamente los términos previstos en este código».

⁵⁴ Nadie puede alegar en su favor su propia culpa.

⁵⁵ Cfr. BRITO RUÍZ, Fernando. *Régimen disciplinario*. Cuarta edición. Bogotá: Legis, 2012, p. 267.

referencian las piezas del expediente disciplinario que dan cuenta de lo precedente:

- *Acta de la audiencia verbal del 5 de diciembre de 2011*⁵⁶: En la diligencia registrada en este documento, el apoderado del demandante terminó de presentar sus alegaciones finales y el procurador fijó como fecha para proferir el acto definitivo el 16 de enero de 2012 a las 10:00 a.m.
- *Solicitud suscrita por el apoderado del demandante para el aplazamiento de la diligencia de lectura del acto definitivo*⁵⁷: En este documento, del cual no resulta legible la fecha de su recepción en la Procuraduría, el abogado principal del señor Néstor Iván Moreno Rojas expuso que se encontraba fuera del país y que por razones de fuerza mayor, relacionadas con el cambio de su itinerario en la aerolínea en la que había comprado sus tiquetes de regreso, solo le era posible volver hasta el 12 de febrero de 2012. Asimismo, indicó que no había podido nombrar un abogado suplente y, por lo tanto, le pidió a la autoridad disciplinaria que fijara una nueva fecha para proferir la decisión definitiva.
- *Comunicación enviada por el señor Néstor Iván Moreno Rojas al director de la penitenciaría La Picota el 12 de enero de 2012*⁵⁸: En este documento, el demandante le informa al director de la cárcel en la que se encontraba recluido que no asistiría a la audiencia del 16 de enero de 2012 porque su abogado se encontraba fuera del país.
- *Acta de la audiencia verbal del 16 de enero de 2012*⁵⁹: En esta se dejó constancia de la decisión negativa del procurador frente a la solicitud del apoderado principal del demandante, de fijación de fecha para la diligencia de lectura del acto definitivo para después del 13 de febrero de 2012, toda vez que consideró que la justificación del abogado no correspondía a un evento de fuerza mayor. A partir de lo anterior, reprogramó la audiencia para el 20 de enero de ese año a las 8:00 a.m., e indicó que el abogado podía acudir al consulado de Miami para participar de la diligencia por internet.
- *Oficio 12928 del 16 de enero de 2012 de la Procuraduría General de la Nación*⁶⁰: Dirigido por correo electrónico al abogado principal del demandante en el que se le informó acerca de la decisión de reprogramar la diligencia de lectura del acto definitivo para el 20 de enero de 2012 a las

⁵⁶ Folio 4231, expediente disciplinario IUS 2010-349363. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.17º\1. FOLIOS 4226-4232.pdf".

⁵⁷ Folios 4241-4244, *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.17º\13. FOLIOS 4240-4250.pdf".

⁵⁸ Folio 4258 *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.17º\15. FOLIOS 4252-4269.pdf"

⁵⁹ Folios 4249-4250 *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.17º\13. FOLIOS 4240-4250.pdf".

⁶⁰ Folios 4265-4266 *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.17º\15. FOLIOS 4252-4269.pdf".

8:00 a.m. y se le indicó que podía participar de esta a través de internet en el Consulado de Colombia en Miami.

- *Oficio 12929 del 16 de enero de 2012 de la Procuraduría General de la Nación*⁶¹: A través de este oficio, enviado por correo electrónico el 17 de enero de 2012, la Procuraduría le solicitó a la cónsul general central de Colombia en Miami que permitiera la participación vía *Skype* en ese Consulado del abogado del demandante en la audiencia en la que se iba a proferir el acto definitivo del procedimiento disciplinario.
- *Oficio 783 del 16 de enero de 2012 de la Procuraduría General de la Nación*⁶²: Dirigido a la ministra de Relaciones Exteriores, en el que se le pedía colaboración en los trámites para la realización de la videoconferencia en el Consulado de Colombia en Miami con el abogado principal del demandante el 20 de enero de 2012 a las 8:00 a.m.
- *Oficio 4310 del 16 de enero de 2012 de la Procuraduría General de la Nación*⁶³: Con este oficio dirigido al señor Néstor Iván Moreno Rojas, recibido personalmente por él, el 17 de enero de 2012, la Procuraduría le informó que se había reprogramado la diligencia de lectura del acto definitivo para el viernes 20 de enero de 2012 a las 8:00 a.m. Allí también se le indicó que se habilitaría el Consulado de Colombia en Miami para que su abogado pudiera participar en la audiencia vía *Skype* o a través de la página web de la Procuraduría. En este documento, el demandante hizo una nota a mano en la que señaló que se daba por enterado de esa comunicación y solicitó que se notificara a sus abogados sobre lo decidido.
- *Oficio 4691 del 17 de enero de 2012 de la Procuraduría General de la Nación*⁶⁴: Dirigido al director general del INPEC, y recibido por este el mismo día de su emisión, en el que se le solicitaba que autorizara el traslado del demandante a la sede de la Procuraduría el 20 de enero de 2012 a las 8:00 a.m., con el fin de que pudiera estar presente en la continuación de la audiencia verbal para la lectura de la decisión definitiva del procedimiento que se adelantaba en su contra.
- *Petición del demandante para el aplazamiento de la diligencia de lectura de la decisión definitiva*⁶⁵: En esta solicitud, el señor Moreno Rojas le pide al procurador que acceda al aplazamiento de la lectura del acto definitivo en su procedimiento disciplinario para el 14 de febrero de 2012.

⁶¹ Folios 4252-4253 *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.17\15. FOLIOS 4252-4269.pdf".

⁶² Folio 4257 *ibidem*.

⁶³ Folio 4280 *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.17\16. FOLIOS 4270-4286.pdf".

⁶⁴ Folio 4284 *ibidem*.

⁶⁵ Folio 4267 *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.17\15. FOLIOS 4252-4269.pdf".

- *Solicitud del demandante para la suspensión de la audiencia del 20 de enero de 2012*⁶⁶: En este documento, entregado en la Procuraduría vía fax el día en que se realizó la audiencia en la que se profirió la decisión definitiva, el señor Néstor Iván Moreno Rojas manifestó que se acababa de enterar que el abogado que suplió a su apoderado principal en esa diligencia había sido expulsado de ella, por cuanto no estaba ratificado el poder que este le otorgó. A partir de lo anterior, el demandante solicitó que se suspendiera la audiencia hasta tanto llegara físicamente al lugar donde se realizaba, el poder que directamente le confirió al nuevo apoderado.
- *Poder especial otorgado por el demandante al abogado que lo representó en la audiencia del 20 de enero de 2012*⁶⁷: En este documento, el señor Moreno Rojas le otorgó poder especial al abogado Mauricio Alarcón Rojas para que lo representara en la audiencia de lectura del acto definitivo en el procedimiento disciplinario que se adelantaba en su contra.
- *Constancia de ejecutoria de la decisión sancionatoria impuesta al señor Néstor Iván Moreno Rojas*⁶⁸: En este documento, la Procuraduría dejó constancia de que la decisión sancionatoria de única instancia proferida en audiencia el 20 de enero de 2012 había quedado ejecutoriada después de ser objeto de recurso de reposición, el cual fue presentado y sustentado verbalmente por parte del apoderado del demandante, y resuelto al día siguiente en continuación de la diligencia.

De conformidad con lo anterior, para la Sala resulta claro que la autoridad disciplinaria fue diligente al tratar de garantizar la presencia del demandante y de su apoderado en la audiencia en la que se profirió el acto sancionatorio en su contra, por lo que su derecho al debido proceso fue respetado.

En conclusión: No se configuró el vicio de expedición irregular porque el señor Néstor Iván Moreno Rojas y su apoderado fueron debidamente notificados de la fecha, hora y lugar de realización de la audiencia de lectura de la decisión sancionatoria, y al final, el demandante pudo ejercer su derecho de defensa a través de la presentación del recurso de reposición en contra del acto definitivo de única instancia.

iii. Tercer subproblema

¿El vicio afectó los actos acusados por la incongruencia de su contenido con los cargos que le fueron formulados al señor Néstor Iván Moreno Rojas en el procedimiento disciplinario?

Tesis de la parte demandante

⁶⁶ Folio 4282 *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.17\16.FOLIOS 4270-4286.pdf".

⁶⁷ Folio 4274 *ibidem*.

⁶⁸ Folio 4470 *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.17\38.FOLIOS 4470-4489.pdf".

El abogado del demandante afirmó que se configuró el vicio de la expedición irregular por la incongruencia entre el pliego de cargos y la decisión sancionatoria. Lo anterior de acuerdo con lo que se expone a continuación:

El apoderado adujo que la autoridad disciplinaria desconoció el principio de congruencia entre la formulación de cargos y la decisión sancionatoria porque no tuvo en cuenta que las pruebas practicadas en el procedimiento desvirtuaron las imputaciones hechas al señor Moreno Rojas. En sus alegatos de conclusión precisó que esta irregularidad se configuró a partir de la variación en las fechas en las que la Procuraduría señaló que probablemente se había realizado la reunión en Miami, pues en el acto de trámite se dijo que el encuentro fue entre el 15 y el 25 de julio de 2008, y en el acto definitivo que fue entre 4 al 6 del mismo mes y año.

Tesis de la parte demandada

El apoderado de la Procuraduría sostuvo que no se configuró el vicio de expedición irregular por lo siguiente:

El abogado negó que la autoridad disciplinaria hubiera cambiado la fecha de la reunión en Miami toda vez que, en la decisión de adecuar el procedimiento al trámite verbal y de formulación de cargos, donde no se requería certeza o exactitud en el conocimiento de los hechos sino probabilidad, la autoridad disciplinaria indicó que esta se había realizado en julio de 2008.

Tesis del Ministerio Público

No se pronunció expresamente sobre este tema.

Tesis de la Sala

No se configuró el vicio de expedición irregular porque la formulación de cargos y el acto sancionatorio fueron congruentes entre sí, en los elementos esenciales de la imputación disciplinaria.

Para desarrollar este problema se hará una exposición de los siguientes temas:

- El principio de congruencia entre el pliego de cargos y la decisión sancionatoria disciplinaria (a).
- Caso concreto (b).

a. El principio de congruencia entre el pliego de cargos y la decisión sancionatoria disciplinaria

El principio de congruencia entre la formulación del pliego de cargos y el fallo disciplinario se refiere a la correspondencia que debe existir entre dichos actos en la denominación jurídica que se endilga al disciplinado. En tal virtud, se proscribe

que se formule un cargo por una falta y el fallo disciplinario atribuya una distinta a aquella que fue imputada en el pliego de cargos⁶⁹.

El desconocimiento del principio de congruencia trae como consecuencia la posibilidad de invalidar la actuación por violación del debido proceso del disciplinado. Tal principio encuentra relevancia al garantizar que el implicado pueda ejercer su derecho de defensa y contradicción, y materializa especialmente los derechos de acceso a la investigación⁷⁰ y de rendir descargos⁷¹. Por esta razón el pliego de cargos debe notificarse personalmente⁷² y contener la siguiente información⁷³:

1. La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó.
2. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta.
3. La identificación del autor o autores de la falta.
4. La denominación del cargo o la función desempeñada en la época de comisión de la conducta.
5. El análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados.
6. La exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, de conformidad con lo señalado en el artículo 43 de este código [Ley 734 de 2002].
7. La forma de culpabilidad.
8. El análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales.

La formulación de cargos impone un límite claro a la actuación sancionatoria por parte de la autoridad disciplinaria, pues esta deberá concentrarse únicamente en la conducta constitutiva de falta, cuyas circunstancias de tiempo, modo y lugar se describen en dicha decisión, y que, de conformidad con las pruebas recaudadas hasta esa etapa del procedimiento administrativo, sea atribuible al investigado.

Se destaca que el acto de formulación de cargos no constituye la imputación definitiva que se efectúa en el transcurso del procedimiento disciplinario, toda vez que esta es apenas una adecuación típica provisional, pues en dicha instancia de la actuación administrativa sancionatoria, no necesariamente se ha escuchado al disciplinado y seguramente no se habrá recaudado la totalidad de los elementos de juicio que otorguen certeza al fallador disciplinario de la comisión de la falta investigada, dado que el pliego de cargos cumple la finalidad específica de limitar o concretizar el ámbito de la actuación y permite al investigado ejercer su derecho de contradicción y defensa⁷⁴.

⁶⁹ Cfr. C.E., Sec. Segunda. Subsec. A, Sent. 11001-03-25-000-2011-00170-00 (0583-2011), jun. 30/2016, y C.E., Sec. Segunda. Subsec. A, Sent. 11001-03-25-000-2011-00651-00 (2542-2011), nov. 10/2016.

⁷⁰ CDU, art. 92-1.

⁷¹ CDU, art. 92-5.

⁷² CDU, art. 165.

⁷³ CDU, art. 163.

⁷⁴ C.E., Sec. Segunda. Subsec. B, Sent. 25000-23-42-000-2014-03148-01 (0985-2017), may. 18/2018.

Ahora bien, en la medida que la decisión de formulación de cargos constituye un acto provisional, el artículo 165 del CDU permite su variación luego de concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo, pero, tal modificación no puede hacerse de manera discrecional, sino que solo procede por error en la calificación jurídica o por la aparición de una prueba sobreviniente. Además, la decisión que en este sentido se tome, también supone la obligación de notificación, de la misma forma en que se hace para el pliego de cargos, así como la de otorgar un nuevo término para solicitar y practicar otras pruebas.

Una vez agotada la oportunidad procesal antes señalada, la autoridad disciplinaria **no podrá modificar en la decisión sancionatoria elementos esenciales de la imputación tales como la conducta reprochada, la ilicitud sustancial o la culpabilidad**. Esto implicaría la vulneración del principio de congruencia entre la imputación que pudo ser controvertida por el investigado y la realizada en el fallo disciplinario. Dicho acto constituiría una evidente vulneración del derecho al debido proceso administrativo del disciplinado, el cual no tendría oportunidad alguna para controvertir los aspectos objeto de la variación⁷⁵.

b. Caso concreto

La Sala valora que la incongruencia argüida por el apoderado del demandante no se configuró, pues como se vio, esta irregularidad surge cuando existen variaciones en los elementos esenciales de la imputación disciplinaria, lo cual, en este caso, no ocurrió.

En la elaboración del esquema presentado en el primer acápite de las consideraciones de esta providencia pudo observarse que los elementos esenciales de la imputación disciplinaria eran coincidentes en la formulación de cargos y en el acto sancionatorio; además, el argumento esgrimido por el apoderado del demandante está relacionado con la valoración probatoria hecha por la autoridad disciplinaria para fundamentar los actos acusados, cuyo análisis corresponde a una causal de nulidad diferente a esta, la cual se analizará posteriormente.

En conclusión: No se configuró el vicio de expedición irregular porque la formulación de cargos y el acto sancionatorio fueron congruentes entre sí, en los elementos esenciales de la imputación disciplinaria.

3.3. Tercer problema jurídico

¿Los actos demandados fueron expedidos con falsa motivación o con violación de las normas en que deberían fundarse?

i. Primer subproblema

⁷⁵ *Ibidem*.

¿Con los actos acusados la autoridad disciplinaria vulneró el derecho de defensa y los principios de imparcialidad, transparencia, lealtad probatoria y presunción de inocencia, por no haberlos fundado en pruebas que demostraran con certeza la falta atribuida al señor Néstor Iván Moreno Rojas o porque no fueron practicadas todas las que se decretaron a su favor?

Tesis de la parte demandante

Según el abogado del señor Néstor Iván Moreno Rojas, los actos fueron expedidos con falsa motivación y con violación de las normas en que debían fundarse. Esta tesis la basó en los siguientes argumentos:

- *Desconocimiento del derecho de defensa por falta de práctica de pruebas legalmente decretadas. Valoración indebida del material probatorio*

El abogado sostuvo que la Procuraduría expidió los actos acusados sin haber practicado la totalidad de las pruebas decretadas por solicitud de la defensa, aunque no indicó en cuáles se había incurrido esta omisión. Por esto, argumentó que fueron violados los artículos 29 de la Constitución y 169 de la Ley 734 de 2002.

Además de lo anterior, sobre la prueba del contrato de usufructo que habría celebrado la esposa del señor Moreno Rojas con el Grupo Nule para la entrega de las áreas de uso exclusivo de la concesión Bogotá-Girardot, señaló que esta se había basado en los testimonios de «MONTERROSA, GENECO, BETIN y DE LOS NULE», en contravía de lo dispuesto en el artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, que exigía que este tipo de contratos, bilaterales y solemnes, solo podían ser probados con la escritura pública que los contuviera, lo cual, en el procedimiento disciplinario, no se cumplió.

- *Violación de las garantías de imparcialidad y transparencia*

Sobre la imparcialidad, el abogado expuso que en las decisiones de formulación de cargos y sancionatoria, se había violado esta garantía o principio, porque el procurador le dio crédito a lo declarado por los señores Nule, a pesar de su condición *sub judice* y de sus contradicciones, imprecisiones, vaguedades e interés en el resultado de los procesos que se adelantaban en contra de los hermanos Moreno Rojas. Respecto de la transparencia hizo un análisis teórico del concepto que no fue concretado frente a cuestiones particulares de la expedición de los actos acusados.

- *Violación de normas legales, falsa motivación*

De acuerdo con el apoderado del demandante, estos vicios se configuraron porque la Procuraduría sancionó a su poderdante sin contar con pruebas directas de su participación en las irregularidades que se le atribuyeron y sin verificar o apreciar aquellas que servían en su defensa. Esto se vio reflejado en la imprecisión que hubo en las declaraciones de los señores Nule respecto de la

fecha de la reunión en Miami y del lugar donde se realizó; también de la enemistad declarada de estos con los hermanos Moreno Rojas, de la negación de lo sucedido por parte del abogado Álvaro Dávila Peña y, por último, de la no demostración de las exigencias indebidas que supuestamente habría hecho el señor Néstor Iván Moreno Rojas.

El abogado afirmó que su representado demostró que, para la época de la supuesta reunión en Miami, según los registros migratorios del DAS y de su pasaporte, él no se encontraba en esa ciudad sino en Bogotá, y que la salida más próxima a la fecha en que la Procuraduría aseguró que se había realizado el encuentro, la hizo a la ciudad de México, lo cual fue ignorado por la autoridad disciplinaria. Con esto se habrían violado los preceptos de los artículos 128, 129 y 153 de la Ley 734 de 2002.

En sus alegatos de conclusión, el apoderado insistió en su inconformidad con la manera en que la autoridad disciplinaria dio por demostrado el actuar ilícito de su representado, pues, para él, no hubo certeza de la fecha ni el lugar en el cual supuestamente se habría realizado la reunión en Miami con los Nule y Álvaro Dávila Peña, y la hipótesis que fundamentó la decisión sancionatoria se derivó exclusivamente del testimonio rendido por Miguel Nule Velilla en la ciudad de Panamá.

Igualmente, llamó la atención sobre el hecho de que, en el procedimiento disciplinario, la Procuraduría determinó que luego de la reunión en Miami se habrían realizado otras tres reuniones en Colombia, pero, a pesar de esta afirmación, de lo probado en el trámite solo existían referencias vagas por parte del señor Nule Velilla a dos reuniones, con lo que una se quedó por fuera de lo evidenciado por la entidad demandada. Respecto de estas reuniones resaltó que lo dicho por el mencionado declarante no fue soportado con otras pruebas, como podrían haber sido los registros de entrada a las viviendas donde se llevaron a cabo los encuentros.

El abogado adujo que la autoridad disciplinaria no investigó a cabalidad todas las circunstancias que rodearon los hechos que justificaron la sanción para su representado, toda vez que no averiguó en el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) de Bogotá por los procedimientos previos y de ejecución de los contratos sobre los que supuestamente el señor Moreno Rojas había influido. Para el apoderado, esta deficiencia investigativa mostraba el interés oculto del procurador para conducir la actuación en contra del demandante con base, únicamente, en el testimonio del señor Miguel Nule Velilla. Asimismo, indicó que dentro del expediente sancionatorio no aparecía el contrato sobre el que se conjeturó que contenía el acuerdo de la comisión del 6% por la adjudicación de las obras del distrito, porque, sencillamente, este nunca existió.

- *Violación al principio de presunción de inocencia*

Respecto de la violación de este principio, contenido en el artículo 9 de la Ley 734 de 2002, el abogado sostuvo que en el procedimiento disciplinario adelantado en

contra del señor Moreno Rojas, el procurador había partido, no de la presunción de inocencia del investigado, sino de la presunción de su responsabilidad, toda vez que dio como cierto lo dicho por los señores Nule en sus declaraciones, sin que para ello tuviera un respaldo probatorio de sus afirmaciones. Del mismo modo, consideró que se pudo evidenciar la vulneración de este principio por parte de la Procuraduría con la desestimación de lo dicho en la declaración jurada del señor Álvaro Dávila Peña, y con el rechazo de los argumentos de defensa del demandante.

A partir de lo anterior, para resaltar la falta de certeza en la demostración de la responsabilidad del señor Néstor Iván Moreno Rojas, su apoderado planteó una serie de cuestiones o dudas relacionadas con las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos investigados y del conflicto de intereses que tenían los señores Nule en el asunto.

- *Violación al debido proceso y a la lealtad probatoria por falsedad ideológica*

Según el abogado del señor Moreno Rojas, su representado denunció, en la audiencia de descargos realizada el 22 de marzo de 2011, que existía una falsedad ideológica en la formulación de cargos porque se había cambiado la fecha en que supuestamente se efectuó la reunión en Miami. En este sentido, aseguró que en las declaraciones de los señores Nule y del señor José Darío Simancas, estos afirmaron que el encuentro se habría realizado, eventualmente, en el año 2009, y la Procuraduría, con el fin de acomodar la hipótesis sobre la adjudicación de los contratos de la malla vial de Bogotá, por el contrario, sostuvo que fue en el 2008.

El apoderado expuso que el señor Dávila Peña negó haber asistido a la reunión en el *Starbucks Coffee*, pero la Procuraduría no le dio credibilidad a su aseveración. Asimismo, sostuvo que el señor Moreno Rojas aportó la información sobre la ubicación exacta del sitio del supuesto encuentro, que arrojó un desfase de cuatro cuadras con lo inicialmente señalado por los Nule, quienes viajaban constantemente a la ciudad de Miami y la debían conocer con suficiencia. A pesar de esto, la Procuraduría pasó por alto esta imprecisión, la cual tenía alcances sustanciales en la valoración probatoria.

Por otro lado, el apoderado aseguró que la autoridad disciplinaria dio por cierto que el señor Álvaro Dávila Peña había solicitado el pago de pretensiones económicas en el asunto, pero que, sin razón alguna, las trasladó en cabeza de su poderdante.

Tesis de la parte demandada

El apoderado de la entidad demandada aseguró que los vicios alegados no se configuraron por lo siguiente:

- *Respecto del desconocimiento del derecho de defensa por la omisión en la práctica de pruebas legalmente decretadas*

Frente a este argumento, el abogado de la entidad demandada resaltó que en el escrito introductor no se indicó cuáles eran las pruebas decretadas por la Procuraduría que supuestamente se dejaron de practicar.

Además, sobre lo alegado acerca de la ausencia de prueba idónea para demostrar la existencia del contrato de usufructo de acuerdo con el artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, sostuvo que la aplicación de dicha norma no venía al caso porque el problema jurídico que debía resolverse en el procedimiento disciplinario no se centraba en determinar la existencia o validez del acuerdo de voluntades conforme a las normas civiles o comerciales. Lo que se buscaba era revelar la solicitud realizada por el señor Néstor Iván Moreno Rojas a los Nule para que le entregaran las áreas de servicios para la instalación de estaciones de gasolina.

- *Sobre la violación de los principios de imparcialidad y transparencia*

El abogado de la Procuraduría aseguró que esa entidad había respetado el principio de imparcialidad, en la medida en que la decisión sancionatoria fue soportada en un amplio material probatorio, dentro del cual se encontraban las declaraciones rendidas por los señores Miguel Eduardo Nule Velilla y Guido Nule Marino, no solo ante la Procuraduría, sino, también, ante la Corte Suprema de Justicia en el proceso penal adelantado en contra de Néstor Iván Moreno Rojas con el radicado 34282, que terminó con sentencia del 27 de octubre de 2014, en la que se condenó al demandante por el delito de concusión.

En los alegatos de conclusión la parte demandada resaltó que en esta providencia se hizo un análisis, respecto de lo declarado por los señores Miguel Nule Velilla y Guido Nule Marino, muy similar al que hizo la autoridad disciplinaria para motivar los actos acusados. Así, tanto en el proceso penal como en el procedimiento administrativo sancionatorio, la imprecisión en la determinación de la fecha exacta de la reunión que se realizó en Miami en julio de 2008 no fue óbice para la adopción de las decisiones que fueron demandadas por el señor Moreno Rojas.

Igualmente, se refirió al proceso de pérdida de investidura del que fue sujeto el demandante, adelantado por la Sala Plena del Consejo de Estado y que finalizó con la sentencia del 12 de marzo de 2013, con radicado 2011-00125-00, en la que se decretó la pérdida de investidura del señor Néstor Iván Moreno Rojas porque con su conducta incurrió en la causal primera del artículo 183 de la Constitución, al haber violado la prohibición consagrada en el numeral 4 del artículo 180 *ibidem*. Según la entidad demandada, dicho proceso tuvo como fundamento los mismos hechos que dieron lugar a la investigación disciplinaria. Del mismo modo, transcribió algunos extractos de la providencia en los que se hizo la valoración de la prueba testimonial que en este proceso controvierte la parte demandante.

De esta manera, el apoderado destacó que en el acto sancionatorio se desarrolló un acápite dedicado exclusivamente a la valoración de estos testimonios, así como a explicar todo lo concerniente al principio de la sana crítica. Igualmente, resaltó que la Procuraduría puso de presente, desde un comienzo, que los Nule

eran testigos sospechosos, por lo que sus aseveraciones debían ser verificadas con todo el acervo probatorio incorporado al expediente disciplinario, lo cual se hizo. Añadió también que los argumentos de defensa del señor Moreno Rojas fueron desvirtuados plenamente por el procurador y que en estos asuntos no existía tarifa legal para apreciar las pruebas.

Por otro lado, en lo referido a la violación del principio de transparencia, el abogado señaló que la parte demandante se limitó a enunciar este principio, pero no expuso argumentos encaminados a demostrar su vulneración, por lo que pidió que se emitiera una decisión inhibitoria sobre este particular asunto.

- *Frente a la violación de normas legales, falsa motivación*

El abogado de la entidad demandada sostuvo, en relación con el vicio de falsa motivación alegado, que este no se configuró porque la decisión sancionatoria en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas se había adoptado con base en pruebas documentales y testimoniales que demostraron su responsabilidad frente a la falta que se le atribuyó. En este sentido, cuestiones como la fecha y el lugar exactos de la reunión sostenida entre el demandante y los señores Álvaro Dávila Peña, Miguel Nule Velilla y Guido Nule Marino en Miami en el 2008, se acreditaron, no solo con las declaraciones de quienes estuvieron presentes allí, sino, también, con los oficios allegados al procedimiento disciplinario por parte del DAS en los que se observaban las fechas en las que estas personas habrían coincidido en esa ciudad.

Para apoyar este argumento, el apoderado transcribió los apartes del acto sancionatorio en los que el procurador general de la Nación se refirió al sistema de la sana crítica en la valoración probatoria, así como al peso que le dio a los testimonios de los involucrados, junto con los demás medios probatorios incorporados al expediente. De esta manera aclaró que en la motivación de la decisión definitiva, la Procuraduría definió como posible fecha de la reunión, el lapso entre el 4 y el 6 de julio de 2008.

En sus alegatos de conclusión se refirió a las certificaciones de control migratorio ordenadas como medio de prueba en este proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, y sostuvo que lo acreditado con estos documentos también había sido analizado en el procedimiento disciplinario y en el proceso penal, con lo que se demostró que los señores Néstor Iván Moreno Rojas, Álvaro Dávila Peña, Miguel Eduardo Nule Velilla y Guido Alberto Nule Marino, coincidieron en la ciudad de Miami el 5 y 6 de julio de 2008.

- *Frente a la violación del principio de presunción de inocencia*

El apoderado de la entidad demandada afirmó que, al contrario de lo dicho por la parte demandante, las declaraciones del señor Álvaro Dávila Peña sí fueron tenidas en cuenta por la Procuraduría al momento de emitir el acto sancionatorio, solo que, del análisis de estas junto con el resto de los elementos de prueba, se llegó a la conclusión de que no existía credibilidad sobre lo testificado por él. El

apoderado sostuvo también que la responsabilidad del señor Néstor Iván Moreno Rojas se demostró fehacientemente en el procedimiento disciplinario, para lo cual transcribió algunos apartes de la decisión definitiva donde se abordó lo relacionado con la reunión en Miami y la función del demandante como intercesor en la adjudicación de los contratos del distrito.

- *Sobre la violación al debido proceso y a la lealtad probatoria por falsedad ideológica*

El abogado de la Procuraduría negó que esa entidad hubiera cambiado la fecha de la reunión en Miami toda vez que, en la decisión de adecuar el procedimiento al trámite verbal y de formulación de cargos, donde no se requiere certeza o exactitud en el conocimiento de los hechos sino probabilidad, la autoridad disciplinaria indicó que esta se había realizado en julio de 2008.

Tesis del Ministerio Público

La representante del Ministerio Público apoyó la tesis de la parte demandada y sustentó su concepto con las siguientes razones:

- *Frente al desconocimiento del derecho de defensa por la omisión en la práctica de pruebas legalmente decretadas*

La procuradora delegada resaltó que la parte demandante no indicó cuáles fueron las pruebas que se decretaron y se dejaron de practicar por la autoridad disciplinaria. En este sentido, aseguró que, en el marco del procedimiento sancionatorio, en decisión del 15 de junio de 2011, en la que se repuso parcialmente el acto de trámite sobre el decreto de pruebas del 7 del mismo mes y año, se ordenaron algunas que solicitó la defensa. Por lo anterior, consideró que este argumento tampoco podía prosperar.

- *Respecto del desconocimiento de los principios de imparcialidad y transparencia*

La representante del Ministerio Público aseguró que la Procuraduría General de la Nación ejerció su labor disciplinaria de manera prístina y con la garantía de los derechos del demandante. A partir de esto consideró que no se habían violado los principios de imparcialidad y transparencia, y además, que este argumento de la demanda no estaba sustentado en ninguna prueba.

- *Sobre el desconocimiento del debido proceso por la negación de las nulidades propuestas por el investigado, la violación de normas legales, la desviación de poder, falsa motivación, vulneración de los principios de integridad investigativa y de presunción de inocencia, y la deslealtad probatoria por falsedad*

La procuradora delegada destacó que estos argumentos también fueron expuestos por la parte demandante en los procesos de pérdida de investidura y

penal en los que este fue sancionado, y en ambos, dichas alegaciones no prosperaron porque con el material probatorio recaudado se logró demostrar la ocurrencia de los hechos que se controvertieron en la demanda.

De acuerdo con lo anterior, la representante del Ministerio Público hizo un resumen de los sucesos acreditados e indicó que la responsabilidad del demandante no se sustentó únicamente en el testimonio de los Nule, sino que estuvo apoyada en otras declaraciones y documentos que tuvieron validez en todas las instancias judiciales y administrativas que conocieron de la conducta reprochada al señor Néstor Iván Moreno Rojas. Para confirmar lo dicho, la delegada transcribió algunos apartes de la sentencia del proceso de pérdida de investidura y, por último, pidió que se denegaran las súplicas de la demanda.

Tesis de la Sala

No se configuraron los vicios esgrimidos en contra de la valoración probatoria realizada por la autoridad disciplinaria, toda vez que esta apoyó su decisión en pruebas que demostraron la responsabilidad del señor Néstor Iván Moreno Rojas frente a los dos cargos que le fueron imputados y que derivaron en la sanción que le fue impuesta.

Para desarrollar este problema se hará una exposición de los siguientes temas:

- Control de la valoración probatoria de una actuación disciplinaria por la jurisdicción de lo contencioso administrativo (a).
- Medios de prueba en el derecho disciplinario (b).
- Criterios para la valoración racional de la prueba testimonial (c)
- La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos (d).
- La presunción de inocencia en el derecho disciplinario (e).
- Caso concreto (f).

a. Control de la valoración probatoria de una actuación disciplinaria por la jurisdicción de lo contencioso administrativo

En la sentencia de unificación de 9 de agosto de 2016 proferida por la Sala Plena de esta Corporación, referida en el acápite de las cuestiones previas a resolver en esta sentencia, se definió que la interpretación normativa y la valoración probatoria hechas en sede disciplinaria son controlables judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley.

De esta manera, la integralidad que se predica del control de legalidad que ejerce esta jurisdicción especializada, sobre las decisiones sancionatorias, debe entenderse en el sentido de que **el juez se encuentra plenamente investido de la facultad de evaluar la situación fáctica y jurídica sometida a su estudio, sin ninguna restricción, toda vez que solo a partir de una ponderación objetiva y razonable de los medios de prueba puede decirse que el acto administrativo de carácter disciplinario se encuentra debidamente motivado.**

El Título VI del Libro IV de la Ley 734 de 2002⁷⁶ señala los principios y reglas aplicables en materia probatoria para los procedimientos disciplinarios; estos se constituyen en la guía del control judicial de la valoración de las pruebas que fundamentan la decisión sancionatoria que se demande. De lo anterior se resalta que, según el artículo 141 *ibidem*, los medios de prueba que se recauden en el trámite sancionatorio deben apreciarse integralmente, de forma conjunta, y de acuerdo con las reglas de la sana crítica; asimismo, que toda decisión motivada debe tener la exposición razonada del mérito de las pruebas en que se fundamenta.

De conformidad con lo precedente, en sede judicial, a la luz de criterios de la lógica y de la experiencia⁷⁷, corresponde hacer una estimación del grado de solidez o de peso de las inferencias probatorias empíricas realizadas por la autoridad disciplinaria, para verificar si estas permiten afirmar que las premisas o elementos de juicio que avalaron la hipótesis o las conclusiones fácticas que fundamentaron la decisión sancionatoria, son ajustadas a la realidad.

b. Medios de prueba en el derecho disciplinario

El derecho disciplinario como expresión del ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, de acuerdo con los postulados del artículo 29 Constitucional, debe procurar por el respeto de las garantías propias que conforman el debido proceso. El respeto de estas garantías implica, por un lado, la demostración de los elementos propios de la responsabilidad disciplinaria (tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad) y, por el otro, que la autoridad encargada del trámite se valga para encontrar la verdad de los elementos probatorios legalmente permitidos, que efectúe el análisis de las pruebas conforme los parámetros de la sana crítica y que acate los niveles de certeza exigidos por el legislador para declarar la responsabilidad⁷⁸.

Sobre esta última exigencia, el artículo 130 de la Ley 734 de 2002⁷⁹ señaló, enunciativamente, cuáles son los medios de prueba de los que puede valerse la autoridad disciplinaria para el efecto, a saber:

Artículo 130. Medios de Prueba. Son medios de prueba la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, los cuales se practicarán conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario.

Los indicios se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sana crítica.

⁷⁶ L. 734/2002, arts. 128-142.

⁷⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Sexta edición. Tomo I. Bogotá: Temis, 2017, p. 88.

⁷⁸ C.E., Sec. Segunda, Subsec. B, Sent. 11001-03-25-000-2012-00681-00 (2362-12), oct. 6/2016.

⁷⁹ Antes de la modificación de su inciso primero por el artículo 50 de la Ley 1474 de 2011.

Los medios de prueba no previstos en esta ley se practicarán de acuerdo con las disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales.

Se sostiene que la referencia de los anteriores medios es enunciativa, que no taxativa, porque el artículo 131 *ibidem* consagró la libertad referida a estos elementos en materia disciplinaria, con la determinación de que «la falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos».

c. Criterios para la valoración racional de la prueba testimonial

Uno de los medios de prueba más importantes en el marco de los procedimientos disciplinarios es el testimonio de terceros. A través de este, el juez o la autoridad que instruya un trámite sancionatorio puede reconstruir los hechos objeto de investigación, a partir de la narración que realice un testigo, distinto de la persona implicada, que haya tenido conocimiento de estos por haberlos percibido con sus sentidos⁸⁰. A pesar de que, con la divulgación del documento en sus diversas formas, la necesidad del testimonio se ha visto disminuida, aún es la prueba más frecuente en procesos de todo orden, y en ocasiones la única, sobre todo cuando se busca probar la comisión de actos ilícitos⁸¹.

La prueba testimonial con frecuencia es inconsistente, y ello es inevitable, de allí que requiera una adecuada valoración en el caso concreto⁸²; los riesgos de error y falsedad son frecuentes y difíciles de descubrir, no obstante, no puede considerarse que el remedio a estos problemas consista en eliminar esta prueba, pues, salvo en el campo de los negocios jurídicos, «es un mal necesario»⁸³.

Conviene mencionar que otros medios de prueba también pueden ofrecer inseguridades: los documentos eventualmente no son auténticos, la confesión puede utilizarse con fines ilegales, los indicios suelen ser difíciles de apreciar y los peritos pueden equivocarse en sus dictámenes. En todo caso, la lectura realista de estas dificultades no debe condenar a la fatalidad; para morigerar estos riesgos respecto del testimonio, el juez o la autoridad disciplinaria deben hacer una crítica rigurosa, técnica y científica, que considere tanto las condiciones subjetivas del testigo como las objetivas de cada caso⁸⁴.

La valoración del testimonio es la operación mental que realiza el juez o la autoridad con competencia para decidir en un procedimiento sancionatorio, que tiene como objetivo conocer el valor de convicción de este⁸⁵. La fuerza probatoria material, que se determina mediante ese ejercicio, depende de que el juez

⁸⁰ DEVIS ECHANDÍA. *op. cit.* Tomo II. pp. 27-28.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 80-81.

⁸² «Un interesante experimento referido por MUSATTI (acerca de la fidelidad de la percepción de los hechos de los declarantes en una prueba testimonial); dio por resultado que, de 36 sujetos, apenas 4 tuvieron una percepción fiel en un 90%, ninguno llegó a la fidelidad total y en conjunto apenas se llegó a un 68% de fidelidad». *Ibidem*, p. 84.

⁸³ *Ibidem*, p. 83.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 85.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 238.

encuentre o no, en cada uno de los testimonios, y en su conjunto con los demás elementos de prueba, argumentos que le sirvan para formarse su convencimiento sobre los hechos que interesen al proceso⁸⁶.

Se resalta que, en el análisis de la prueba testimonial, es donde deben utilizarse con mayor rigor las reglas de la sana crítica⁸⁷. Desde la doctrina, se han hecho trabajos que buscan determinar criterios racionales para valorar este medio de prueba a partir de los desarrollos de la psicología del testimonio, de los cuales se resaltan cuatro, que pueden servirle a los jueces y operadores jurídicos en general, para acercarse a la estimación objetiva de la credibilidad de los declarantes a saber: La coherencia de los relatos, su contextualización, las corroboraciones periféricas y la existencia de detalles oportunistas⁸⁸. Estos parámetros, que desde ya se advierte que no pueden ser estudiados de manera aislada sino conjunta y comprensiva, se exponen a continuación.

- *La coherencia del relato*

La adecuada estructuración lógica del relato ha sido uno de los criterios más relevantes a la hora de valorar la credibilidad del testigo. En este caso, en materia punitiva, se exige una persistencia en la incriminación, o que la declaración no se contradiga. A pesar de lo anterior, el hecho de que una persona exprese un relato coherente no es sinónimo automático de su veracidad, porque los testimonios falsos suelen presentarse de una manera continuamente estructurada y generalmente cronológica⁸⁹; además, las contradicciones pueden originarse en fallos naturales de la memoria del sujeto.

De esta manera, si bien la coherencia de un testimonio no es un dato a tener en cuenta, por sí solo, a la hora de valorar su credibilidad, ello no quiere decir que sea inútil, porque puede servirle al juez si lo analiza conjuntamente con los otros parámetros probatorios que tiene a su disposición.

- *La contextualización del relato*

La contextualización consiste en que el testigo describa datos del entorno espacial o temporal en el que tuvieron lugar los hechos acerca de los cuales declara. Así, si lo que manifiesta se inserta fácilmente en ese ambiente, ello puede configurarse

⁸⁶ *Ibidem*, p. 240.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 265.

⁸⁸ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 222-230.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 224: «[...] si el testimonio de un declarante tiene esas características, lo que abonaría su completa coherencia, tiene muchas posibilidades de ser falso, porque lo más probable es que haya preparado su declaración para exponerla en el momento del juicio. Para entendernos, su declaración es demasiado perfecta desde el punto de vista formal como para ser auténtica y, sobre todo, espontánea. Pero también es cierto que hay personas que se preparan su declaración, perfectamente veraz, para exponerla de la mejor forma ante el tribunal, con absoluta buena fe. Y en esos casos el testimonio habría de ser creíble, incluso cuando contenga falsas coherencias producto de la reconstrucción y reinterpretación de los recuerdos por parte del propio sujeto, como efecto del paso del tiempo».

en un indicio de su verosimilitud⁹⁰. En este punto, se reitera que este parámetro también puede ser distorsionado por la memoria, pero, si esos hechos ambientales son plausibles y son declarados de forma espontánea por el testigo, suele valorarse que es difícil que su declaración corresponda a una mentira.

- *Las corroboraciones periféricas*

Este criterio se refiere a que el relato de un testigo se vea corroborado por otros datos aportados al proceso que, indirectamente, acrediten la veracidad de la declaración. En ese sentido, esta pauta requiere que coincidan las diferentes declaraciones que varios sujetos hayan realizado sobre un mismo hecho, o que el testimonio del que se estudia su credibilidad, se reafirme con los indicios a través de los cuales se construyen presunciones que acreditan la hipótesis fáctica a probar⁹¹.

- *La existencia de detalles oportunistas a favor del declarante*

Finalmente, esta pauta consiste en que el testigo haga referencia a datos innecesarios que busquen favorecer a una de las opciones que se debaten en el proceso, o incluso al propio declarante. En este caso se trata, por ejemplo, de manifestaciones sobre el carácter o la intencionalidad de una de las partes, o justificaciones de las propias actuaciones o de la persona que se quiere beneficiar, las cuales van más allá de lo que se le haya preguntado al declarante. Estos detalles son indicadores de pérdida de objetividad del testigo que pueden conducir a la falsedad de sus afirmaciones⁹².

d. La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos

El vicio de falsa motivación se configura cuando las razones invocadas en la fundamentación de un acto administrativo son contrarias a la realidad. Sobre el particular la jurisprudencia de esta Subsección indicó⁹³:

[...] Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 225-226: «[...] el hecho de que la persona recuerde qué hizo antes o después del hecho, o qué estaba escuchando, o qué programa de televisión estaba viendo, o simplemente que informe de la temperatura o luminosidad del lugar en el que sucedieron los hechos [...]».

⁹¹ *Ibidem*, pp. 227-228: «[...] Con todo, este criterio posee riesgos evidentes. En primer lugar, en cuanto a lo subjetivo, el hecho de que los diferentes testimonios de varios declarantes no coincidan en estas circunstancias periféricas, no quiere decir que todos ellos mientan, y ni siquiera que mienta alguno de ellos, sino que recuerdan los hechos de modo distinto, como consecuencia del funcionamiento de la memoria [...] En segundo lugar, el hecho de que todos los testigos coincidan en este punto tampoco tiene por qué ser indicativo de verosimilitud. Al contrario, incluso sin mala fe de los declarantes acordando su testimonio, dependiendo de la manera en la que se haya hecho declarar a los diferentes sujetos [...] es posible que se haya inducido en todo un conjunto de declarantes una historia errónea que pase por ser auténtica. Y en tercer lugar, también es posible que las corroboraciones periféricas eviten darle importancia a la prueba del hecho principal, quedando indemostrado [...]».

⁹² *Ibidem*, pp. 228-230.

⁹³ C.E. Sec. Segunda. Subsec. A. Sent. 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218-12), mar. 17/2016.

anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado [...]

Así las cosas, el vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de dos eventos a saber: primero, cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados o, segundo, cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración aunque habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta.

e. La presunción de inocencia en el derecho disciplinario

El artículo 29 de la Constitución Política, en relación con la presunción de inocencia, prevé que «toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable». De acuerdo con lo anterior, esta es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso que además es reconocida en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia⁹⁴; tal es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹⁵ que en su artículo 8.2 dispone que «toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad». En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁶, en su artículo 14.2, consagra: «Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley».

Por su parte, en materia disciplinaria la Ley 734 de 2002, en lo concerniente al principio de presunción de inocencia, en su artículo 9 preceptúa que «[...] a quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla [...]».

La incorporación de esta normativa en el derecho sancionatorio de índole disciplinario atañe a la legalidad de las actuaciones administrativas, avaladas por la autoridad jurisdiccional cuando son puestas en su conocimiento (acciones o

⁹⁴ C.P., art. 93: «Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia [...]».

⁹⁵ L. 16/1972. «Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969».

⁹⁶ L. 74/1968. «Por la cual se aprueban los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966».

medios de control), en las cuales, al realizarse la valoración probatoria, conforme las reglas de la sana crítica, se debe llegar a la certeza o convicción sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del implicado, o dicho de otro modo, que en el ejercicio de dicha potestad se debe demostrar que los hechos en que se basa la acción están probados y la autoría o participación, en la conducta tipificada como infracción objeto de reproche, es imputable al disciplinado.

A manera de corolario, cuando del acervo probatorio se concluye que la conducta investigada, que constituye una infracción para el derecho disciplinario sí existió, y el acusado es responsable de los hechos que se endilgan, este se hace acreedor a la sanción disciplinaria que le corresponda de conformidad con la falta cometida y su culpabilidad, de lo contrario, será absuelto, en cuanto que toda duda razonable que no se pueda eliminar se resolverá en su favor, porque de no proceder así, se violaría la presunción de inocencia, puesto que si los hechos que constituyen la infracción no están probados o el acervo no conlleva a la certeza de la responsabilidad del investigado, no resulta procedente declarar culpable a quien no se le ha podido demostrar la conducta antijurídica o su autoría⁹⁷.

De conformidad con lo expuesto, se infiere que la presunción de inocencia, como garantía del derecho constitucional fundamental al debido proceso, debe ser respetada durante todo el procedimiento disciplinario, y tan solo cuando se determine que la conducta reprochada es disciplinable, que la ejecutó quien es sujeto de investigación y que de las pruebas debidamente valoradas se concluya indefectiblemente la responsabilidad del disciplinado, aquella quedará desvirtuada.

f. Caso concreto

En este punto, la Sala resolverá las objeciones concretas realizadas por el apoderado del demandante frente a la valoración probatoria en el siguiente orden:

- Falta de práctica de medios de prueba pedidos por el demandante.
- Credibilidad de las declaraciones rendidas por los señores Miguel Eduardo Nule Velilla y Guido Alberto Nule Marino.
- Existencia de prueba directa de la responsabilidad del demandante frente a los dos cargos disciplinarios que se le formularon.
- Fecha y lugar de la reunión en Miami y negación de lo sucedido por el abogado Álvaro Dávila Peña.

⁹⁷ Cfr. C.Const. Sent. T-969, dic. 18/2009: «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 *mutatis mutandi*».

- Las tres reuniones que se realizaron en Colombia después del encuentro en Miami.
- Prueba del contrato de usufructo celebrado por Lucy de Moreno con el Grupo Nule para la entrega de las áreas de uso exclusivo de la Concesión Bogotá-Girardot.
- Prueba de las irregularidades en el procedimiento contractual adelantado por el IDU para la adjudicación de dos contratos para el mantenimiento de la malla vial a las empresas de los Nule.

- *Falta de práctica de medios de prueba pedidos por el demandante*

El apoderado del señor Néstor Iván Moreno Rojas no indicó cuáles fueron los medios de prueba que supuestamente se dejaron de practicar por parte de la autoridad disciplinaria. Por lo anterior, este argumento de nulidad de los actos acusados no puede prosperar, toda vez que, a partir de la presunción de legalidad de los actos administrativos, la carga de la prueba de los vicios que los puedan afectar le corresponde a quien los alega, y en este caso, no fue satisfecha por la parte demandante⁹⁸.

- *Credibilidad de las declaraciones rendidas por los señores Miguel Eduardo Nule Velilla y Guido Alberto Nule Marino*

Si bien, al apoderado del demandante le asiste razón al afirmar que los señores Miguel Eduardo Nule Velilla y Guido Nule Marino tenían antecedentes que harían dudar de sus testimonios, la Subsección A observa que la autoridad disciplinaria no fundamentó la imputación de responsabilidad del señor Néstor Iván Moreno Rojas exclusivamente en esas declaraciones, que, como se verá en el acápite siguiente, se constituían en la prueba directa de la materialización del supuesto de hecho de la falta gravísima por la que fue sancionado su representado.

En efecto, la decisión sancionatoria se apoyó también en pruebas indirectas o indicios, que corroboraron periféricamente su versión de lo sucedido. Así, por ejemplo, en junio de 2008, la señora Lucy de Moreno visitó las instalaciones de la empresa Concesión Bogotá-Girardot para averiguar por la posibilidad de participar del negocio de la instalación de estaciones de gasolina en la vía concesionada a esa compañía⁹⁹, lugar donde conoció personalmente al señor Miguel Eduardo

⁹⁸ La presunción de legalidad de los actos administrativos implica que estos deben suponerse legítimos o que fueron emanados de la autoridad competente con el cumplimiento de las reglas y principios formales y sustanciales aplicables a su expedición, mientras no sean anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Dentro de esta presunción también se incluye la figuración de su veracidad y autenticidad, por lo que las declaraciones sobre hechos que en ellos consignen las autoridades administrativas, deben tenerse como ciertas. Por lo anterior, la carga de la prueba de la ilegalidad de estas decisiones recae sobre quien la alegue.

⁹⁹ Para los años 2008 y 2009, la empresa Concesión Bogotá-Girardot, de la cual el grupo Nule hacía parte como socio, tenía la obligación de instalar dos Centros de Control de Operación que contarán con áreas de servicio en las que se suministrarán bienes para la operación de vehículos, dentro de lo cual se comprendían estaciones de gasolina. Además de esto, para la época de los hechos que interesan a este proceso, ese proyecto estaba en una etapa preliminar y fue ofrecido tanto a mayoristas como a minoristas de combustible. Respecto de los últimos, se resaltan los acercamientos de la señora Lucy de Moreno con su asesora, Luz Stella Alzate Martínez.

Nule Vellilla¹⁰⁰. Lo precedente da cuenta de que existía un motivo para que el señor Néstor Iván Moreno Rojas quisiera reunirse con los señores Nule en Miami

Medios de prueba sobre la existencia de las áreas donde se instalarían las estaciones de gasolina en la vía Bogotá-Girardot:

- Contrato de concesión CG-040-2004 para el diseño, construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento del proyecto vial Bosa-Granada-Girardot entre el Instituto Nacional de Concesiones –INCO– y la empresa denominada Concesión Autopista Bogotá-Girardot S.A. (Folios 4351-4353, expediente disciplinario IUS 2010-349363. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.17\29. FOLIOS 4287-4366.pdf").
- Testimonio de Francisco José Gnecco Roldán del 12 de enero de 2011 en el procedimiento disciplinario (Folios 725-726 *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\cuaderno N.3\11.folios 710-738 cuaderno N.3.pdf").
- Testimonio de Francisco José Gnecco Roldán rendido en la audiencia verbal del procedimiento disciplinario el 9 de agosto de 2011 (Minuto 51:31 a 01:00:24, archivo VTS_01_1, cuaderno 11, *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.11\5.. CD.N1º - AUDIENCIA IVAN MORENO 9 -VIII-11 -FOLIO 2746\VTS_01_1.VOB").
- Testimonio de Francisco José Gnecco Roldán rendido ante la Corte Suprema de Justicia el 11 de julio de 2011 (Folio 199, cuaderno de instrucción 26, expediente del proceso penal 34282 adelantado en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas ante la Corte Suprema de Justicia. Ubicación en CD, folio 458 del cuaderno principal: "D:\ÚNICA INSTANCIA 34282\CUADERNOS INSTRUCCION\CUADERNO 26 INSTRUCCION.pdf").
- Acta de Junta Directiva n.º 30, del 16 de enero de 2008 de la firma Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. (Folios 201-202, cuaderno de instrucción 26, expediente del proceso penal 34282 adelantado en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas ante la Corte Suprema de Justicia. Ubicación en CD, folio 458 del cuaderno principal: "D:\ÚNICA INSTANCIA 34282\CUADERNOS INSTRUCCION\CUADERNO 26 INSTRUCCION.pdf").

¹⁰⁰ Se probó que Lucy de Moreno, desde por lo menos mayo del 2008, estaba interesada en adquirir una estación de gasolina y por esta razón se acercó a la empresa Concesión Bogotá-Girardot, a través de la gestión previa de la señora Luz Stella Alzate Martínez, experta en ese negocio, donde tuvo la oportunidad de hablar con Miguel Eduardo Nule Vellilla, a quien se le presentó como la esposa de Néstor Iván Moreno Rojas. Esto último sucedió para finales de junio o principios de julio de 2008, fecha en la que el señor Omar Euladio Mogollón Briñez, empleado de la concesión, empezó a trabajar en la comercialización de los Centros de Control de Operación.

Medios de prueba sobre los acercamientos de la señora Lucy de Moreno a la empresa Concesión Bogotá-Girardot:

- Testimonio de Luz Stella Alzate Martínez rendido en la audiencia verbal del procedimiento disciplinario el 1 de agosto de 2011 (Minuto 20:51 a 27:43 y 52:04 a 52:43, archivo VTS_01_1, cuaderno 9, expediente disciplinario IUS 2010-349363. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.9\14.CDN.2 ° AUDIENCIA IVAN MORENO AGOSTO 1-2011 FOLIO 2231 \VTS_01_1.VOB". También, minuto 04:12 a 04:26, archivo VTS_02_1, cuaderno 9, *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.9\14.CDN.2 ° AUDIENCIA IVAN MORENO AGOSTO 1-2011 FOLIO 2231 \VTS_02_1.VOB". Igualmente: (Minuto 31:19 a 39:17, archivo VTS_01_1, cuaderno 9, *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.9\14.CDN.2 ° AUDIENCIA IVAN MORENO AGOSTO 1-2011 FOLIO 2231 \VTS_01_1.VOB").
- Testimonio de Omar Euladio Mogollón Briñez del 28 de diciembre de 2010 en el procedimiento disciplinario (Folios 695-696 *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\cuaderno N.3\10.folios 672-709 cuaderno N.3.pdf").
- Testimonio de Omar Euladio Mogollón Briñez rendido ante la Corte Suprema de Justicia el 9 de junio de 2011 (Folios 191-197, cuaderno de instrucción 25, expediente del proceso penal 34282 adelantado en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas ante la Corte Suprema de Justicia. Ubicación en CD, folio 458 del cuaderno principal: "D:\ÚNICA INSTANCIA 34282\CUADERNOS INSTRUCCION\CUADERNO 25 INSTRUCCION.pdf").
- Testimonio de Lorena Cristina Suárez Rodríguez rendido ante la Corte Suprema de Justicia el 23 de mayo de 2011 (Folios 7-8, cuaderno de instrucción 25, expediente del proceso penal 34282 adelantado en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas ante la Corte Suprema de Justicia. Ubicación en CD, folio 458 del cuaderno principal: "D:\ÚNICA INSTANCIA 34282\CUADERNOS INSTRUCCION\CUADERNO 25 INSTRUCCION.pdf").
- Testimonio de Lorena Cristina Suárez Rodríguez rendido en la audiencia verbal del procedimiento disciplinario el 9 de agosto de 2011 (Minuto 24:51 a 26:28, archivo VTS_03_1, cuaderno 11, expediente disciplinario IUS 2010-349363. Ubicación en

a comienzos de julio de 2008, porque estaba enterado de la existencia de las zonas que le interesaban a su esposa. Esto hace verosímil lo dicho por los Nule y justifica la valoración probatoria de la autoridad disciplinaria.

Sobre lo anterior, el apoderado del señor Moreno Rojas no expresó ningún argumento ni aportó o solicitó ninguna prueba que desvirtuara los hechos indicadores que fueron probados por la Procuraduría para inferir este indicio.

Adicionalmente, el hecho de que una persona haya sido investigada o condenada por la comisión de delitos, o que haya expresado enemistad con el sujeto a quien compromete con su declaración, puede convertirla en un testigo sospechoso, pero esto no conlleva a que necesariamente se tenga que desechar de plano la veracidad de sus afirmaciones, toda vez que le corresponde al juez o a la autoridad con competencia para valorar la prueba, analizarla conjuntamente con las demás que conformen el acervo probatorio y así definir su mérito en la demostración de la hipótesis fáctica que se quiera comprobar.

Asimismo, las imprecisiones o vaguedades en las que una persona pueda incurrir al rendir su testimonio no son causa suficiente para desecharlos, máxime si como en este caso entre la fecha que sucedieron los hechos y la declaración rendida pasaron más de dos años. Las reglas de la experiencia enseñan que, por lo general, la fidelidad del relato de lo sucedido, con lo que efectivamente se corresponde con la realidad, se deteriora con el paso del tiempo, dadas las limitaciones físicas propias de la capacidad humana para memorizar acontecimientos percibidos por los sentidos. Al contrario de lo que plantea el apoderado del demandante, la excesiva precisión de los datos suministrados por un testigo hace entrever que sus dichos no son espontáneos y que podrían estar preparados.

- *Existencia de prueba directa de la responsabilidad del demandante frente a los dos cargos que se le formularon*

La Sala considera que, al contrario de lo sostenido por la parte demandante, sí existió prueba directa de la responsabilidad del señor Néstor Iván Moreno Rojas respecto de los dos cargos por los que fue sancionado¹⁰¹. Sobre el primero se tiene lo siguiente:

almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.11º6. CD.N2º - AUDIENCIA IVAN MORENO 9-VIII-11 - FOLIO 2746-II\VTS_03_1.VOB").

¹⁰¹ **Primer cargo:** «Entre el 4 al 6 de julio del 2008, en la ciudad de Miami, EEUU, en la Collins Avenue 171, en el establecimiento comercial StarBucks Coffe, se reunieron en un desayuno IVÁN MORENO ROJAS, ÁLVARO DÁVILA PEÑA, MIGUEL NULE VELILLA y GUIDO NULE MARINO; en dicha reunión NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, prevalido de su condición de senador de la República y de hermano del alcalde de Bogotá, SAMUEL MORENO ROJAS, le solicitó a los señores MIGUEL NULE VELILLA y GUIDO NULE MARINO que le entregaran las áreas de uso exclusivo de la concesión Bogotá-Girardot, en la cual algunas de las empresas de su grupo empresarial eran concesionarios, para colocar estaciones de gasolina, negocio al que se dedicaba la esposa de NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, LUCY DE MORENO, prometiéndoles un mejor trato por parte de la administración distrital y la entrega de futuros contratos.

Dicha solicitud fue actualizada en tres reuniones realizadas en Bogotá, dos de ellas en el segundo semestre de 2008, y otra a principios del 2009. Uno de los encuentros se realizó en el apartamento

En la declaración del señor Miguel Eduardo Nule Velilla en el procedimiento disciplinario el 8 de noviembre¹⁰² y el 13 de diciembre de 2010¹⁰³, este manifestó:

A Iván Moreno Rojas lo conocí en Estados Unidos, en la ciudad de Miami, en el segundo semestre de 2008, donde me lo presentó personalmente el doctor ÁLVARO DÁVILA, eso fue en el StarBucks ubicado en la 168 con Avenida Collins, estábamos presentes GUIDO NULE, mi primo, IVÁN MORENO ROJAS, ÁLVARO DÁVILA y yo. Quiero anotar que ÁLVARO DÁVILA es quien me lo presenta teniendo conocimiento de que IVAN MORENO ROJAS **lo pondría a él como uno de sus representantes en el tráfico de influencias con propósitos de coaccionar a empresas contratistas para el pago de extorsiones**, según público comentario en la esfera jurídica y de negocios en Bogotá [...] Esa reunión en StarBucks la concertó ÁLVARO DÁVILA para que nos conociéramos y escucháramos de viva voz del doctor IVÁN MORENO **de que podíamos confiar en las pretensiones económicas que nos hacía ÁLVARO DÁVILA** [...] La reunión de todos nosotros GUIDO, IVAN , ÁLVARO y yo fuí muy corta en relación a temas comunes, pero **se tocó por parte de IVÁN MORENO ROJAS su solicitud de que le escucháramos a ÁLVARO DÁVILA puesto que ellos actuaban conjuntamente, supuse que era en todo lo concerniente con nuestras actividades como empresarios en el Distrito Capital. En ese mismo momento el señor IVÁN MORENO ROJAS empieza a hablar de sus negocios personales, pidiéndonos que le asignemos las áreas de uso exclusivo de la CONCESIÓN BOGOTÁ-GIRARDOT para colocar estaciones de gasolina, el cual era el negocio de su esposa LUCY DE MORENO** [...] Yo le digo que voy a consultar con los otros socios puesto que MANUEL y GUIDO y YO no éramos los únicos dueños de la concesión. Acabada la reunión yo le dije a DÁVILA que esto va a ser un problema porque los demás socios son nuestra competencia y no verían con buenos ojos una relación cercana con IVÁN MORENO ROJAS de parte nuestra, **mucho menos entregándole cosas a título gratuito. Digo a título gratuito porque IVÁN MORENO ROJAS nos propuso que le entregáramos las zonas, cada una de hectárea, por un arriendo mensual de dos millones de pesos, simbólico dizque porque eso no valía mucho** [...] De ahí comenzamos muy mal una relación con el senador IVÁN MORENO ROJAS, la cual ponía incómodos a ÁLVARO DÁVILA, el tema de las gasolineras [...]
[...]

de ÁLVARO DÁVILA, ubicado en la carrera 4ª Este n.º 110-21, las otras dos reuniones se llevaron a cabo en la casa de NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, ubicada en la carrera 15 n.º 37-36.

Para concretar la solicitud, la esposa de NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, durante el 2008, visitó a MIGUEL NULE, en las instalaciones de la empresa concesión Bogotá-Girardot, con el fin de perfeccionar la entrega de las áreas de uso exclusivo, para lo cual se firmó un contrato de usufructo entre Lucy de Moreno y el grupo NULE, el cual fue elaborado por el abogado ÁLVARO DÁVILA [...].

Segundo cargo: «NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS, a través del abogado ÁLVARO DÁVILA solicitó a MIGUEL, MANUEL y GUIDO NULE una comisión del 6% para interceder en la adjudicación de la licitación pública IDU-LP-DG-006-2008, grupo 4, e IDU-LP-DG-006-2008, grupo 3, relacionadas con las obras y actividades para la malla vial del Distrito Capital, aprovechándose de su calidad de senador y de hermano del alcalde de Bogotá, SAMUEL MORENO ROJAS, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar señaladas en la parte motiva de esta decisión.

¹⁰² Folios 64-65 expediente disciplinario IUS 2010-349363. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\cuaderno N.1º- con un CD\3.folio 58 -71 cuaderno N1.pdf".

¹⁰³ Folios 548-549 *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\cuaderno N.3º\3.folios 546- 553 cuaderno N.3.pdf".

En lo relacionado a la solicitud de las zonas de uso exclusivo fue una exigencia verbal de IVAN MORENO, de ALVARO DAVILA, en presencia de GUIDO NULE en la primera reunion que se hizo en STARBUCKS de la 168 [...] la solicitud directa y extorsiva se mantiene durante todo el periodo de 2008 que anoté (Negrita fuera de texto).

Coincidente con lo anterior, también en la declaración de este testigo ante la Corte Suprema de Justicia el 15 de diciembre de 2010 señaló¹⁰⁴:

[...] en particular puedo anotar que en la reunión el objetivo de ALVARO DÁVILA era el de que escucháramos de voz de IVÁN la relación personal y de confianza entre ambos **para que fuera DÁVILA la persona que intermediara en nuestra empresa como parte del grupo nuestro, los intereses del grupo en el distrito ascendían a 500.000 millones para esa época. Sucedió en esa ocasión un hecho importante que el Senador IVÁN MORENO me solicito por primera vez que le concediéramos las áreas de uso exclusivo de la concesión Bogotá – Girardot para instalar estaciones de gasolina que era un negocio de él y su familia [...]** (Negrita fuera de texto).

Igualmente, Guido Alberto Nule Marino indicó en declaración rendida el 14 de diciembre en el procedimiento disciplinario¹⁰⁵:

Fue el inicio de otras reuniones a las cuales no asistí en su totalidad sin embargo **el objetivo principal de la reunión era iniciar una relación con el señor IVAN tras él pedir unas exigencias y con ellas a cambio recibir algún buen trato o contratos o una cosa parecida en el periodo de la Alcaldía de SAMUEL MORENO [...]** a el **le interesaban las estaciones de gasolina de la concesión BOGOTÁ-GIRARDOT [...]** (Negrita fuera de texto).

Estas son pruebas directas de la responsabilidad del señor Néstor Iván Moreno Rojas en relación con el primer cargo por el que fue sancionado, porque dan cuenta de la comisión de la falta que le fue endilgada sin necesidad de hacer inferencias adicionales a las relacionadas con el juicio de fiabilidad de los testimonios. Si fueran las únicas pruebas que existieran, no podría tenerse por válida una decisión sancionatoria con fundamento en ellas, pues, como se dijo antes, los señores Miguel Eduardo Nule Velilla y Guido Alberto Nule Marino eran testigos sospechosos. A pesar de lo anterior, se repite, existen pruebas indirectas o indicios descubiertos por la Procuraduría, que permitieron darle certeza a lo dicho por los declarantes.

Sobre el segundo cargo, acerca de la exigencia del demandante a los señores Nule del pago de una suma de dinero equivalente al 6% del valor total de los contratos adjudicados a las uniones temporales GTM y Vías de Bogotá 2009, la

¹⁰⁴ Folios 142-143, cuaderno de instrucción 14, expediente del proceso penal 34282 adelantado en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas ante la Corte Suprema de Justicia. Ubicación en CD, folio 458 del cuaderno principal: "D:\ÚNICA INSTANCIA 34282\CUADERNOS INSTRUCCION\CUADERNO 14 INSTRUCCION.pdf".

¹⁰⁵ Folios 629-631, expediente disciplinario IUS 2010-349363. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\cuaderno N.3º8.folios 609-639 cuaderno N.3.pdf".

prueba directa se encuentra en lo dicho por el señor Miguel Eduardo Nule Velilla en su declaración del 7 de marzo de 2011 donde aseguró¹⁰⁶:

[...] la solicitud del 6 por ciento de los contratos de la malla vial, esa me las hizo ALVARO DÁVILA y las ratificó el señor IVAN MORENO el día que nos reunimos en el apartamento de ALVARO DÁVILA, él, ALVARO y mi persona [...] (Negrita fuera de texto).

El hecho de que no haya prueba de una consignación o un cheque con el dinero que exigió el demandante a los señores Nule, es perfectamente entendible en la medida que se trató de la comisión de un delito, de conductas ilícitas o subrepticias que las reglas de la experiencia enseñan que generalmente se ocultan para impedir su investigación y sanción por parte de las autoridades competentes.

- *Fecha y lugar de la reunión en Miami y negación de lo sucedido por el abogado Álvaro Dávila Peña*

Es cierto que los señores Miguel Eduardo Nule Velilla y Guido Alberto Nule Marín fueron imprecisos al indicar la fecha y el lugar en el que se realizó la reunión con los señores Álvaro Dávila Peña y Néstor Iván Moreno Rojas, pero, para la Subsección A, esto no es razón para calificar estos testimonios como falsos pues, como ya se ha dicho, la recordación de detalles de acontecimientos, por muy importantes que estos sean, por lo general, se pierde con el tiempo. Sobre esto se resalta lo señalado por el señor Nule Velilla en su declaración del 8 de noviembre de 2010 en el procedimiento disciplinario¹⁰⁷:

[...] A Iván Moreno Rojas lo conocí en Estados Unidos, en la ciudad de Miami, en el segundo semestre de 2008, donde me lo presentó personalmente el doctor ÁLVARO DÁVILA, eso fue en el StarBucks ubicado en la 168 con Avenida Collins [...]

Luego, en su declaración del 13 de diciembre de 2010 manifestó¹⁰⁸:

[...] en la primera reunion que se hizo en STARBUCKS de la 168 la cual ALVARO DAVILA [sic] por informacion a unos compañeros manifesto que no había ningún STARBUCKS en esa dirección. La dirección exacta es 171 con COLLINS, esto no es de relevancia puesto que no voy a precisar o no podía precisar la dirección exacta porque hay varios parqueaderos. Segundo la solicitud directa y extorsiva se mantiene durante todo el periodo de 2008 que anote era el segundo semestre del mismo año y aclaro para reducir el termino temporal se hizo entre el 15 y el 25 de julio del 2008 **Es importantísimo revisar los registros y verificar la presencia en esa fecha [...]** (Negrita fuera de texto).

¹⁰⁶ Folios 94-95, cuaderno de instrucción 21, expediente del proceso penal 34282 adelantado en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas ante la Corte Suprema de Justicia. Ubicación en CD, folio 458 del cuaderno principal: "D:\ÚNICA INSTANCIA 34282\CUADERNOS INSTRUCCION\CUADERNO 21 INSTRUCCION.pdf".

¹⁰⁷ Folios 64-65, expediente disciplinario IUS 2010-349363. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\cuaderno N.1º- con un CD\3.folio 58 -71 cuaderno N1.pdf".

¹⁰⁸ Folios 548-549 *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\cuaderno N.3º\3.folios 546- 553 cuaderno N.3.pdf".

Por su parte, en el testimonio rendido el 15 de diciembre de 2010 ante la Corte Suprema de Justicia indicó¹⁰⁹:

PREGUNTADO: Conoce al Senador IVÁN MORENO ROJAS, en caso afirmativo cuánto tiempo hace, en qué circunstancias lo conoció, y qué relación, si existe, tiene con él. CONTESTÓ: Si lo conocí a través de ALVARO DAVILA en el café estar book (sic) de Miami en presencia de GUIDO NULE por decisión de ALVARO DÁVILA, la fecha corresponde a aproximadamente julio del 2008 entre el 15 y 25 del mismo [...]

En igual sentido, el señor Guido Alberto Nule Marino, en su declaración del 14 de diciembre de 2010 en el procedimiento disciplinario dijo¹¹⁰:

[...] la relación que inicia ALVARO DÁVILA con IVAN MORENO la inicia en primera instancia en la ciudad de Miami a través de una reunión en un sitio que se llama STARBUCKS en la avenida COLLINS con a la altura de la 170 o 171 **no se exactamente**, entre la 170 y la 180, un julio, a finales de julio de 2008, **si mi memoria no me falla** [...] (Negrita fuera de texto).

A su vez, este testigo, en su declaración del 9 de marzo de 2011 ante la Corte Suprema de Justicia manifestó¹¹¹:

PREGUNTADO. Conoce al Senador IVAN MORENO ROJAS, de ser así, cuánto tiempo hace, en qué circunstancias lo conoció y qué relación, de existir, tiene con él. CONTESTO. Lo conozco, lo conocí por primera vez en una reunión en Miami, en un sitio que se llama STARBUCKS, eso fue a mediados del 2008, estaban ALVARO DÁVILA, MIGUEL NULE y yo [...] Fue, como dije, en única de las dos veces que vi al Senador, estábamos ALVARO DÁVILA, MIGUEL NULE, IVAN MORENO y yo, en el sitio anteriormente mencionado, donde simplemente fue una reunión social para conocernos donde el señor DAVILA hace el puente de relación entre el señor MORENO y nosotros, no se tocan temas en concreto **hasta donde yo recuerdo** [...] (Negrita fuera de texto).

Como se pudo ver, estos testigos fueron coherentes en su afirmación de haber estado en una reunión a mediados del año 2008, concretamente en julio, en la ciudad de Miami, en un establecimiento de la cadena *Starbucks Coffee*, con los señores Dávila Peña y Moreno Rojas. Frente a la precisión de la fecha y la dirección del lugar, hicieron la salvedad de que su memoria no era plenamente clara y uno de ellos pidió que se revisaran los registros de viajes para verificarla.

Respecto de lo anterior, en el procedimiento disciplinario y en este proceso se incorporaron pruebas documentales¹¹² que permitieron evidenciar que los

¹⁰⁹ Folios 142-143, cuaderno de instrucción 14, expediente del proceso penal 34282 adelantado en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas ante la Corte Suprema de Justicia. Ubicación en CD, folio 458 del cuaderno principal: "D:\ÚNICA INSTANCIA 34282\CUADERNOS INSTRUCCION\CUADERNO 14 INSTRUCCION.pdf".

¹¹⁰ Folios 629-631, expediente disciplinario IUS 2010-349363. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\cuaderno N.3\8.folios 609-639 cuaderno N.3.pdf".

¹¹¹ Folios 246-247; 251-252, cuaderno de instrucción 21, expediente del proceso penal 34282 adelantado en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas ante la Corte Suprema de Justicia. Ubicación en CD, folio 458 del cuaderno principal: "D:\ÚNICA INSTANCIA 34282\CUADERNOS INSTRUCCION\CUADERNO 21 INSTRUCCION.pdf".

participantes de esta reunión pudieron coincidir en la ciudad de Miami entre el 4 y el 6 de julio de 2008, y fueron estas fechas las que definió la Procuraduría como aquellas en las que probablemente se realizó el encuentro. La Sala comparte el análisis que hizo el apoderado del demandante en sus alegatos de conclusión, en el sentido de considerar que no resultaba probable que la reunión se hubiera realizado el 4 de julio o el 6 de julio, porque en la primera fecha, los señores Nule llegaron a Miami y en la segunda el señor Dávila Peña partió de esa ciudad, pero esto no quiere decir que se haya desvirtuado lo afirmado por la autoridad disciplinaria, sino que así resultaría más probable que la reunión se hubiera realizado el sábado 5 de julio de ese año.

En relación con el lugar, la Procuraduría determinó según el mapa de la ciudad de Miami en *Google Maps*¹¹³, que la ubicación del establecimiento *Starbucks Coffee* en el que se llevó a cabo la aludida reunión se encuentra entre las calles 170 y 172 con avenida *Collins*, lo cual no corresponde a una ubicación muy distinta de la señalada tentativamente por los señores Nule Velilla y Nule Marino.

El apoderado del demandante alegó que la negación de la ocurrencia de la reunión en Miami y otras posteriores por parte del señor Dávila Peña¹¹⁴⁻¹¹⁵ dejaba sin valor lo declarado por los señores Nule respecto de este tema. La Sala considera que este argumento no es aceptable, en la medida en que implicaría ignorar la valoración conjunta e integral de las pruebas, lo cual, a la luz del artículo 141 de la Ley 734 de 2002, es un imperativo legal.

- *Las tres reuniones que se realizaron en Colombia después del encuentro en Miami*

La autoridad disciplinaria, luego de valorar los testimonios con sus coincidencias y contradicciones, determinó que la única declaración que no era creíble era la del señor José Darío Simancas Pérez. Ello, por cuanto, a pesar de que aparentemente los demás testigos daban algunas versiones contradictorias, en realidad, bajo el análisis conjunto de todos medios de prueba, fueron armónicos en sus dichos y permitieron demostrar lo siguiente:

Que una de las reuniones se llevó a cabo en el mes de agosto del 2008 en la casa de Teusaquillo que le pertenecía a la familia Moreno y a ella asistieron Lucy de

¹¹² Oficios provenientes del Departamento Administrativo de Seguridad. DAS.GDYAM.ARM.193343-2 del 2 de marzo de 2011 y DAS.GDYAM.ARM.231193-1 del 11 de marzo de 2011 (Folios 865-883 *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\cuaderno N.4º18.FOLIOS 862- 871 CUADERNO N.4º.pdf") y pasaporte del demandante y Oficio 20187030941061 del 3 de diciembre de 2018, de Migración Colombia, con el registro de viajes fuera del país de los señores Néstor Iván Moreno Rojas, Álvaro Dávila Peña, Miguel Eduardo Nule Velilla y Guido Alberto Nule Marino, entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009 (Folios 447-455 del cuaderno principal).

¹¹³ Folios 4369-4371, expediente disciplinario IUS 2010-349363. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.17º30. FOLIOS 4367-4424.pdf".

¹¹⁴ Folios 298-299 *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\Cuaderno N.2º1.folios 271 -305 cuaderno N. 2.pdf".

¹¹⁵ Folios 331-334, *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\Cuaderno N.2º2.folios 306 -357 cuaderno N.2.pdf".

Moreno, Néstor Iván Moreno Rojas, Miguel Eduardo Nule Velilla y Francisco Gnecco Roldán.

Que la adjudicación de la licitación pública de la malla vial de Bogotá se hizo el 26 de diciembre de 2008 y que la reunión en el apartamento de Álvaro Dávila Peña se realizó con posterioridad a esa fecha, es decir, los últimos días de diciembre de ese año o los primeros de 2009. A esta reunión asistieron Miguel Eduardo Nule Velilla, Álvaro Dávila Peña y Néstor Iván Moreno Rojas.

La tercera reunión se efectuó con posterioridad a la elaboración de la minuta del contrato de usufructo, el cual fue enviado por Álvaro Dávila Peña a Miguel Eduardo Nule Velilla el 15 de marzo de 2009. Este encuentro se hizo en la casa de los Moreno en Teusaquillo y asistieron a ella Miguel Eduardo Nule Velilla, Lucy de Moreno, Álvaro Dávila Peña, Néstor Iván Moreno Rojas y Guido Alberto Nule Marino. A la reunión llegaron tarde y juntos Álvaro Dávila Peña y Guido Alberto Nule Marino, lo que permitió que Miguel Eduardo Nule Velilla y Lucy de Moreno, tuvieran una conversación en privado donde se discutió la firma del contrato de usufructo para el negocio de las estaciones de gasolina.

En esta última reunión, el señor Nule Marino estuvo en la casa de los Moreno pero salió de allí antes de terminarse el encuentro por la molestia que le producía la petición sobre las estaciones de gasolina que hizo el señor Néstor Iván Moreno Rojas. Por su parte, el señor Miguel Eduardo Nule Velilla llegó al lugar del encuentro junto con Mauricio Antonio Galofre Amín, quien entró brevemente a la casa de los Moreno y saludó al demandante, salió de allí por petición del señor Nule Velilla y regresó a su lugar de trabajo.

Para la Procuraduría, los temas tratados en estas reuniones estuvieron relacionados con lo que inicialmente fue un acuerdo para procurar un trato preferencial e indebido para las empresas del grupo Nule en la contratación del Distrito de Bogotá y posteriormente se convirtió en una presión hecha por el señor Néstor Iván Moreno Rojas quien empezó a decir que todo esto se ponía en riesgo si no accedían a la entrega de las áreas de la concesión para instalar las estaciones de gasolina. Igualmente, se plantearon por parte del entonces senador, pretensiones económicas distintas que serán abordadas posteriormente.

Para la Sala, lo alegado por el apoderado del señor Moreno Rojas en la demanda no tiene el mérito para desvirtuar la valoración probatoria realizada por la Procuraduría, porque al contrario de lo manifestado por él, la autoridad disciplinaria sí determinó que en la segunda y tercera reunión que realizaron después de la de Miami, estuvo presente el señor Álvaro Dávila Peña. Asimismo, en ninguna de estas reuniones se dijo que hubiera asistido el señor Manuel Francisco Nule Velilla, por lo que esto explica que no conociera a Néstor Iván Moreno Rojas.

Además de esto, la falta de un documento que demostrara una solicitud formal de la señora Lucy de Moreno frente al negocio de las estaciones de gasolina con la empresa Concesión Bogotá-Girardot no es argumento suficiente para que se

consideren mendaces las declaraciones de Luz Stella Alzate Martínez¹¹⁶, Omar Euladio Mogollón Briñez¹¹⁷, Francisco Gnecco Roldán^{118_119_120_121} y Lorena Suárez Rodríguez^{122_123_124}, frente a las cuales el abogado del demandante no hizo ningún análisis ni presentó prueba de descargo alguna para desmentir sus afirmaciones, que daban crédito de que la señora Lucy de Moreno sí hizo gestiones para acceder al negocio de las áreas de servicio.

Por último, el testimonio del señor José Darío Simancas Pérez^{125_126} no fue tenido en cuenta por la autoridad disciplinaria debido a sus profundas contradicciones, pero, a pesar de esto, vale decir que en el procedimiento se comprobó que después de la reunión en Miami en julio de 2008, se realizaron otras tres reuniones, una a finales de ese mes o comienzos de agosto del mismo año, y las otras dos, en los últimos días de diciembre de esa anualidad o en los primeros días de enero de 2009, la última se realizó después del 15 de marzo de 2009.

- *Prueba del contrato de usufructo celebrado por Lucy de Moreno con el Grupo Nule para la entrega de las áreas de uso exclusivo de la Concesión Bogotá-Girardot*

Según la entidad demandada, a finales del 2008, el señor Miguel Eduardo Nule Velilla les propuso informalmente a los miembros de la junta directiva de la

¹¹⁶ Minuto 35:30 a 35:48, archivo VTS_01_1, cuaderno 9, *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.9º14.CDN.2 ° AUDIENCIA IVAN MORENO AGOSTO 1-2011 FOLIO 2231 \VTS_01_1.VOB".

¹¹⁷ Folios 696-697 *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\cuaderno N.3º10.folios 672-709 cuaderno N.3.pdf".

¹¹⁸ Folios 149-161, cuaderno de instrucción 20, expediente del proceso penal 34282 adelantado en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas ante la Corte Suprema de Justicia. Ubicación en CD, folio 458 del cuaderno principal: "D:\ÚNICA INSTANCIA 34282\CUADERNOS INSTRUCCION\CUADERNO 20 INSTRUCCION.pdf".

¹¹⁹ Folios 716-717, expediente disciplinario IUS 2010-349363. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\cuaderno N.3º11.folios 710-738 cuaderno N.3.pdf".

¹²⁰ Folio 727 *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\cuaderno N.3º11.folios 710-738 cuaderno N.3.pdf".

¹²¹ Minuto 5:30 a 6:16 y Minuto 13:09 a 13:38, archivo VTS_01_1, cuaderno 11, *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.11º5.. CD.N1º - AUDIENCIA IVAN MORENO 9 -VIII-11 -FOLIO 2746\VTS_01_1.VOB". También: Minuto 16:23 a 16:30, archivo VTS_01_1, cuaderno 11, *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.11º6. CD.N2º -AUDIENCIA IVAN MORENO 9-VIII-11 - FOLIO 2746-II\VTS_01_1.VOB".

¹²² Minuto 26:19 a 29:12, archivo VTS_03_1, cuaderno 11, *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.11º6. CD.N2º -AUDIENCIA IVAN MORENO 9-VIII-11 - FOLIO 2746-II\VTS_03_1.VOB".

¹²³ Folios 9-10, cuaderno de instrucción 25, expediente del proceso penal 34282 adelantado en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas ante la Corte Suprema de Justicia. Ubicación en CD, folio 458 del cuaderno principal: "D:\ÚNICA INSTANCIA 34282\CUADERNOS INSTRUCCION\CUADERNO 25 INSTRUCCION.pdf"

¹²⁴ Folios 5-7, cuaderno de instrucción 25, *ibidem*. Ubicación en CD, folio 458 del cuaderno principal: "D:\ÚNICA INSTANCIA 34282\CUADERNOS INSTRUCCION\CUADERNO 25 INSTRUCCION.pdf".

¹²⁵ Folios 790-794, expediente disciplinario IUS 2010-349363. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\cuaderno N.3º15.folios 771-791 cuaderno N.3.pdf" y "F:\IUS-2010-349363\cuaderno N.3º16.folios 792-803 cuaderno N.3.pdf".

¹²⁶ Folios 240, 246, cuaderno de instrucción 28, expediente del proceso penal 34282 adelantado en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas ante la Corte Suprema de Justicia. Ubicación en CD, folio 458 del cuaderno principal: "D:\ÚNICA INSTANCIA 34282\CUADERNOS INSTRUCCION\CUADERNO 28 INSTRUCCION.pdf".

empresa Concesión Bogotá-Girardot que se le entregaran las áreas de uso exclusivo a la esposa de Néstor Iván Moreno Rojas para que instalara allí estaciones de gasolina. Esta propuesta se la hizo a los socios Carlos Collins Espeleta y Alfonso Vergel Hernández, en presencia de Francisco José Gnecco Roldán, quienes la negaron por considerar que no había nada concreto o que no podían aceptarse las condiciones puestas de presente por el señor Nule Velilla porque implicaban ceder gratuitamente estos espacios.

A partir de lo anterior, el señor Miguel Eduardo Nule Velilla tomó la decisión de configurar el negocio por su cuenta, toda vez que según su apreciación, la cuota de sus empresas en la sociedad Bogotá-Girardot le permitía disponer unilateralmente de una de las áreas para instalar las estaciones de gasolina. Para esto el abogado Álvaro Dávila Peña elaboró una minuta de contrato de usufructo para formalizar el negocio con la señora Lucy de Moreno, el cual fue enviado por este al señor Nule Velilla por correo electrónico el 15 de marzo de 2019.

Para la Sala, no le asiste razón al apoderado del demandante en sus alegaciones en contra de este aspecto de los hechos probados por la Procuraduría toda vez que las reglas referidas a las solemnidades (*ad substantiam actus*) que en materia civil son necesarias para la existencia o validez de los negocios jurídicos no son aplicables a la valoración probatoria en materia disciplinaria.

En el procedimiento disciplinario, de acuerdo con el artículo 131 de la Ley 734 de 2002, existe libertad de pruebas y no hay tarifa legal. Por lo anterior, no resultaba necesario contar con una escritura pública para dar por cierto lo referido a la existencia de una minuta de contrato de usufructo. Además de lo anterior, el apoderado no dio argumentos concretos para desvirtuar lo dicho por los testigos que aseguraron conocer la minuta del contrato de usufructo, por lo que la Sala da por probada esta premisa.

- *Prueba de las irregularidades en el procedimiento contractual adelantado por el IDU para la adjudicación de dos contratos para el mantenimiento de la malla vial a las empresas de los Nule*

Esta cuestión está referida a la solicitud de la comisión del 6% que el señor Néstor Iván Moreno Rojas hizo a los Nule, a través del abogado Álvaro Dávila Peña, para interceder en la adjudicación de la licitación pública de las obras relacionadas con el mantenimiento de la malla vial del Distrito Capital de Bogotá, para lo cual se aprovechó de su condición de senador y de hermano del alcalde de esta ciudad para esa época, Samuel Moreno Rojas. Según la autoridad disciplinaria, esto se vio reflejado en la existencia de una empresa criminal de la que participaron algunos funcionarios del IDU y otras personas como Héctor Julio Gómez González.

A diferencia de lo señalado por el apoderado del demandante, en el expediente disciplinario sí existieron medios de prueba que dieron cuenta de las irregularidades en el procedimiento contractual antes referido, las cuales se enuncian a continuación:

- Resolución 56_ del 26 de diciembre de 2008, del Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá «Por la cual se adjudica la Licitación Pública IDU-LP-DG-006-2008»¹²⁷.
- Testimonio de Mauricio Antonio Galofre Amín rendido ante la Corte Suprema de Justicia el 17 de mayo de 2011¹²⁸.
- Testimonio de Mauricio Antonio Galofre Amín del 27 de diciembre de 2010 en el procedimiento disciplinario¹²⁹.
- Testimonio de Miguel Eduardo Nule Velilla del 8 de noviembre de 2010 en el procedimiento disciplinario¹³⁰.
- Testimonio de Miguel Eduardo Nule Velilla del 9 de noviembre de 2010 en el procedimiento disciplinario¹³¹.
- Testimonio de Miguel Eduardo Nule Velilla rendido ante la Corte Suprema de Justicia el 15 de diciembre de 2010¹³².
- Testimonio de Miguel Eduardo Nule Velilla rendido ante la Corte Suprema de Justicia el 7 de marzo de 2011¹³³.
- Testimonio de Miguel Eduardo Nule Velilla rendido ante la Corte Suprema de Justicia el 8 de marzo de 2011 en el proceso penal adelantado contra Germán Alonso Olano Becerra¹³⁴.
- Testimonio de Manuel Francisco Nule Velilla del 14 de diciembre de 2010 en el procedimiento disciplinario¹³⁵.
- Testimonio de Manuel Francisco Nule Velilla rendido ante la Corte Suprema de Justicia el 7 de marzo de 2011 en el proceso penal adelantado contra Germán Alonso Olano Becerra¹³⁶.
- Testimonio de Manuel Francisco Nule Velilla rendido ante la Corte Suprema de Justicia el 8 de marzo de 2011¹³⁷.
- Informe del CTI de la Fiscalía General de la Nación del 20 de junio de 2011, radicado FGN-CTI-611969¹³⁸.

¹²⁷ Folio 399-418, expediente disciplinario IUS 2010-349363. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\Cuaderno N.2º3.Folios 358- 418 cuaderno N 2.pdf".

¹²⁸ Folios 171-175, 180, 196, cuaderno de instrucción 24, expediente del proceso penal 34282 adelantado en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas ante la Corte Suprema de Justicia. Ubicación en CD, folio 458 del cuaderno principal: "D:\ÚNICA INSTANCIA 34282\CUADERNOS INSTRUCCION\CUADERNO 24 INSTRUCCION.pdf".

¹²⁹ Folios 646-650, 657-658, expediente disciplinario IUS 2010-349363. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\cuaderno N.3º9.folios 640-671 cuaderno N.3.pdf".

¹³⁰ Folio 67-68, 70, *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\cuaderno N.1º- con un CD\3.folio 58 -71 cuaderno N1.pdf".

¹³¹ Folio 159, *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\cuaderno N.1º- con un CD\6.folios 152- 169 cuaderno N 1.pdf".

¹³² Folios 146-147, cuaderno de instrucción 14, expediente del proceso penal 34282 adelantado en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas ante la Corte Suprema de Justicia. Ubicación en CD, folio 458 del cuaderno principal: "D:\ÚNICA INSTANCIA 34282\CUADERNOS INSTRUCCION\CUADERNO 14 INSTRUCCION.pdf".

¹³³ Folios 94-95, 115-116, cuaderno de instrucción 21, expediente del proceso penal 34282 adelantado en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas ante la Corte Suprema de Justicia. Ubicación en CD, folio 458 del cuaderno principal: "D:\ÚNICA INSTANCIA 34282\CUADERNOS INSTRUCCION\CUADERNO 21 INSTRUCCION.pdf".

¹³⁴ Folios 954-955, expediente disciplinario IUS 2010-349363. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.5º1.FOLIOS 923- 985- CUADERNO N.5.pdf".

¹³⁵ Folio 613, *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\cuaderno N.3º8.folios 609-639 cuaderno N.3.pdf".

¹³⁶ Folio 926, *ibidem*.

¹³⁷ Folios 207-209, 210-213, 226-227, cuaderno de instrucción 21, expediente del proceso penal 34282 adelantado en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas ante la Corte Suprema de Justicia. Ubicación en CD, folio 458 del cuaderno principal: "D:\ÚNICA INSTANCIA 34282\CUADERNOS INSTRUCCION\CUADERNO 21 INSTRUCCION.pdf".

- Testimonio de Diana Marcela Velasco Rincón rendido ante la Corte Suprema de Justicia el 23 de agosto de 2011¹³⁹.
- Testimonio de Héctor Julio Gómez González del 25 de noviembre de 2010 en el procedimiento disciplinario¹⁴⁰.
- Hojas 4, 5 y 6 de la Resolución 5665 del 26 de diciembre de 2008, expedida por la directora general del IDU, «Por la cual se adjudica la Licitación Pública IDU-LP-DG-006-2008»¹⁴¹.
- Testimonio de Camilo Ernesto Pérez Portacio rendido ante la Corte Suprema de Justicia el 13 de junio de 2011¹⁴².
- Testimonio de Jorge Luis Bettín Rodríguez rendido ante el Tribunal Superior de Sincelejo, por comisión de la Corte Suprema de Justicia, el 29 de agosto de 2011¹⁴³.
- Testimonio de Jaime Lombana Villalba rendido en la audiencia verbal del procedimiento disciplinario el 6 de julio de 2011¹⁴⁴.
- Testimonio de Omar Augusto Ferreira Rey rendido en la audiencia verbal del procedimiento disciplinario el 11 de julio de 2011¹⁴⁵.

La cantidad de medios de prueba que tuvo en cuenta la autoridad disciplinaria para demostrar esta premisa desvirtúa las alegaciones de la parte demandante. Para una mayor claridad, la Sala transcribe lo encontrado por el CTI de la Fiscalía General de la Nación, en relación con la inversión de los dineros del anticipo de los contratos adjudicados por el distrito a las empresas del Grupo Nule¹⁴⁶:

1. Con base en el contrato 071 de 2008, el cual fuera adjudicado a la UNION TEMPORAL GTM, esta empresa mediante la suscripción de las ofertas mercantiles 17 y 18 del 16 de marzo de 2009 con la CONSTRUCTORA INCA LTDA, le gira como anticipo la suma total de \$2.500.052.632, dinero que de acuerdo a lo establecido no fue utilizado en la ejecución de dicho contrato.

2.- Con base en el contrato 072 de 2008, el cual fuera adjudicado a la UNION TEMPORAL VIAS DE BOGOTA 2009 [sic], esta empresa mediante la

¹³⁸ Folios 132-133, cuaderno de instrucción 33, expediente del proceso penal 34282 adelantado en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas ante la Corte Suprema de Justicia. Ubicación en CD, folio 458 del cuaderno principal: "D:\ÚNICA INSTANCIA 34282\CUADERNOS INSTRUCCION\CUADERNO 33 INSTRUCCION.pdf".

¹³⁹ Folios 64-65, *ibidem*.

¹⁴⁰ Folio 421, expediente disciplinario IUS 2010-349363. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\Cuaderno N.2º\4.folios 419 -430 cuaderno N.2.pdf".

¹⁴¹ Folio 412-414, *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\Cuaderno N.2º\3.Folios 358- 418 cuaderno N 2.pdf".

¹⁴² Folios 263-271, cuaderno de instrucción 25, expediente del proceso penal 34282 adelantado en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas ante la Corte Suprema de Justicia. Ubicación en CD, folio 458 del cuaderno principal: "D:\ÚNICA INSTANCIA 34282\CUADERNOS INSTRUCCION\CUADERNO 25 INSTRUCCION.pdf".

¹⁴³ Folios 156-157, cuaderno de instrucción 33, *ibidem*. Ubicación en CD, folio 458 del cuaderno principal: "D:\ÚNICA INSTANCIA 34282\CUADERNOS INSTRUCCION\CUADERNO 33 INSTRUCCION.pdf".

¹⁴⁴ Minuto 53:00 a 55:27, archivo VTS_02_1, expediente disciplinario IUS 2010-349363. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.8º\10. CD N.1ºAUDIENCIA IVAN MORENO JULIO 5 Y 6-2011, DR. JORGE CASILIMAS Y DR. JAIME LOMBANA - FOLIO 1817\VTS_02_1.VOB".

¹⁴⁵ Minuto 07:16 a 17:57, archivo VTS_02_1, *ibidem*. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.8º\14. CD N.2º AUDIENCIA IVAN MORENO - JULIO 11 DE 2011 FOLIO 2015 1\VTS_02_1.VOB".

¹⁴⁶ Folios 132-133, cuaderno de instrucción 33, expediente del proceso penal 34282 adelantado en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas ante la Corte Suprema de Justicia. Ubicación en CD, folio 458 del cuaderno principal: "D:\ÚNICA INSTANCIA 34282\CUADERNOS INSTRUCCION\CUADERNO 33 INSTRUCCION.pdf".

suscripción de dos (02) ofertas mercantiles del 25 de marzo de 2009 con la empresa GEOS CONSTURCCIONES S.A.S., le gira como anticipo el 18 de junio de 2009 la suma de \$2.503.987.620, **dinero que de acuerdo a lo establecido no fue utilizado en la ejecución de este contrato [...]** (Negrita fuera de texto).

Por lo anterior, este argumento a favor de la nulidad de los actos acusados también será desestimado por la Sala y al no haber prosperado ninguno, considerará no configurados los vicios alegados respecto de la valoración probatoria. Así, la presunción de inocencia de la que gozaba el demandante fue desvirtuada por la Procuraduría General de la Nación, toda vez que los medios de prueba que se practicaron en el procedimiento disciplinario ofrecieron certeza respecto de la hipótesis fáctica de los dos cargos que se le imputaron al señor Néstor Iván Moreno Rojas.

En conclusión: No se configuraron los vicios esgrimidos en contra de la valoración probatoria realizada por la autoridad disciplinaria, toda vez que esta apoyó su decisión en pruebas que demostraron la responsabilidad del señor Néstor Iván Moreno Rojas frente a los dos cargos que le fueron imputados y que derivaron en la sanción que le fue impuesta.

ii. Segundo subproblema

¿El procurador general de la Nación interpretó erróneamente la ilicitud sustancial de la conducta reprochada al señor Néstor Iván Moreno Rojas?

Tesis de la parte demandante

El abogado del demandante aseguró que el procurador interpretó erróneamente la ilicitud sustancial. Esto porque en los actos acusados, respecto de los dos cargos que la Procuraduría formuló en contra de su poderdante, no se concretó ni demostró cómo la conducta atribuida a este afectó sustancialmente el deber funcional que le asistía como senador de la República.

Tesis de la parte demandada

El apoderado de la Procuraduría aseguró que esa entidad interpretó correctamente la ilicitud sustancial. Para tales efectos transcribió los apartes del acto sancionatorio acusado en los que se desarrolló el concepto de la ilicitud sustancial, el cual se concretó en la violación de normas con estructura de principios por parte del disciplinado, precisados, en el caso concreto, en los mandatos de optimización de la igualdad, moralidad y eficacia de la función pública, que fueron desconocidos por el señor Moreno Rojas en su calidad de senador, al influir en los procedimientos contractuales del distrito capital a cambio de la entrega de áreas exclusivas en beneficio de un tercero y de una comisión del 6% del valor de los contratos.

Tesis del Ministerio Público

La procuradora delegada aseveró que se había interpretado adecuadamente la ilicitud sustancial. En ese sentido sostuvo que la alegación de la parte demandante era infundada, porque se demostró que el señor Néstor Iván Moreno Rojas, con la conducta que le fue reprochada, desconoció los principios de igualdad, moralidad y eficacia de la función pública. Así, en el procedimiento sancionatorio se probó que la actuación del demandante entorpeció los procedimientos licitatorios del distrito capital, y la ilicitud sustancial, según los actos acusados, no giró en torno a la infracción del deber funcional del señor Moreno Rojas en su calidad de senador sino de la violación de los principios antes mencionados.

Tesis de la Sala

El procurador general de la Nación interpretó adecuadamente la ilicitud sustancial de la conducta reprochada al señor Néstor Iván Moreno Rojas, lo cual fue expresado en la motivación del acto sancionatorio de única instancia demandado.

Para desarrollar este problema se hará una exposición de los siguientes temas:

- La ilicitud sustancial de la conducta como presupuesto de la sanción disciplinaria (a.).
- Caso concreto (b.).

a. La ilicitud sustancial de la conducta como presupuesto de la sanción disciplinaria

La antijuridicidad ha sido identificada por la doctrina como un juicio de desvalor o de contrariedad con el ordenamiento normativo¹⁴⁷, que varía en relación con las distintas esferas jurídicas que determinan los hechos que son objeto de prohibición. En materia disciplinaria, una conducta típica será antijurídica cuando afecte el deber funcional, sin que exista una justificación para sustentar la actuación u omisión, así, el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 prevé:

Artículo 5. Ilicitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.

Ahora bien, en cuanto a la antijuridicidad en el derecho disciplinario debe indicarse que esta, al igual que en el derecho penal, no se limita a la sola adecuación típica de la conducta, esto es, para su configuración no basta que el actuar del servidor público encaje dentro del tipo disciplinario descrito en la ley, pues es necesario que este tenga alcances sustanciales.

Aunque el derecho disciplinario y el derecho penal coinciden en esta apreciación, no es así cuando se trata de analizar el otro componente de esta categoría dogmática que sí contempla el segundo, denominado antijuridicidad material. Este no está concebido en el primero, en la medida que para que se configure una infracción disciplinaria no se exige un resultado lesivo o dañino a la función

¹⁴⁷ ISAZA SERRANO, Carlos Mario. *Teoría General del Derecho Disciplinario*. Bogotá: Temis, 2009, pp. 132 y ss.

pública, sino que se conforma con la existencia del quebrantamiento sustancial de los deberes funcionales encargados al servidor público que afecten la consecución de los fines del Estado. Sobre el particular la jurisprudencia de esta Sección ha expresado lo siguiente¹⁴⁸:

[...] Por su parte la antijuridicidad es descrita por la norma disciplinaria como la ilicitud sustancial que se traduce en una afectación del deber funcional sin justificación alguna¹⁴⁹, es decir, **este elemento a diferencia del derecho penal¹⁵⁰ al cual hace referencia la demandante en su acusación no responde a la gravedad del daño producido**, motivo por el cual, el sujeto disciplinable solo se excusaría cuando su conducta no sea antijurídica, a saber, en la medida en que la ilicitud no sea sustancial o tenga una justificación válida para haberla cometido, para lo cual, deben revisarse las causales de exclusión de responsabilidad¹⁵¹.

En este sentido y atendiendo a la jurisprudencia de esta Sala¹⁵², se tiene además que, de conformidad con el artículo 5.º del Código Disciplinario Único **la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna**. Este mandato legal consagra, en criterio del Consejo de Estado, la específica noción de antijuridicidad que caracteriza al derecho disciplinario y le diferencia del derecho penal, a saber, que **la antijuridicidad en el derecho disciplinario no se basa en un daño a un bien jurídico protegido, sino en el incumplimiento de los deberes funcionales del servicio público [...]** [Negrita fuera de texto].

Así las cosas, se puede asegurar que el derecho disciplinario no exige, para que se configure una infracción disciplinaria, que la conducta desplegada por el servidor público o el particular que cumpla funciones públicas genere un resultado, esto es, cause un daño al Estado. Por tanto, en principio, bastaría con que el servidor público quebrante los deberes para que pueda afirmarse que se incurrió en un actuar disciplinable.

Sin embargo, la antijuridicidad entendida desde esta perspectiva no es del todo precisa. En efecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 5.º de la Ley 734 de 2002 asimiló los conceptos de «antijuridicidad» con el de «ilicitud sustancial» luego, en consideración a ello, es claro que no puede simplemente analizarse el primer término aisladamente, sino que es menester que a este se agregue el adverbio «sustancial», aspecto que repercute de forma directa en el análisis que debe observarse cuando de juzgar una actuación de un servidor público a la luz del derecho disciplinario se trata.

Es útil precisar que por la palabra sustancial se entiende¹⁵³:

¹⁴⁸ C.E. Sec. Segunda. Subsec. B. Sent. 11001-03-25-000-2012-0352-00 (1353-2012), abr. 16/2015.

¹⁴⁹ CDU, art. 5.

¹⁵⁰ C.Pen., art. 11. «Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal».

¹⁵¹ CDU, art. 28-1 a 6.

¹⁵² C.E. Sec. Segunda. Subsec. A. Sent. 11001-03-25-000-2010-00149-00 (1085-2010), may. 2/2013.

¹⁵³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Diccionario de la lengua española». Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=YpLjVbm>.

1. adj. Perteneciente o relativo a la sustancia. *Esta definición es sustancial, n o accidental.*
2. adj. Importante o esencial. *En lo sustancial estamos de acuerdo.*
3. adj. [sustancioso](#) (ll rico en valor nutritivo).

Por su parte, *sustancia* se define así¹⁵⁴:

[...]

2. f. Parte esencial o más importante de algo. No traicionaba la sustancia del pacto firmado.

3. f. Conjunto de características permanentes e invariables que constituyen la naturaleza de algo. La palabra democracia está perdiendo su propia sustancia histórica.

4. f. Valor, importancia o utilidad de algo. Un discurso con poca sustancia.

[...]

De las definiciones señaladas se puede extraer que la referencia a lo sustancial en relación con la ilicitud, significa que la infracción del deber funcional debe tener cierta relevancia, importancia o esencialidad frente a los fines del Estado, la satisfacción del interés general y los principios de la función pública.

En términos generales, esto quiere decir, que la actuación u omisión del servidor público violatoria de sus deberes, esto es, contraria a derecho (ilicitud), debe desembocar en una real y efectiva afectación del buen funcionamiento del Estado y por tanto del servicio público¹⁵⁵ (sustancialidad) y en esa medida puede decirse, pese a que la ley no lo mencionó de este modo, que cuando estas dos características confluyen se está en presencia de una «antijuridicidad sustancial», requisito indispensable para que pueda afirmarse que se configuró una conducta disciplinaria susceptible de ser sancionada.

Esta figura, derivada del análisis doctrinal y jurisprudencial, permite establecer las pautas de interpretación del artículo 5.º de la Ley 734 de 2002 y, por ende, sirve para entender en qué casos una conducta desplegada por un servidor público puede ser objeto de sanción por el derecho disciplinario y en cuales no, al circunscribirla a aquellas infracciones al deber funcional que tengan cierta entidad o sustancialidad o que afecten de manera relevante la función pública.

Así, se dejan de lado aquellos comportamientos que, aun cuando encajen dentro del tipo disciplinario, no tienen una trascendencia tal en relación con la buena marcha de la función pública, el cumplimiento de los fines y funciones del Estado y el interés general, aspectos que son precisamente el propósito que persiguen las normas disciplinarias.

Sobre la ilicitud sustancial que trae consigo el artículo 5.º del Código Disciplinario Único, la doctrina ha manifestado¹⁵⁶:

¹⁵⁴ *Ibidem*. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=Yplehqm>.

¹⁵⁵ C.Const. Sent. C-948, nov. 6/2002 y C.E. Sec. Segunda. Subsec. A. Sent. 11001-03-25-000-2012-00167-00 (0728-12), may. 12/2014.

¹⁵⁶ GOMEZ PAVAJEAU, *op. cit*, pp. 368-369.

[...] **la antijuridicidad, o mejor la ilicitud**, en derecho disciplinario no puede ser entendida como mera contradicción de la conducta de la norma; eso sería tanto como pregonar la exigencia del deber por el deber mismo. Pero el camino correcto para ello no es hablar de antijuridicidad material, pues ello es propio del derecho penal. La antijuridicidad sustancial es un término genérico que cobija las especies de antijuridicidad material e ilicitud sustancial. La primera como se dijo, aplicable al derecho penal, y la segunda al derecho disciplinario. **La antijuridicidad sustancial es el término correcto para denominar el fenómeno propio del derecho disciplinario. Presupone como objeto de protección del derecho disciplinario el deber, pero en términos funcionales.** Por ello el artículo 5.º de la Ley 734 de 2002 habla del “deber funcional”, y define la “ilicitud sustancial” como la afectación de aquel sin justificación alguna. Es presupuesto de la ilicitud sustancial merecedora de reproche el que se “afecte sustancialmente los deberes funcionales” [...] [Negrita fuera de texto].

En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado especificó que el «deber funcional» se encuentra integrado por¹⁵⁷:

[...] (i) el cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, (ii) la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley; (iii) garantizando una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales. Se infringe el deber funcional si se incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública en cualquiera de esas dimensiones [...]

Otro sector de la doctrina resaltó que¹⁵⁸:

[...] De conformidad con lo contemplado en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 lo que constituye falta disciplinaria es la realización de aquella conducta que infrinja el deber funcional de manera sustancial. De ahí que no constituye falta disciplinaria la infracción al deber por el deber mismo. No todo desconocimiento del deber implica ya un ilícito disciplinario, **es necesario que la conducta entre en interferencia con la función afectando los principios y las bases en las que se asienta.** De ahí que es menester que en cada caso en concreto se determine de qué forma el incumplimiento del deber acarreó la afectación de la función [...] [Negrita fuera de texto].

Se destaca, igualmente, lo dicho por Pinzón Navarrete¹⁵⁹:

[...] **Toda falta disciplinaria, cualquiera que ella sea, lleva implícito el desconocimiento del deber funcional.** Es decir, si se incumple un deber, se infringe el deber funcional; si se incurre en una prohibición, se infringe el deber funcional; si hay extralimitación de un derecho, se infringe el deber funcional; si hay extralimitación de un derecho, se infringe el deber funcional; si hay extralimitación de un derecho, se infringe el deber funcional; si hay extralimitación de una función, se infringe el deber funcional; y si se incurre en

¹⁵⁷ C.E. Sec. Segunda, Subsec. A. Sent. 11001-03-25-000-2011-00268-00 (0947-11), may. 12/2014. En el mismo sentido C.Const. Sents. C-712, jul. 5/2001, C- 252, mar. 25/2003 y C-431, may. 6/2004.

¹⁵⁸ SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. *Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas*. 2.º edición. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, p. 48.

¹⁵⁹ PINZÓN NAVARRETE, John Harvey. *La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario: concepto, evolución y criterios teórico-prácticos para su correcto entendimiento*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2018, pp. 42-44.

cualquier comportamiento previsto por el legislador como falta, se infringe el deber funcional.

Es por eso que también debe tenerse en cuenta que en las descripciones efectuadas por el legislador en el artículo 48 del Código Disciplinario Único como faltas disciplinarias gravísimas, la categoría del deber funcional se encuentra igualmente inmersa en el tipo disciplinario, pues la realización de cualquiera de dichas conductas señaladas taxativamente implica, al mismo tiempo, el desconocimiento del deber funcional que le asiste a los servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas¹⁶⁰.

[...] Puede decirse que todo incumplimiento del manual de funciones conlleva la afectación del deber funcional, pero no toda afectación del deber funcional siempre tiene que ver con las funciones establecidas en los respectivos manuales [...] [Negrita fuera de texto].

Por su parte la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura señaló¹⁶¹:

[...] En el caso de los regímenes disciplinarios, no aparece consagrado el principio de la antijuridicidad material, ya que pugna abiertamente con su naturaleza, habida consideración a que su fin no es la protección de bienes jurídicos, por lo que no importa establecer la lesión o puesta en peligro efectiva a los mismos, sino el grado de afectación de los deberes funcionales, es por eso que la Ley 734 de 2002 trae consigo el concepto de “ilicitud sustancial” para referirse a la antijuridicidad, que es de carácter sustancial y se conecta a la afectación de deberes y no de bienes jurídicos [...]

A su vez, la Procuraduría General de la Nación también siguió esta línea al afirmar que¹⁶²:

[...] En el orden precedente y desde un referente de justicia, la *sustancialidad* de la ilicitud se determinará cuando se compruebe que se ha prescindido del deber exigible al disciplinado en tanto implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, entendiéndose por tal la *antijuridicidad sustancial* del comportamiento [...]

Citando nuevamente al Consejo de Estado, múltiples han sido las providencias que también acogieron esta postura¹⁶³, dentro de las cuales se afirmó:

[...] En este sentido y atendiendo a la jurisprudencia de esta Sala, se tiene además que, de conformidad con el artículo 5 del Código Disciplinario Único la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna. Este mandato legal consagra, en criterio del Consejo de Estado, la específica noción de antijuridicidad que caracteriza al derecho disciplinario y le diferencia del derecho penal, a saber, que la antijuridicidad en el derecho disciplinario no se basa en un daño a un bien jurídico protegido, sino en el incumplimiento de los deberes funcionales del servicio público [...]

¹⁶⁰ Despacho del procurador general de la Nación. Fallo de segunda instancia del 11 de enero de 2011. Radicación IUS 2006-277830, IUC 021-151885-06.

¹⁶¹ C.S. de la J., Sala Juris. Disc. Sent. 19971473-01, sep. 6/2003.

¹⁶² Citado en ORDOÑEZ MALDONADO, Alejandro. *Justicia disciplinaria. De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud*. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2009, p. 28.

¹⁶³ C.E. Sec. Segunda, Subsec. B. Sents. 11001-03-25-000-2012-00352-00 (1353-2012), abr. 16/2015. Y 11001-03-25-000-2010-00149-00 (1085-2010), may. 2/2013.

Los anteriores pronunciamientos recogen la posición jurídica asumida por la Corte Constitucional en la sentencia C-948 de 2002, en la cual efectuó el estudio de constitucionalidad del artículo 5.º del Código Disciplinario Único. En dicha oportunidad el alto Tribunal expresó¹⁶⁴:

[...] Para la Corte, como se desprende de las consideraciones preliminares que se hicieron en relación con la especificidad del derecho disciplinario, resulta claro que dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones. En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, **el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública.**

El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. **Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta.**

Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria.

Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por sí misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines [...] [Negrita fuera de texto].

De acuerdo con los parámetros esbozados puede concluirse lo siguiente:

- El «deber funcional» que contempla el artículo 5.º del Código Disciplinario Único, se desprende de la relación especial de sujeción existente entre el Estado y los servidores públicos. Específicamente, hace referencia a la obligación que le asiste a estos de cumplir el conjunto de funciones asignadas a su cargo, actuar conforme la Constitución Política, la ley o el reglamento, y, garantizar el adecuado funcionamiento del Estado, la prevalencia del interés general y de los fines del Estado. En efecto, el deber funcional es catalogado como el medio a través del cual se cumplen los fines estatales.

¹⁶⁴ En el mismo sentido C.Const. Sents. C-373, may. 15/02 y C-452, ago. 24/2016. En esta última la Corte manifestó: «[...] Bajo esta misma línea argumentativa, la sentencia en comento aclara que **la antijuridicidad del ilícito disciplinario se concentra en la mencionada infracción del deber funcional [...]**» (Negrita fuera del texto).

- Cuando el artículo 5.º del CDU se refiere a la antijuridicidad, la equipara a la ilicitud sustancial. Por ende, las autoridades disciplinarias en el momento de decidir si una conducta de un servidor público es sancionable disciplinariamente, debe verificar, no solo la vulneración del deber, es decir la ocurrencia de la antijuridicidad formal propiamente dicha, sino que además le corresponde examinar la sustancialidad de la ilicitud.
- En virtud de lo anterior, solo pueden ser juzgadas disciplinariamente, las conductas que afecten sustancialmente el deber funcional, entendido este en los términos arriba señalados.
- Se considera que existe «ilicitud sustancial», cuando se comprueba que el quebrantamiento del deber, implica una real y efectiva afectación del buen funcionamiento del Estado, del interés general y/o de la función pública, esto es, cuando se afecta sustancialmente el deber funcional.
- No es la ocurrencia del daño lo que determina la responsabilidad, sino la sustancialidad del deber. Por tanto, basta con que el incumplimiento del deber afecte sustancialmente la función pública, el interés general, o los fines del Estado, para que se produzca la falta. Ello siempre y cuando, el quebrantamiento del deber funcional no esté amparado en las causales de exclusión de responsabilidad de que trata el artículo 28 del Código Disciplinario Único.
- La concreción de la ilicitud sustancial de una conducta o de una falta se expresa con la realización de dos juicios. Uno deontológico, referido a la constatación del cumplimiento de los deberes precisos (contenidos en reglas) que le impone el ordenamiento jurídico a un servidor público en razón de su cargo, y otro axiológico, relacionado con la verificación de la observancia de los principios de la función pública¹⁶⁵.

b. Caso concreto

En la demanda, el apoderado del señor Moreno Rojas sostuvo que en los actos acusados el procurador general de la Nación no concretó ni demostró cómo la

¹⁶⁵ La Corte Constitucional ha señalado que «[...] el Derecho Disciplinario se encamina al juzgamiento de servidores públicos cuando “dichos sujetos desconocen, sin justificación, dichos principios (de la función pública) y las normas que rigen las formas de su comportamiento” (C.Const. Sent. C-430, sep. 4/1997). Esto es, el Derecho Disciplinario demanda sendos juicios acumulativos:

- a. Cuando se contradicen las normas que rigen las formas del comportamiento de los servidores públicos, caso en el cual se da cuenta del juicio deontológico; y
- b. Cuando se desconocen los principios de la función pública, caso en el cual se da cuenta del juicio axiológico.

Si ello fundamenta el ilícito disciplinario, lo contrario fundamenta su exclusión [...]. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Fundamentos del Derecho Disciplinario colombiano*. 2.^a ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 134-135.

conducta atribuida a su representado afectó sustancialmente el deber funcional que le correspondía como senador de la República.

Contrario a lo sostenido por el abogado, en el esquema comparativo entre la formulación de cargos y la decisión sancionatoria presentada al inicio de las consideraciones de esta providencia pudo observarse que la entidad demandada sí hizo el análisis de este elemento dogmático de la siguiente manera¹⁶⁶:

[...] En el caso que nos ocupa NESTOR IVÁN MORENO ROJAS infringió de manera flagrante los principios de igualdad, al entorpecer los procesos licitatorios del Distrito Capital, al igual que los principio de moralidad y eficacia [...] El principio de moralidad debe irrigar la actuación de todos los servidores públicos quienes, en el ejercicio de sus competencias y funciones, así como todas aquellas actividades en las que con ocasión del servicio invoque la calidad que le asiste debe preservar la majestad de la institución a la que pertenece y con ello preservar la imagen del Estado hacia los ciudadano , principio, que con su reprochable proceder, desconoció NESTOR IVÁN MORENO ROJAS. Por lo expuesto, la conducta [...] fue sustancialmente ilícita. [...]

A partir de esto, puede corroborarse que del juicio deontológico que hizo la autoridad disciplinaria de la actuación del demandante, se evidenció que este incumplió los deberes que le imponía el ordenamiento jurídico para el desempeño de su cargo, los cuales no se agotaban en unas funciones entendidas de manera taxativa, pues su conducta no tuvo que ver directamente con estos, sino en una lectura sistemática de las normas constitucionales y legales que determinaban sus alcances y sus límites. En este sentido, el deber funcional que le asistía al demandante como senador le exigía una especialísima atención, recato y cuidado en su buen comportamiento, en la práctica permanente de valores como la honestidad, y el cabal acatamiento de los principios que rigen la función pública.

Es innegable que cuando se propician, ejercen y secundan actos de corrupción, de manera directa, se actúa con ilicitud sustancial, pues se lesiona la estructura vertebral del deber funcional y ello a la vez trasciende gravemente a la órbita de afectación de los derechos de toda la colectividad. De esta manera, el juicio axiológico realizado por la Procuraduría se concretó al definir que con el abuso de su cargo como senador para pedir una utilidad indebida a los señores Nule, se configuró como una violación a los principios de igualdad, moralidad y eficacia de la función pública.

Aunado a lo anterior y ante el argumento de la parte demandante de que «con su presunta conducta no se violó el régimen de inhabilidades, incompatibilidades o impedimentos, luego mal podría decirse que se violó el deber funcional» se recuerda que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en decisión del 12 de marzo de 2013¹⁶⁷, estudió dos solicitudes de pérdida de investidura radicadas frente al señor Néstor Iván Moreno Rojas y concluyó de manera contundente que:

¹⁶⁶ Folios 4458-4459, expediente disciplinario IUS 2010-349363. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.17\31. FOLIOS 4425-4463.pdf".

¹⁶⁷ C.E. S. Plena. Sent. 11001031500020110012500 PI, mar. 12/2013.

[...] el Consejo de Estado concluye que el senador Iván Moreno Rojas efectivamente incurrió en una conducta violatoria de la prohibición constitucional establecida en el artículo 180-4 Superior. Al haber ejercido presiones y participado en negociaciones con Miguel Nule, empresario que ocupaba una posición directiva y de propietario, entre muchas otras, en una empresa contratista del Estado –la sociedad concesionaria de la autopista Bogotá-Girardot, el señor Iván Moreno realizó gestiones tendientes a satisfacer sus propios intereses personales y los de su esposa, Lucy Luna de Moreno, mediante la asignación del lucrativo negocio de las estaciones, como contraprestación por no ejercer su influencia para deshacer las ilícitas prerrogativas contractuales del grupo Nule en la contratación distrital.

Tal conducta, que ha sido debidamente comprobada en el presente proceso, le hace merecedor de la sanción establecida por el Constituyente para aquellos miembros del Congreso que se desvíen del interés público que debe regir por definición su conducta, y utilicen las ventajas y poderes propios de su cargo para satisfacer mezquinos intereses personales. Se decretará en consecuencia la pérdida de su investidura congresarial, en cumplimiento del mandato de la Constitución Política [...]

En conclusión: El procurador general de la Nación interpretó adecuadamente la ilicitud sustancial de la conducta reprochada al señor Néstor Iván Moreno Rojas, lo cual fue expresado en la motivación del acto sancionatorio de única instancia demandado.

iii. Tercer subproblema

¿En los actos acusados se demostró la conducta dolosa del señor Néstor Iván Moreno Rojas respecto de la falta gravísima que le fue imputada?

Tesis de la parte demandante

El abogado del demandante aseguró que en el procedimiento disciplinario no se logró demostrar la conducta dolosa de su representado. Esto, de conformidad con lo siguiente:

Después de realizar una exposición teórica del concepto de culpabilidad, el apoderado del señor Moreno Rojas adujo que este elemento dogmático de la responsabilidad disciplinaria tuvo un escaso desarrollo en la motivación de los actos acusados, limitándose a un solo folio en el que la Procuraduría transcribió varios pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema, sin ahondar en argumentos sobre la demostración del dolo con el que supuestamente habría actuado el demandante, el cual, para él, no existió.

Tesis de la parte demandada

El abogado de la Procuraduría consideró que sí se había demostrado la conducta dolosa del demandante por lo que se expone a continuación:

El apoderado refirió que la parte demandante no indicó expresamente cuál era el error o la irregularidad en la valoración de la culpabilidad en el acto sancionatorio, a partir de esto, hizo una exposición teórica sobre este concepto y reprodujo el acápite en el que la autoridad disciplinaria lo analizó, frente a la conducta demostrada del señor Néstor Iván Moreno Rojas.

Así, sostuvo que en el procedimiento disciplinario se acreditó la atribuibilidad de la conducta, la exigibilidad del cumplimiento del deber o juicio de reproche, el conocimiento de la situación típica, la voluntad para realizar u omitir el deber o la prohibición y, por último, la conciencia de la antijuridicidad. La confluencia de estos elementos llevó a la Procuraduría a determinar que el señor Moreno Rojas actuó con dolo.

Tesis del Ministerio Público

No se pronunció expresamente sobre este tema.

Tesis de la Sala

En los actos acusados sí se logró demostrar el comportamiento doloso del señor Néstor Iván Moreno Rojas porque las pruebas que fundamentaron la decisión sancionatoria reflejaron el conocimiento que este tenía de la falta que se le imputó y la voluntad de cometerla. Además, al entonces senador, le era exigible comportarse de otra manera a como efectivamente lo hizo.

Para desarrollar este problema se hará una exposición de los siguientes temas:

- La culpabilidad en el derecho disciplinario (a.).
- Caso concreto (b.).

a. La culpabilidad en el derecho disciplinario

De acuerdo con lo consagrado en el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, «en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva» y, por lo tanto, «las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa». Desde ese punto de vista, la culpabilidad es un principio rector del régimen disciplinario de los servidores y particulares que ejercen funciones públicas, el cual se deriva del concepto de dignidad humana, por el que se entiende que el sujeto disciplinable pudo actuar libremente y, por ende, el Estado queda legitimado para sancionarlo¹⁶⁸. Así, este mandato de optimización impone la necesidad de valorar el aspecto subjetivo de la conducta, para fundamentar la imposición de las sanciones previstas para cada una de las faltas tipificadas en la ley.

¹⁶⁸ PINZÓN NAVARRETE, John Harvey. *La culpabilidad en el derecho disciplinario*. Bogotá: IEMP Ediciones, tercera impresión, 2019, p. 229.

Además de lo precedente, la culpabilidad también es una categoría dogmática de la estructura de la responsabilidad disciplinaria¹⁶⁹, cuyos desarrollos doctrinales y jurisprudenciales han tenido como base el derecho penal y, en ese sentido, también se ha visto influenciada por las tesis de las escuelas tradicionales de la teoría del delito, que han seguido una senda evolutiva a partir de la corriente clásica, luego la neoclásica y, por último la finalista¹⁷⁰.

Desde la perspectiva de la escuela clásica, el dolo y la culpa eran simplemente las formas en las que se expresaba la culpabilidad, y correspondían únicamente al nexo psicológico entre el autor y el hecho¹⁷¹. Luego, la doctrina neoclásica dio cuenta de la crisis del anterior concepto, toda vez que en muchos casos se demostró que, pese a comprobarse el nexo psicológico, podía haber diferentes grados de culpabilidad o, incluso, que esta no existiera, por cuanto al autor de la conducta no le era exigible comportarse de manera diferente¹⁷². De este modo, la categoría dogmática que se analiza no se agotaba en la comprobación del vínculo entre lo que se pensaba y lo que se hacía o dejaba de hacer, sino que también comprendía un aspecto normativo referido a la reprochabilidad del comportamiento. Así, el dolo y la culpa dejaron de ser entendidos como formas de la culpabilidad, y pasaron a ser elementos de esta.

Posteriormente, con las elaboraciones teóricas de la escuela finalista, el entendimiento del contenido de las diferentes categorías dogmáticas de la responsabilidad cambió sustancialmente, por la introducción del concepto de «acción final». De esta forma, bajo esa corriente, el dolo y la culpa se entendieron como modalidades de la conducta, con lo cual su análisis ya no se encontraba en sede de culpabilidad, sino que se trasladó a la tipicidad. Esta corriente tiene su expresión en el Código Penal vigente¹⁷³, en el que existe el sistema de números cerrados, que implica que la mayoría de los delitos se conciben exclusivamente desde la modalidad dolosa, y excepcionalmente culposa, cuando así, expresamente, lo determine el tipo correspondiente¹⁷⁴.

De conformidad con lo anterior, desde la doctrina se ha dicho que en materia disciplinaria persiste la influencia de la escuela neoclásica de la teoría del delito en

¹⁶⁹ «Por responsabilidad disciplinaria se entiende la reunión o la comprobación de ciertos elementos o categorías que, unidos y sistemáticamente organizados entre sí, son los que explican y fundamentan la imposición de un correctivo disciplinario». *Ibidem*, p. 29.

¹⁷⁰ No se incluye la escuela funcionalista, o posfinalista, en la medida en que sus posturas no se han visto reflejadas en nuestra legislación, en lo relacionado con la culpabilidad. *Ibidem*, pp. 41-55.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 41.

¹⁷² «Aquí no sobra traer a colación el tradicional y muy ilustrativo ejemplo de clase de los dos naufragos que en medio del mar pelean a muerte por una tabla para salvarse. En efecto, si uno de ellos consigue darle muerte al otro, no habrá duda de que el dato psicológico, esto es, el vínculo entre el autor y el hecho está demostrado. Existe, incluso, dolo, esto es voluntad y conocimiento, y con esto está verificada la culpabilidad psicológica. Pero, no puede haber culpabilidad normativa, pues cualquier persona en la misma situación hubiese actuado de la misma manera. Esto es, la culpabilidad debe ser entendida como reprochabilidad [...]». *ibidem*, nota en pie de página 38, p. 42.

¹⁷³ L. 599/2000, art. 21: «Modalidades de la conducta punible. La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley».

¹⁷⁴ PINZÓN NAVARRETE, *op. cit.* pp. 44-45.

lo relacionado con la culpabilidad¹⁷⁵, postura que aquí se comparte. Esto es así, porque de una interpretación sistemática de los artículos 13¹⁷⁶ y 28¹⁷⁷ del Código Disciplinario Único, puede observarse que el juicio de responsabilidad de los sujetos disciplinables a quienes se les aplica ese régimen, no se agota en la verificación del nexo psicológico entre el autor del ilícito disciplinario y su conducta, sino que, además, deben tenerse en cuenta otras circunstancias, de tipo normativo, que tienen que ver con la posibilidad de excluir el reproche disciplinario si se comprueba que al disciplinado no le era exigible comportarse de manera diferente a como lo hizo. Asimismo, en la medida en que «las faltas solo serán sancionables a título de dolo o culpa», debe suponerse que antes de constatar si hubo culpabilidad del sujeto, la tipicidad y la ilicitud sustancial del comportamiento han de estar demostradas.

Adicionalmente, a diferencia del derecho penal en el que rige el sistema de números cerrados (*numerus clausus*), en el derecho disciplinario se aplica el de números abiertos (*numerus apertus*), según el cual, no se especifican cuáles comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa, de modo que a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria, corresponderá una de carácter culposo, salvo que la estructura del tipo contenga expresiones sobre la realización de la conducta como «a sabiendas», «de mala fe», «con la intención de», etcétera¹⁷⁸. En estos últimos casos, la prueba del nexo psicológico entre el

¹⁷⁵ Aunque existen posturas diversas como la de Gloria Edith RAMÍREZ ROJAS, Jorge Eliecer GAITÁN y Carlos Arturo GÓMEZ PAVAJEAU, que consideran que la influencia actual en el régimen disciplinario corresponde a la escuela finalista y, por lo tanto, el análisis del dolo y la culpa debe hacerse en sede de tipicidad. Sobre la postura del último autor mencionado, PINZÓN NAVARRETE señaló lo siguiente: «El profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau ha defendido la idea de que en materia disciplinaria –al igual como ocurre recientemente en el derecho penal, debido a la concepción finalista de la teoría del delito– el dolo y la culpa hacen parte de la tipicidad, aunque aclara que ello no resulta una preocupación de primer orden [...] la consecuencia más práctica y palpable de esta concepción está relacionada con el tratamiento del error como causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria, lo cual representa una seria desventaja para quien resulta disciplinado» *Ibidem*, pp. 44-50.

¹⁷⁶ L. 734/2002, art. 13: «Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa».

¹⁷⁷ L. 734/2002, art. 28: «Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito.
2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.
3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
4. Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.
5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable.
6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.
7. En situación de inimputabilidad. En tales eventos se dará inmediata aplicación, por el competente, a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes.

No habrá lugar al reconocimiento de inimputabilidad cuando el sujeto disciplinable hubiere preordenado su comportamiento».

¹⁷⁸ C.Const. Sent. C-155, mar. 5/2002: «Teniendo en cuenta que como mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador, el legislador en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado “*numerus apertus*”, en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos

autor y el hecho será necesaria para determinar si el comportamiento es típico, por lo que en la culpabilidad solo quedaría analizar la exigibilidad de otra actuación.

En resumen, de lo expuesto hasta aquí, debe decirse que la culpabilidad en el derecho disciplinario, además de ser un principio, también es una categoría dogmática de la responsabilidad. Respecto de lo último, a esta categoría la componen, por regla general, dos elementos a saber: la determinación acerca de si el sujeto actuó con dolo o con culpa (elemento psicológico), y el análisis de la exigibilidad de otra conducta (elemento normativo). A continuación, se exponen los criterios para determinar cuándo se configuran estos componentes:

- *El dolo*

En la Ley 734 de 2002 no existe una definición del dolo, por lo que en aplicación de la integración normativa señalada en el artículo 21 de esa norma¹⁷⁹, el significado de ese concepto en materia disciplinaria será el que determina el artículo 22 del Código Penal, que al respecto indica que «la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal (entiéndase falta disciplinaria) y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal (falta disciplinaria) ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar».

De la anterior definición pueden extraerse dos ingredientes del dolo, el cognitivo y el volitivo. El primero tiene que ver con el conocimiento potencial de los hechos y de la ilicitud de la conducta, y el segundo está relacionado con la facultad del sujeto disciplinable para decidir y ordenar su propio comportamiento hacia la comisión de la falta.

Ahora bien, el componente volitivo del dolo requiere de un estudio especial, en la medida en que este aspecto no puede entenderse como la mala fe con la que actuó el disciplinado sino como un vínculo entre lo que este representó en su mente y lo acontecido en la realidad¹⁸⁰. Además, es necesario distinguir entre las conductas activas y omisivas, porque en las últimas, la demostración de la intención hacia la realización del comportamiento dependerá del predominio del elemento cognitivo. En ese sentido, la voluntad no juega un rol esencial en su

requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como “a sabiendas”, “de mala fe”, “con la intención de” etc. Por tal razón, el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición».

¹⁷⁹ L. 734/2002, art. 21: «Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario».

¹⁸⁰ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Fundamentos del Derecho Disciplinario colombiano*. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 139-165.

estructuración, porque la abstención de hacer lo que se debe, comportaría la configuración del dolo en su modalidad eventual¹⁸¹.

En todo caso, la demostración del dolo también dependerá de las pruebas que se practiquen en el procedimiento disciplinario. Al respecto es necesario precisar que, salvo que se presente una confesión, y que esta se encuentre corroborada con lo probado con otros medios en el trámite, resulta casi imposible que exista una prueba directa de lo que conocía el sujeto y de cuál era su voluntad, por lo tanto, su comprobación dependerá de pruebas indirectas o indiciarias. Desde la doctrina se han propuesto tres clases de indicios que indicarían la existencia de este elemento de la culpabilidad a saber: los de aptitud, los de actitud, y los de comprensión valorativa¹⁸². A continuación, se explicará cada uno de ellos¹⁸³:

Indicios de aptitud: Tienen como propósito definir la capacidad que tenía el disciplinado para no haber cometido la falta. Así, los hechos indicadores de este indicio estarían relacionados con cuestiones relativas al cargo, su experiencia y al tiempo de servicio del servidor público, su profesión y diferentes estudios complementarios.

Indicios de actitud: Están referidos a la planeación y anticipación de situaciones futuras, esto es, a los actos preparatorios relativos a la comisión de la falta disciplinaria, los cuales pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores. Estos últimos referidos a maniobras para ocultar el ilícito.

Indicios de comprensión valorativa: Se refieren a la conciencia potencial de la ilicitud, y en ellos se debe tener en cuenta si la conducta es activa u omisiva, los reenvíos normativos de algunas faltas, la claridad en la redacción del tipo, la complejidad para comprender lo antijurídico, la jerarquía de y notoriedad de algunas normas y los indicios de ocultamiento y engaño o similares.

- *La culpa*

En materia disciplinaria habrá responsabilidad por la comisión de una falta de esa naturaleza con culpa gravísima o grave. De acuerdo con el párrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, la primera forma de culpa se configurará «cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento». La segunda «cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones».

Ambas formas de culpa tienen como elemento común que ellas dependen de la desatención de los deberes objetivo y subjetivo de cuidado. El primero se refiere al

¹⁸¹ PINZÓN NAVARRETE, *op. cit.* pp. 234-235.

¹⁸² «La teoría de la prueba de la culpabilidad que de mejor forma se puede utilizar en el derecho disciplinario es la propuesta por el profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau en el campo del derecho penal, la cual se caracteriza por diferenciar tres clases de indicios: los indicios de aptitud, los indicios de actitud y los indicios de comprensión valorativa». *Ibidem*, pp. 237-238.

¹⁸³ *Ibidem*, pp. 238-239.

cuidado necesario que cualquier persona del común (que en este caso debe entenderse a partir de la condición como servidor público del disciplinado) tiene en sus actuaciones; y el segundo a la previsibilidad de los acontecimientos derivados de la conducta del sujeto. Los elementos diferenciadores de la culpa gravísima respecto de la grave, están relacionados con las calificaciones dadas por la ley, en el sentido de que exista ignorancia supina, desatención elemental, o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.

Finalmente, se debe insistir que al igual que el dolo, la culpa también deberá ser demostrada con las pruebas practicadas en el procedimiento disciplinario, para lo cual, los indicios antes enunciados también se constituyen en una herramienta adecuada para su comprobación.

- *La exigibilidad de un comportamiento diverso*

Este elemento de la culpabilidad¹⁸⁴ corresponde a su aspecto normativo y tiene su fundamento legal en las causales de exclusión de responsabilidad previstas en el artículo 28 de la Ley 734 de 2002. La exigibilidad de otra conducta se refiere al estudio que debe realizar la autoridad disciplinaria acerca de la posibilidad que tuvo el servidor público de adoptar un comportamiento diferente al ilícito pues, de no poderse reclamar otra actuación de su parte, dado que estuviera demostrado que su libertad estaba gravemente afectada, no sería posible reprochar válidamente su proceder.

Lo anterior se ve reflejado en los eventos en los que existen colisiones entre derechos y deberes¹⁸⁵, entre deberes funcionales y no funcionales¹⁸⁶, por insuperable coacción ajena o miedo insuperable¹⁸⁷, y otros que resulten aplicables en virtud de la analogía *in bonam partem*¹⁸⁸ o favorable para el disciplinado¹⁸⁹.

¹⁸⁴ «La exigibilidad de otra conducta es un componente básico de la culpabilidad. Si culpabilidad es obrar en contra del derecho teniendo una alternativa diferente, esto es, pudiendo y debiendo adoptar otro tipo de conducta diferente a la ilícita, para estimar cumplida la culpabilidad se requiere que e le reproche al sujeto por ser exigible otro comportamiento. La inexigibilidad es la contracara del fenómeno, toda vez que la libertad, por encontrarse gravemente afectada, hace inexigible otra conducta». GÓMEZ PAVAJEAU. *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Sexta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 685.

¹⁸⁵ L. 734/2002, art. 28, num. 4: «Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta:

[...]

4. Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad».

¹⁸⁶ «Un buen ejemplo de colisión de este tipo de deberes se presenta cuando el servidor público deja de cancelar las cuotas de su deuda hipotecaria por cancelar la cuota alimenticia de sus hijos menores de edad. O cuando deja de asistir a la oficina por cuanto su hijo menor enfermo requiere de su atención directa». GÓMEZ PAVAJEAU. *op. cit.*, p. 689.

¹⁸⁷ L. 734/2002, art. 28, num. 5: «Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta:

[...]

5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable».

¹⁸⁸ «La admisión de la analogía *in bonam partem* en derecho penal [...], aplicable al derecho disciplinario por virtud del principio de integración [...] pone de presente que las causales que eximen de responsabilidad no constituyen un catálogo cerrado de eximentes». GÓMEZ PAVAJEAU. *op. cit.*, p. 691.

¹⁸⁹ L.599/2000, art. 6: «Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de

b. Caso concreto

La Sala considera que no le asiste razón al apoderado del demandante, toda vez que, en virtud de las pruebas antes analizadas, la entidad demandada sí logró demostrar el dolo con el que actuó el demandante en los hechos objeto de reproche disciplinario, lo cual se vio reflejado en la motivación del acto sancionatorio de la siguiente manera¹⁹⁰:

[...] El investigado tenía la capacidad de ser motivado por la norma prohibitiva, conocía los hechos, sabía que le estaba solicitando a MIGUEL, MANUEL y GUIDO NULE, miembros del llamado grupo NULE, la entrega de las áreas de uso exclusivo de la Concesión Bogotá-Girardot y una comisión correspondiente al 6% de los contratos adjudicados a dos empresas del llamado grupo NULE, relacionados con la malla vial del Distrito Capital, advirtiendo que con ello, en el primer caso, que el grupo NULE recibiría un buen trato de la administración de Bogotá y además contratos, y para el segundo caso, como una condición para que se les adjudicaran los contratos de la malla vial, sin que concurriera en su actuar ningún error sobre el contenido de su conducta, además sabía, por su condición de senador, por su formación profesional, y porque además es una prohibición ampliamente conocida, que pedir cualquier clase de utilidad para interceder ante la administración, supuestamente para obtener un buen trato y contratos, es una conducta contraria a derecho y pudiendo actuar conforme a derecho, decidió voluntariamente realizar la conducta típica y sustancialmente ilícita [...]

Efectivamente, tal y como lo señaló la Procuraduría, el actuar doloso del señor Néstor Iván Moreno Rojas se vio reflejado en lo siguiente:

Se encuentra suficientemente demostrado en curso del proceso que el señor Néstor Iván Moreno Rojas de manera personal y por impulso propio, desplegó conductas constitutivas del delito de concusión actuando como autor. En consecuencia, a él es atribuible la comisión de la conducta típica por la que fue sancionado.

Además, en relación con los indicios de aptitud, el señor Moreno Rojas, al tomar posesión del cargo, según lo previsto en el artículo 17 de la Ley 5 de 1992¹⁹¹, prestó juramento de sostener y defender la Constitución y las leyes de la República y desempeñar fielmente los deberes del cargo para el periodo constitucional 2006-2010. Con fundamento en dicha promesa el demandante tenía pleno conocimiento del deber elemental que le asistía de conducir todas sus actuaciones y actividades por el sendero de la legalidad y adicionalmente por su nivel de formación, la experiencia adquirida a lo largo de su trasegar laboral e

las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas». (Negrita fuera de texto).

¹⁹⁰ Folio 4460, expediente disciplinario IUS 2010-349363. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.17\31. FOLIOS 4425-4463.pdf".

¹⁹¹ «Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes».

incluso por la vasta trayectoria personal y familiar en el ámbito de la política, se sabe que muy bien conocía las responsabilidades, normas y prohibiciones en las que se encontraba incurso como consecuencia de la alta investidura otorgada por sus electores.

Igualmente, al ser de público conocimiento el flagelo estatal de la corrupción, en la mente colectiva -sin mayores elaboraciones jurídicas- se sabe que solicitar prebendas, beneficios, o incentivos económicos a terceros abusando del ejercicio de un cargo público, configura a todas luces un delito.

Es pertinente señalar que si para el común de las personas se predica la máxima de que «la ignorancia de la ley no sirve de excusa», incorporada en el artículo 9 del Código Civil¹⁹², en razón a la importancia que tal presunción reviste para cualquier ordenamiento normativo por cuanto «la obediencia al derecho no puede dejarse a merced de la voluntad de cada uno, pues si así ocurriera, al mínimo de orden que es presupuesto de la convivencia comunitaria, se sustituiría la anarquía que la imposibilita»¹⁹³, aquel adquiere un nivel de exigencia aún mayor para los servidores públicos, bajo el entendido de que uno de sus deberes principales es conocer la ley, y lo contrario se constituye en una prohibición.

Entonces, ese concepto de ilicitud que cobija a la concusión, está aún más elaborado e interiorizado en el ámbito de la rama legislativa en la cual se desempeñaba el demandante, lo cual, excluye de plano la posibilidad de que él ignorara que con su proceder configuraba una conducta típica.

Sobre el aspecto volitivo de su conducta, se tiene que quedó demostrado en el procedimiento disciplinario que el entonces senador de la República viajó hasta Miami para entablar conversaciones con los señores Nule, con el fin de concretar negocios con ellos¹⁹⁴. Asimismo, estos encuentros se reiteraron en territorio colombiano, donde, según lo probado, él presionó a estas personas para que accedieran a sus pretensiones, con la amenaza de afectar las relaciones contractuales del grupo empresarial de esa familia con el Distrito.

Por último, ni en el trámite disciplinario ni en este proceso judicial, se alegó o logró demostrar que el demandante hubiese actuado bajo una circunstancia que eliminara su libertad, por lo que era exigible comportarse de manera diferente a como lo hizo, esto es, que debía dirigir su conducta a cumplir con la legalidad. A partir de esto quedó plenamente fundamentado el reproche disciplinario que la

¹⁹² Declarado exequible en C. Const. Sent. C-651, dic. 3/1997.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ Se recuerda que según las certificaciones del DAS, Migración Colombia y el pasaporte del demandante, los participantes de esa reunión pudieron coincidir en la ciudad de Miami entre el 4 y el 6 de julio de 2008, y fueron estas fechas las que definió la Procuraduría como aquellas en las que probablemente se realizó el encuentro. La Sala comparte el análisis que hizo el apoderado del demandante en sus alegatos de conclusión, en el sentido de considerar que no resultaba probable que la reunión se hubiera realizado el 4 de julio o el 6 de julio, porque en la primera fecha, los señores Nule llegaron a Miami y en la segunda el señor Dávila Peña partió de esa ciudad, pero esto no quiere decir que se haya desvirtuado lo afirmado por la autoridad disciplinaria, sino que así resultaría más probable que la reunión se hubiera realizado el sábado 5 de julio de ese año.

Procuraduría General de la Nación realizó en su contra.

En conclusión: En los actos acusados sí se logró demostrar el comportamiento doloso del señor Néstor Iván Moreno Rojas porque las pruebas que fundamentaron la decisión sancionatoria reflejaron el conocimiento que este tenía de la falta que se le imputó y la voluntad de cometerla. Además, al entonces senador, le era exigible comportarse de otra manera a como efectivamente lo hizo.

3.4. Cuarto problema jurídico

¿La decisión sancionatoria de la Procuraduría en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas está viciada por desviación de poder o por la omisión de la autoridad disciplinaria en investigar los actos de corrupción protagonizados por miembros del grupo empresarial Nule en distintos lugares del país donde estos defraudaron recursos públicos?

Tesis de la parte demandante

El apoderado del demandante sostuvo que los actos acusados estaban viciados por desviación de poder. Justificó su tesis en lo siguiente:

Según él, lo que realmente buscaba el procurador general de la Nación con el sometimiento del demandante al procedimiento disciplinario adelantado en su contra, era congraciarse con los medios de comunicación y promover su eventual reelección como jefe de la Procuraduría o una candidatura suya a la Presidencia de la República.

Asimismo, para el abogado, la Procuraduría, además de investigar al señor Néstor Iván Moreno Rojas, también tenía el deber de indagar por la evasión de impuestos de las empresas de los Nule, por las denuncias de captación ilícita de dinero por parte de estos, por la defraudación de las regalías del departamento de Casanare, por los sobrecostos de la obra vial Ruta del Caribe, por «30 mil millones de pesos en Medellín por intermedio de la firma Ponce de León», por los recursos que se habrían perdido de la obra de la doble calzada Bogotá-Girardot, «etc.». Según el apoderado, los Nule fueron protegidos por la entidad demandada a partir de su inactividad frente a estas irregularidades y de la credibilidad que esta le dio a las declaraciones rendidas por ellos.

Tesis de la parte demandada

El apoderado de la demandada consideró que el vicio de desviación de poder no se configuró. Esto por cuanto no fue demostrado por la parte demandante, en la medida que su enunciación no estuvo soportada con pruebas o argumentos de fondo y, por lo tanto, la causal de nulidad alegada no podía prosperar.

En lo relativo a las investigaciones que se debían adelantar en contra de los Nule, el abogado de la Procuraduría manifestó que la eventual responsabilidad disciplinaria de estos resultaba irrelevante para el estudio de la legalidad de los actos acusados en la demanda. A pesar de lo anterior señaló que, en la decisión sancionatoria, el procurador ordenó compulsar copias de lo actuado a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa con el fin de que se determinara si estos eran sujetos disciplinables respecto de los hechos que se probaron. Asimismo, sostuvo que la parte demandante había expresado este argumento en el procedimiento disciplinario y el procurador lo resolvió con la indicación de que a los contratistas de obra del Estado no les era aplicable la Ley 734 de 2002.

Tesis del Ministerio Público

No se pronunció expresamente sobre este tema.

Tesis de la Sala

No se configuró el vicio de desviación de poder porque este no fue demostrado en el proceso. Tampoco hubo ninguna irregularidad respecto del adelantamiento de investigaciones disciplinarias en contra de los Nule porque el procurador ordenó que se realizaran las indagaciones a que hubiera lugar.

Para desarrollar este problema se hará una exposición de los siguientes temas:

- La desviación de poder en la expedición de actos administrativos (a).
- Caso concreto (b).

a. La desviación de poder en la expedición de actos administrativos

El vicio de desviación de poder se configura cuando una autoridad expide un acto administrativo que si bien, puede ajustarse a las competencias de las que es titular y a las formalidades legalmente exigidas, da cuenta del uso de las atribuciones que le corresponden a efectos de satisfacer una finalidad contraria a los intereses públicos o al propósito que buscó realizar el legislador al momento de otorgar la competencia en cuestión. Esta Subsección ha definido este vicio así¹⁹⁵:

[...] La desviación de poder ha sido comprendida por la jurisprudencia de esta Corporación como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, **se configura 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**

¹⁹⁵ C.E. Sec. Segunda, Subsec. A, Sent. 2700123310002003004702 (1385-2009), nov. 26/2009.

búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse [...]
[Negrita fuera de texto].

La mayor aplicabilidad y utilidad de la desviación de poder se da al tratarse de actos discrecionales pues, además de la competencia, los demás elementos de su validez no son tan importantes para controlarlos. En estos actos, el fin específico (correspondiente al régimen jurídico particular de que se trate) y el general (interés general o mejoramiento del servicio), se erigen como los factores últimos para valorar su legalidad¹⁹⁶.

No pasa lo mismo cuando se trata de actos reglados, como los disciplinarios, toda vez que en estos están predeterminadas las circunstancias de mérito y de oportunidad, así como los requisitos formales y sustanciales para su expedición. En estos casos, como resulta evidente, la voluntad del funcionario con competencia para emitir el acto se reduce notoriamente¹⁹⁷.

Otra cuestión relevante es la de la prueba de la desviación de poder. Normalmente, es oculta, por cuanto se queda en la mente de quienes intervinieron en la expedición del acto, de allí que para demostrarla sea necesario auscultar en las intimidades del procedimiento de su emisión, lo cual dificulta su comprobación, sobre todo cuando la desviación es hacia intereses espurios o mezquinos¹⁹⁸. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que «demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma»¹⁹⁹.

b. Caso concreto

A pesar de lo afirmado por el apoderado del demandante respecto del vicio de desviación de poder, no aportó o solicitó el decreto de pruebas tendientes a demostrar la intención oculta de la autoridad disciplinaria, por lo que, correspondiéndole a quien alega este vicio demostrarlo, la Sala considera que no se configuró.

Respecto de las investigaciones que se debían adelantar en contra de los señores Nule, la Subsección A valora que no tiene razón el abogado, porque, más allá de definir si resultaba aplicable el régimen disciplinario para ellos en su condición de contratistas del Estado, su vinculación como investigados en un trámite disciplinario no era determinante para la legalidad de la sanción que le fue impuesta al señor Néstor Iván Moreno Rojas.

¹⁹⁶ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. *Manual del acto administrativo*. Séptima edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2016, pp. 553-554.

¹⁹⁷ *Ibidem*. p.554.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ C.E. Sec. Segunda, Subsec. B, Sent. 170012331000200301412 02(0734-10), feb. 23/2011.

En todo caso, en el acto sancionatorio puede observarse que, ante las alegaciones que sobre este tema hizo el defensor del demandante, el procurador ordenó remitir a la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública y a la Delegada para la Vigilancia Administrativa, copias de la actuación para que se conformara un grupo especial de investigación de las conductas puestas de presente por el apoderado del señor Moreno Rojas²⁰⁰.

En conclusión: No se configuró el vicio de desviación de poder porque este no fue demostrado en el proceso. Tampoco hubo ninguna irregularidad respecto del adelantamiento de investigaciones disciplinarias en contra de los Nule porque el procurador ordenó que se realizaran las indagaciones a que hubiera lugar.

DECISIÓN DE ÚNICA INSTANCIA

Al no encontrarse probada ninguna de las causales de nulidad endilgadas en contra de los actos acusados, la Subsección denegará las súplicas de la demanda.

Condena en costas

Esta Subsección sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA²⁰¹, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «subjetivo» –CCA- a uno «objetivo valorativo» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «objetivo» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «valorativo» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal [Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura].

²⁰⁰ Folio 4463, expediente disciplinario IUS 2010-349363. Ubicación en almacenamiento magnético: "F:\IUS-2010-349363\CUADERNO N.17\31. FOLIOS 4425-4463.pdf".

²⁰¹ C.E., Sec. Segunda, Subsec A, Sent. 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14), abr. 7/2016.

- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas [incluidas las agencias en derecho], la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²⁰², previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso se condenará en costas en única instancia a la parte demandante, en la medida que conforme el ordinal 1.º del artículo 365 del Código General del Proceso, resulta vencida en el proceso y estas se causaron por la actuación procesal de su contraparte a través de apoderado.

Renuncia del poder conferido a la apoderada de la entidad demandada

En el folio 527 del cuaderno principal de este proceso se encuentra un memorial en el que la abogada Irma Nathalia Kenguan Henao renuncia al poder conferido a ella por la Procuraduría General de la Nación para actuar en el trámite, la cual será aceptada por la Sala por cumplir con los requisitos exigidos para el efecto.

Aceptación de impedimento

El consejero Rafael Francisco Suárez Vargas manifestó su impedimento respecto del asunto *sub examine*, al considerar que estaba incurso en la causal contenida en el numeral 9 del artículo 141 del Código General del Proceso²⁰³, toda vez que tiene una amistad íntima con el entonces procurador general de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, quien profirió los actos acusados en esta acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En consecuencia, se acepta el impedimento presentado por el consejero Rafael Francisco Suárez Vargas al considerarlo fundado.

²⁰² CGP, art. 366. «LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:[...]»

²⁰³ CGP, art. 141, num. 9. «Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes: [...]9. Existir enemistad grave o amistad íntima entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado [...]».

**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 de Colombia y por autoridad de la ley,
FALLA**

Primero: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por Néstor Iván Moreno Rojas en contra de la Procuraduría General de la Nación, por lo expuesto en la motivación de esta sentencia.

Segundo: Se condena en costas de única instancia a la parte demandante, por ser la vencida en la controversia.

Tercero: Se acepta la renuncia al poder conferido a la abogada Irma Nathalia Kenguan Henao quien representaba a la Procuraduría General de la Nación en este proceso.

Cuarto: Declarar fundado el impedimento presentado por el consejero Rafael Francisco Suárez Vargas, por lo señalado en la parte motiva.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
(impedido)

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ