

PROCESO DISCIPLINARIO – Inspectora de Policía de Bucaramanga / CONDUCTA – Abandonar y no presentarse a ejercer funciones de jurado de votación / PROCESO DISCIPLINARIO – Control de legalidad / CONTROL DE LEGALIDAD – Practicado por la jurisdicción contencioso administrativa a las decisiones disciplinarias / CONTROL JURISDICCIONAL – No es una tercera instancia

La Sala debe precisar que en primer lugar; el control de legalidad y constitucionalidad sobre las decisiones disciplinarias de los actos de la administración confiadas a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba, como si se tratara de una tercera instancia, dado que el control judicial implica una especialidad y depuración del debate. En segundo lugar; no toda irregularidad dentro del proceso disciplinario genera de por sí una violación al debido proceso, ni conlleva necesariamente la nulidad de los actos administrativos a través de los cuales se aplica la sanción disciplinaria, pues lo que pretende el legislador es garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de los sujetos disciplinables.

PROCESO DISCIPLINARIO – Debido proceso y derecho de defensa / DEBIDIO PROCESO COMO DERECHO FUNDAMENTAL – Reiteración jurisprudencial / PLIEGO DE CARGOS - Abandonar y no presentarse a ejercer funciones de jurado de votación / RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA – Quebrantamiento del principio de congruencia / CONDUCTA INVESTIGADA – Sanción por otra conducta diferente a la inicialmente investigada / INVESTIGACION DISCIPLINARIA – Violación al debido proceso y el derecho de defensa / EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA – No analizado en el proceso disciplinario

Así las cosas, encuentra la Sala que la Procuraduría Regional de Santander al desatar el recurso de apelación, valoró apropiadamente la incapacidad laboral aportada y tantas veces invocada por la investigada; prueba a partir de la cual quedó demostrado que la señora Martha Cecilia Cárdenas evidentemente sufrió un accidente el día 14 de marzo de 2010 que le impidió regresar a cumplir sus funciones de jurado de votación, actuación que soporta la inexistencia de conducta disciplinaria relevante, toda vez que está amparada por una de las causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria (fuerza mayor o caso fortuito) consagrada en el numeral 1º del artículo 28 de la Ley 734 de 2002. Pues, no hay que olvidar que la fuerza mayor y el caso fortuito son se trata de circunstancias no imputables a título de dolo o culpa a cargo del sujeto disciplinable, por otra parte, tampoco es posible proferir juicio de reproche por aquellos hechos que solamente pueden ser atribuidos a una causa extraña y ajena al comportamiento de la persona, de la cual no es posible resistirse o que escapa a las posibilidades efectivas de previsión; como efectivamente aconteció en el caso sub examine, en donde la demandante no podía prever lo que le iba a suceder, hecho que la releva de cualquier tipo de responsabilidad disciplinaria, como en efecto lo consideró en su oportunidad la Procuraduría. Pese a lo anterior, la Procuraduría Regional de Santander con fallo de 27 de abril de 2011 sancionó disciplinariamente con suspensión por el término de seis meses a la investigada; por haber manifestado a viva voz la intención de no regresar a culminar la función de jurado de votación y por no brindar a las autoridades electorales las explicaciones de su inasistencia, tal y como lo apreció de los testimonios que obran en el expediente; situación que contraviene el cargo formulado, pues el reproche endilgado inicialmente en el pliego de cargos consistió en abandonar y no regresar a cumplir la función de jurado de votación, artículo 105 del Decreto 2241 de 1986 (Código Nacional

electoral) y no otra conducta. Bajo tal apreciación, la Sala disiente de las razones fácticas y jurídicas que llevaron al ente de control a imponerle la segunda sanción; como quiera que atribuyó responsabilidad disciplinaria quebrantando el principio de congruencia, al no existir una armonía e identidad entre el pliego de cargos y la parte motiva del fallo, pues no se garantizó que el proceso haya transitado alrededor de un solo eje conceptual fáctico y jurídico lo que conlleva a vulnerar el debido proceso y derecho de defensa de la investigada en la medida que no ejerce su derecho de defensa sobre la nueva conducta imputada; por tanto no puede cambiar abruptamente las reglas de procedimiento realizando análisis subjetivo que solo está en la mente del operador disciplinario. Además de ello, porque no hay elemento probatorio distinto a los analizados en la causa, que comprometan la responsabilidad de la investigada relacionados con el cargo endilgado. (Artículo 142 de la Ley 734 de 2002). Resulta igualmente necesario advertir que las expresiones lazadas por la investigada el 14 de marzo de 2010, relacionadas con la intención de no regresar a cumplir las funciones de jurado de votación, no constituyen la conducta inicialmente endilgada por la Procuraduría, por tanto, no puede responsabilizarla de una conducta y luego sancionarla por otra afectándole las garantías constitucionales fundamentales. Así mismo es de resaltar que dichas manifestaciones no afectan el deber funcional, como quiera que son apreciaciones irrelevantes de carácter subjetivo que no son conductas antijurídicas por no violar el deber funcional, conforme el art 5 de la Ley 734 de 2002. En esas condiciones al examinar el contenido de los actos demandados, se advierte que en efecto la Procuraduría desconoció algunos de los principios que por mandato Constitucional y Legal deben orientar la actuación disciplinaria (derecho de defensa y el debido proceso). Al respecto, resulta oportuno señalar que se ha considerado en nuestro ordenamiento jurídico que el derecho disciplinario hace parte del derecho sancionador y, en esa medida, el Estado no puede sancionar por fuera de los cauces legales, porque la evidencia de su carácter de “*Social de Derecho*” es la operancia del principio de legalidad. Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, la Sala dará por probado el cargo de violación al debido proceso y derecho de defensa de la actora por desconocimiento de los principios constitucionales de legalidad, en lo que se refiere a la imposición de la sanción de suspensión sin inhabilidad por el término de 6 meses impuesta por la Procuraduría Regional de Santander en decisión de segunda instancia de 27 de abril de 2011.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2241 DE 1986 – ARTICULO 105 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 5 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 142

PERJUICIO MORAL – Debe demostrarse en el proceso / CARGA PROBATORIA – No aportada al proceso

La jurisprudencia de esta Corporación, frente a la tasación de este perjuicio, que es de carácter extrapatrimonial, ha considerado que, dada su especial naturaleza, no puede ser sino compensatoria, por lo cual, corresponde al juzgador, quien con fundamento en su prudente juicio debe establecer, en la situación concreta, el valor que corresponda, para cuyo propósito debe tener en cuenta la naturaleza y la gravedad de la aflicción y de sus secuelas, de conformidad con lo que se encuentre demostrado en el proceso. En efecto, ha indicado la Sección Tercera que “este entendimiento es congruente con la posición recientemente reiterada por esta Sala Plena, en el sentido de señalar la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o

debilidad de la relación familiar en que se sustentan.” En el asunto bajo estudio, el actor se limita a solicitar un monto sin demostrar la aflicción causada por la destitución de que fue objeto, pero ello no basta, debe llevarse al convencimiento del Juez de que existió un padecimiento que le fue causado con ocasión de la sanción y la publicidad que de ella se hizo, para que este funcionario, dentro de su discrecionalidad judicial, determine el dolor sufrido, la intensidad de la congoja, el derecho vulnerado, la valoración ponderada de lo que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción (de verse en la situación generada por la sanción) para que, una vez valorado, haga la tasación del “quantum” indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto, y es precisamente lo que se extraña en el acervo probatorio.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de 2016

Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00098-00(0438-12)

Actor: Martha Cecilia Cárdenas Rueda

Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación.

Decide la Sala en única instancia el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la parte actora contra la Procuraduría General de la Nación.

ANTECEDENTES

Martha Cecilia Cárdenas Rueda, actuando en nombre propio, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicita se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las siguientes decisiones:

- Resolución N° 0042 de 7 de diciembre de 2010, proferida por la Procuraduría Provincial de Bucaramanga, mediante la cual la sancionó con destitución e inhabilidad por el término de 10 años para ejercer cargos públicos.

- Resolución N° 015 de 27 de abril de 2011 expedida por la Procuraduría Regional de Santander, mediante la cual modificó la decisión anterior. Imponiendo como sanción la suspensión en el ejercicio del cargo por un término de 6 meses sin inhabilidad especial.

A título de restablecimiento del derecho pide que se ordene a la Alcaldía de Bucaramanga – Secretaría del Interior, la reintegre al cargo que venía desempeñando como Inspectora Urbana de Policía de Bucaramanga, de igual manera se condene al pago de los emolumentos dejados de percibir desde el 20 de agosto de 2011 al 20 de febrero de 2012. Así mismo, se ordene a la Procuraduría General de la Nación el pago de la indemnización por los daños morales y materiales causados a la demandante y a su núcleo familiar por el equivalente a 1.056 SMMLV, es decir, por un valor de \$ 598.435.200.00, acorde con la aclaración presentada.

Para sustentar las anteriores pretensiones, la parte actora relató los siguientes **hechos:**

Indica que para el momento de los hechos se desempañaba como funcionaria de la Alcaldía de Bucaramanga en el cargo de Inspectora de Policía Urbana.

Relata que la investigación disciplinaria tuvo origen en la queja suscrita el 14 de marzo de 2010 por los integrantes del jurado de votación de la mesa N° 10, zona 9 del puesto 02, localizada en la Concentración las Américas del Municipio de Bucaramanga, que informaron sobre su inasistencia como jurado vocal suplente de votación, en horas de la tarde previo a efectuarse el escrutinio en la mesa.

Arguye que de acuerdo con lo pactado con la Registraduría Nacional del Estado Civil y los compañeros de la mesa, debía presentarse nuevamente a las 4:00 pm en el sitio de votación, pero debido a una caída que sufrió le impidió asistir nuevamente al lugar de votación a la hora acordada.

Recopilado el material probatorio, la Procuraduría Provincial de Bucaramanga a través de auto de 23 de abril de 2010 inició indagación preliminar a fin de establecer los hechos denunciados.

Mediante acto administrativo de 7 de diciembre de 2010, la Procuraduría Provincial

de Bucaramanga le impuso la sanción de destitución e inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de 10 años. Decisión que fue modificada el 27 de abril de 2011 por la Procuraduría Regional de Santander, para en su lugar imponer sanción de suspensión por el término de 6 meses sin inhabilidad especial.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Citó como normas vulneradas las contenidas en los artículos 84 y 86 del Código Contencioso Administrativo.

De la violación al debido proceso y derecho de defensa

Al explicar el concepto de violación, manifiesta que la Procuraduría General de la Nación, ante la falta de prueba para sancionarla debió solicitar a la entidad prestadora de salud a la cual se encuentra afiliada la excusa médica, para verificar las razones de su inasistencia el 14 de marzo de 2010 a la mesa de votación ubicada en el Colegio de las Américas de Bucaramanga. Agrega que se sintió hostigada por la presencia de la Procuradora Provincial en las audiencias públicas, cuando generalmente son los sustanciadores los que las realizan.

Por otro lado indica que el órgano de control cerraba las diligencias de audiencias públicas pasados unos minutos, motivo por el cual no pudo asistir a muchas de ellas, tampoco su apoderado de oficio. Considera que la sanción impuesta es injusta, como quiera que su inasistencia al cierre de la jornada electoral se debió a un impedimento de fuerza mayor o caso fortuito que en ningún momento afectó el escrutinio electoral y el conteo de votos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Procuraduría General de la Nación se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló en síntesis como razones de su defensa, las siguientes:

Narra que no existe vulneración al debido proceso y derecho de defensa, la investigación disciplinaria se surtió conforme a las leyes existentes lo que permite concluir que los cargos y nulidades propuestas en contra de las decisiones administrativas no están llamadas a prosperar, pues no hubo desconocimiento de derechos fundamentales.

Expone que las actuaciones procesales surtidas al interior del proceso se notificaron en su totalidad, garantizando el derecho de contradicción y la posibilidad de interponer los recursos de ley, en conclusión debe decirse que fueron los elementos fácticos y probatorios los que llevaron al juez disciplinario a proferir las decisiones acusadas.

Arguye que lo pretendido por el demandante es revivir el debate probatorio y procesal y volver el control de legalidad una tercera instancia.

Por último, propuso como excepciones las siguientes: la legalidad de los actos administrativos, del alcance del control jurisdiccional del proceso disciplinario, presupuestos probatorios para sancionar, autonomía del régimen disciplinario e ineptitud de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación solicitó inhibirse de decidir el mérito de las suplicas incoadas por la investigada, para ello sustentó lo siguiente:

Señaló que de conformidad con los postulados de prevalencia sustancial de la actuación pública judicial y el de acceso a la administración de justicia, no la obstaculiza para advertir de las graves fallas en la elaboración de la demanda que sustentan el criterio de inhibición, pues no de otra manera ha de procederse cuando, en primer lugar, del libelo introductorio se echan de menos la designación de una de las partes, la falta de indicación de las normas violadas y la explicación del concepto de violación y la enunciación clara y separada de la condena restaurativa y en segundo término, el trámite de la conciliación prejudicial en derecho fue deficiente.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico gira en torno a establecer la legalidad de las Resoluciones N° 0042 de 7 diciembre de 2010 y 015 de 27 de abril de 2011, por medio de las cuales la Procuraduría Provincial de Bucaramanga y Regional de Santander, respectivamente, impusieron a la demandante sanción de suspensión por el término de 6 meses sin inhabilidad alguna para ejercer cargos públicos.

Previo a entrar a estudiar de fondo el asunto, la Sala procede a resolver las excepciones propuestas por la entidad demandada, así:

1. De la legalidad de los actos administrativos

Expone la Procuraduría que los actos administrativos acusados dentro de la presente acción se encuentran revestidos de todos los fundamentos legales que requieren cada uno de ellos, pues fueron expedidos válidamente dentro de una actuación disciplinaria legítimamente adelantada por la entidad basándose en la ley vigente al momento de los hechos.

Al respecto la Sala debe expresar, que por tratarse de una excepción que está íntimamente ligada con el fondo del asunto, la Sala resolverá sobre la misma cuando proceda a decidir sobre éste.

2. De los presupuestos probatorios para sancionar.

Expresa que la valoración probatoria hecha por los operadores disciplinarios no fue caprichosa o arbitraria, pues tal como se puede observar siempre acataron los cánones básicos de la lógica, la experiencia y la ciencia dentro de un criterio de libre convicción, razón que permite señalar que las decisiones cumplen los criterios de objetividad, racionalidad trazados por la Corte Constitucional. Por lo que considera que el control de legalidad que se haga debe limitarse a cuestiones de mera forma.

Sobre el particular la Sala debe decir, que por tratarse de una excepción que está íntimamente ligada con el fondo del asunto, se resolverá cuando se proceda a decidir sobre este.(disminuir tamaño de letra)

3. Ineptitud de la demanda.

Explica la Procuraduría que existe ineptitud de la demanda, por cuanto el libelo introductorio carece del requisito formal contenido en el numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, es decir, falta de explicación del concepto de violación y de normas.

Sobre el particular, debe decir la Sala, que de la lectura del escrito de demanda, se puede colegir que en efecto el actor citó las normas en las cuales funda la presunta violación en que habría incurrido el ente demandado al proferir los actos acusados, exponiendo para ello las razones por las cuales se debe acceder a sus pretensiones, en consecuencia la parte actora se amparó en la Constitución Política y en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, en aras de obtener la nulidad de los fallos disciplinarios sancionatorios.

Sea la oportunidad para manifestar, que a juicio de la Sala, la exigencia procesal contemplada en el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., se satisface cuando en el libelo demandatorio se consigne la invocación normativa y la sustentación de los cargos, además debe aclararse que el cumplimiento del requisito a que hace alusión no está supeditado a un modelo estricto de técnica, basta con señalar de manera clara los argumentos en los que se sustenta la posible afectación de sus derechos y las normas en que los fundamenta.

Al respecto, esta Corporación¹ ha sostenido lo siguiente:

“ (...) a juicio de la Sala, la exigencia procesal contemplada en el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., se satisface cuando en el libelo demandatorio se consigne la invocación normativa y la sustentación de los cargos. Naturalmente, la parte actora, por la significación sustantiva que puede tener un concepto de violación en el que se evidencie de forma manifiesta la ilegalidad del acto acusado, requiere empeñarse en su elaboración, sin que los resultados del proceso dependan de un modelo estricto de técnica jurídica. Solamente en ausencia total de este requisito o cuando adolezca de la enunciación normativa sin la correspondiente sustentación, a contrario sensu, se entenderá defectuosa la demanda por carencia de uno de sus presupuestos y necesaria la subsanación en el lapso contemplado en el artículo 143 del C.C.A., aserto que ratifica el carácter formal de la exigencia plasmada en el artículo 137 numeral 4º ibídem. Se concluye que el demandante cumplió con la carga procesal que le asistía de precisar las razones por las cuáles debía accederse a la pretensión invocada; cosa distinta es que el aludido concepto de violación sea pertinente y suficiente para declarar la nulidad deprecada, situación que atañe a las consideraciones de la decisión final que deba tomarse dentro de la acción, ámbito en el cual se retomarán los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y de la

¹ Sentencia de 7 de diciembre de 2011; N.I: 2069-09; M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

contestación con el objetivo de verificar la legalidad o ilegalidad del artículo acusado”. (Negrilla fuera de texto)

En conclusión, el demandante cumplió con la carga procesal que le concernía de precisar las razones por las cuáles debía accederse a la pretensión invocada; cosa distinta es que el concepto de violación sea acertado y suficiente para declarar la nulidad deprecada, escenario que incumbe a las consideraciones del fallo.

Bajo estas circunstancias, la inepta demanda propuesta por la Procuraduría no está llamada a prosperar en la medida se encuentra el defecto endilgado.

4. De la naturaleza administrativa de las funciones y actos disciplinarios de las entidades que ejercen dicha potestad.

Esta Corporación Judicial ha sido contundente en señalar que los actos de control disciplinario adoptados por cualquier entidad estatal en alguno de sus ámbitos – interno o externo, expedidos en ejercicio *del ius Puniendi*, constituyen ejercicio de función administrativa y por lo tanto son actos administrativos sujetos al pleno control de legalidad y constitucionalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa, toda vez que aquellos no son actos que manifiesten el ejercicio de la función jurisdiccional, a diferencia de las decisiones disciplinarias proferidas por el Consejo Superior de la Judicatura que no son susceptibles de control judicial.

Como corolario de lo anterior, es evidente que el control disciplinario ejercido por las entidades a través de sus órganos internos o por la Procuraduría General de la Nación, constituye una función administrativa y no el ejercicio de una función jurisdiccional, por cuanto ni juzgan ni sentencian, al no tener la connotación de jueces. En consecuencia, es evidente que el control de los actos proferidos en ejercicio de esa labor le corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

5. Del control de legalidad practicado por la jurisdicción contencioso administrativa a las decisiones disciplinarias.

La Sala debe precisar que en primer lugar; el control de legalidad y constitucionalidad sobre las decisiones disciplinarias de los actos de la administración confiadas a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba, como si se tratara de una tercera

instancia, dado que el control judicial implica una especialidad y depuración del debate.

En segundo lugar; no toda irregularidad dentro del proceso disciplinario genera de por sí una violación al debido proceso, ni conlleva necesariamente la nulidad de los actos administrativos a través de los cuales se aplica la sanción disciplinaria, pues lo que pretende el legislador es garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de los sujetos disciplinables.

Finalmente, teniendo en cuenta que el principio de presunción de legalidad que ampara todo acto administrativo, por ser el resultado de un procedimiento disciplinario reglado. Por tal razón quien invoque en esta instancia la ilegalidad del acto administrativo por violación del debido proceso y del derecho de defensa, **se le debe exigir una mayor carga argumentativa y probatoria**, no cualquier prueba o hecho permite a esta jurisdicción valorar excepcionalmente las pruebas relacionadas con este tipo de violación, pues debe demostrarle al juzgador con certeza que efectivamente existió en el proceso disciplinario una violación ostensible de esos derechos constitucionales fundamentales. Al respecto, resulta pertinente reiterar lo que expresó la Sala en el fallo de 3 de septiembre de 2009² en la cual consideró:

*“De esta manera la posibilidad de demandar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa las providencias que culminan el proceso disciplinario, **no implica trasladar, de cualquier manera, a la sede contenciosa administrativa el mismo debate agotado ante las autoridades disciplinarias. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad, no es una simple extensión del proceso disciplinario, sino que debe ser algo funcionalmente distinto, si es que el legislador consagró el debido proceso disciplinario como el lugar en que debe hacerse la crítica probatoria y el debate sobre la interrelación de la normatividad aplicable como soporte de la sanción, además del principio de la doble instancia, como una de las garantías más importantes para ser ejercidas en el interior del proceso.***

Bajo esta perspectiva, el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especial cualificación y

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Expediente No 11001032500020050011300. No. Interno: 4980-2005. Actor Diego Luís Noguera Rodríguez contra la Nación – Procuraduría General de la Nación.

depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba como si de una tercera instancia se tratara.

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

(...)

*Entonces, en línea de principio puede predicarse que el control que a la jurisdicción corresponde sobre los actos de la administración, cuando ésta se expresa en ejercicio de la potestad disciplinaria, debe mantenerse al margen de erigirse en un nuevo momento para valorar la prueba, salvo que en su decreto y práctica se hubiere violado flagrantemente el debido proceso, o que la apreciación que de esa pruebas hace el órgano disciplinario resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad. Por lo mismo, el control judicial del poder correccional (...) **no puede ser el reclamo para que se haga una nueva lectura de la prueba que pretenda hacer más aguda y de mayor alcance, pues esa tarea corresponde a las instancias previstas en el C.D.U.**" (Negrillas de la Sala).*

Del caso concreto.

A juicio de la actora, los actos demandados están viciados de nulidad porque la Procuraduría General de la Nación, le vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa en la medida en que adelantó la actuación disciplinaria sin existir elementos probatorios para sancionarla; pues ante la falta de ellos, el órgano de control omitió solicitar a la entidad médica la incapacidad laboral, a fin de verificar las razones de su inasistencia el 14 de marzo de 2010 a la mesa de votaciones y probar que estaba exenta de responsabilidad conforme a la causal de exclusión de la responsabilidad disciplinaria consagrada en el numeral 1º del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, denominada "fuerza mayor o caso fortuito".

Adicionalmente expone que se sintió perseguida, ya que las audiencias públicas dentro del proceso disciplinario fueron realizadas en presencia de la Procuradora Provincial, cuando lo normal es que son practicadas por los sustanciadores del despacho.

Del debido proceso y derecho de defensa en materia disciplinaria.

Los argumentos planteados en la demanda y expuestos en el concepto de violación se enmarcan todos en la violación al debido proceso y derecho de defensa. En ese orden de ideas, se examinará cada uno de ellos, contra el expediente disciplinario y las normas que regulan tal materia.

La Constitución Política consagra este precepto en el artículo 29, en el que establece “*que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuación judicial y administrativa...*” Por esta razón constitucional no puede estar ausente en el derecho disciplinario.

Es así, como el artículo 6 de la Ley 734 de 2002, dispone sobre el debido proceso lo siguiente:

“El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público”.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre el asunto ha expresado³:

“El debido proceso como derecho fundamental está referido en materia procesal disciplinaria, a que el inculpado conozca los cargos en forma clara, concisa y oportuna para que pueda ejercer todos los medios de réplica, pedir las pruebas, obtener su decreto y práctica, así como controvertir las que lo inculpan, presentar alegatos y en general, participar de modo activo en todo el proceso, lo que implica un gran debate con el agotamiento de las instancias a que haya lugar y las garantías que las mismas ofrecen”⁴.

Tesis que esta corporación ha venido manteniendo, en aras de garantizar el derecho de defensa y el debido proceso del disciplinado.

Elementos probatorios que ilustran el trámite disciplinario.

³ Expediente Núm. 0384-10, actor: Saulo Guarín Cortés. M.P. Gustavo Eduardo Gómez A.

Acta de visita especial practicada a la Registraduría Municipal de Bucaramanga, el día 18 de junio de 2010 en la cual se estableció que la señora Martha Cecilia Cárdenas, fue escogida como jurado de votación entre el del personal que labora en la Alcaldía de Bucaramanga. (FI 5)

Acta de visita especial, practicada a la Registraduría Municipal del Estado Civil de Bucaramanga, mediante la cual se allegó el acta de instalación y cierre de la mesa 10, ubicada en la zona 9, puesto 2 de Bucaramanga de las elecciones efectuadas el 14 de marzo de 2010, documento en los cuales se aprecia que la señora Martha Cecilia Cárdenas estuvo presente en la instalación de la mesa de votación a las 7 y 30 am, pero no se presentó en la jornada de la tarde, como lo indica el formulario E-14 (FL 11 A 13).

Oficio suscrito por la alcaldía municipal de Bucaramanga, de 12 de julio de 2010, informando que la señora Martha Cecilia Cárdenas, se desempeñaba como inspectora de Policía Urbana Categoría Especial (FL 17-18).

Declaración rendida por Stella Supelano Pinto, quien manifiesta que la señora Martha Cecilia Cárdenas, se presentó en la jornada de la mañana y trabajó hasta el mediodía, pero en la tarde no se presentó a pesar de que a las 4 de la tarde tenían que estar todos los jurados para realizar el escrutinio. (FL 24-25).

Declaración de la señora Nelcy Eugenia Espinosa, se ratifica en el mismo sentido que su compañera Supelano Pinto. (FL 26-27).

Testimonio de la señora Carmen Cecilia Pabón, expresa que escuchó como excusa de la señora Martha Cecilia Cárdenas, que se había lesionado un pie para no presentarse en horas de la tarde del 14 de marzo de 2010 y que en ocasiones anteriores había pasado lo mismo. (FL 23).

Constancia suscrita por la Registraduría Especial del Estado Civil de Bucaramanga, informando que la señora Martha Cecilia Cárdenas, no presentó excusa alguna ante la delegación por su inasistencia como jurado de votación el día 14 de marzo de 2010. (FI 13).

Con escrito de 14 de diciembre de 2010, la señora Martha Cecilia Cárdenas aporta

la incapacidad médica correspondiente al 14 de marzo de 2010, para que obre como prueba en el proceso y la eximan de responsabilidad disciplinaria (FI 106).

A folio 107 del expediente obra copia de la incapacidad médica expedida por la I.P.S, Asistencias Médicas Popular de fecha 14 de marzo de 2010, mediante la cual el médico cirujano José M Ballesteros, hace constar lo siguiente: *“paciente que llega al médico a las 2pm presentando trauma en pie derecho, al sufrir caída que le impide caminar y colocarse zapato, se le hace tratamiento y reposo”*. (FI 107).

Descendiendo al caso en concreto; observa la Sala que la Procuraduría Provincial de Bucaramanga el 15 de octubre de 2010 formuló cargos a la investigada por el hecho de haber abandonado y no presentarse a ejercer las funciones de jurado de votación el día 14 de marzo de 2010 a las cuatro de la tarde en la mesa de votación para los escrutinios, con lo cual incurrió en una falta disciplinaria. (FI 45 inverso).

Con acto administrativo de 27 de abril de 2011, la Procuraduría Regional de Bucaramanga, señaló:

“Durante el desarrollo del proceso disciplinario se constató que la funcionaria no presentó excusa alguna ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, tal y como fue certificado por la misma entidad con oficio 4108-j del 24 de agosto de 2010, ni a la alcaldía municipal de Bucaramanga, según aparece certificado por la Subsecretaria Administrativa y Subsecretaria de Gobierno con oficio del 23 y 26 de noviembre de 2010. Sin embargo no se puede desconocer que la disciplinada en la audiencia para alegatos de conclusión, celebrada el 2 de diciembre de 2010 enfatizó que una vez se realizó el sorteo de la jornada en que debía cumplir sus funciones, a ella le correspondió el turno de la mañana y que cuando salió a las 12 del día...debíamos presentarnos a las cuatro de la tarde, para el escrutinio, pero no lo hice, porque (sic) en la salida de la escuela (sic) las Américas me caí y me disloque un dedo, que me incapacito y me impedía caminar y que todavía tengo lesiones como se podrá comprobar. Desafortunadamente no encontré la incapacidad que me dieron ese día, la presentare en el recurso de apelación de ser posible pues la busque y no la encontré. Pero si es necesario el Despacho podrá corroborar que inclusive tengo el pie lesionado y por eso no pude acudir a las cuatro de la tarde. De esta circunstancia de la cual insiste al momento de sustentar su recurso de apelación, inclusive solicita al ente investigador pedir directamente la certificación de su incapacidad al centro médico (fólicos 38, 67, 89, 90,104). (Negrilla fuera de texto)

En efecto la disciplinada aporta el 14 de diciembre de 2010 como eximente de responsabilidad dentro del recurso de apelación, una certificación de la I.P.S Asistencias MÉDICAS Popular, expedida el 14 de marzo de 2010 a nombre de Martha Cecilia Cárdenas, identificada con C.C.63.286.290, SUSCRITA POR EL Dr. José Ballesteros B, médico cirujano con registro 0464 S.S. en la que se consignó “paciente que llega al servicio a las 2 p.m. presentando trauma en pie derecho al sufrir caída que le impide caminar y colocarse zapatos. Se le hace trato y reposo (fl 107).

Aunque la incapacidad alegada no fue expedida por la EPS a la cual debe encontrarse afiliada la disciplinada. Este despacho en aplicación del principio constitucional de buena fe, no puede soslayar tal medio de demostración insistentemente invocado por la disciplinada, tanto en los alegatos de conclusión como en el recurso de apelación del fallo que le impuso sanción disciplinaria. Sin embargo, apreciado en el contexto de la comunicación probatoria, tal prueba debe sopesarse con otros medios de prueba que obran en sentido contrario, de suerte que no es posible desconocer las declaraciones de sus compañeros de mesa, quienes afirmaron que la jurado de votación Martha Cecilia Cárdenas “..Simplemente dijo que no volvía en la tarde (...) Otro jurado afirmó “.Manifestó que no iría a trabajar en horas de la tarde (...) simplemente dijo que ella no iba a venir en la tarde y efectivamente en la mañana protestó todo el tiempo diciendo que ella porque (sic) la tenían que poner de jurado. Y otro de los miembros del jurado manifestó”. Que ella trabajaba en la Alcaldía, que en las elecciones anteriores ella había hecho lo mismo y que no pasaba nada...” (Negrilla fuera de texto)

De las mencionadas afirmaciones se desprende que la funcionaria demostró una aptitud displicente con la función de jurado de votación y que confió tranquilamente en que el hecho de haber sufrido una lesión en su pie. La liberaba de cumplir a cabalidad con la función transitoria asignada por la Registraduría Nacional del Estado Civil, en especial si se tiene en cuenta que no era la primera vez que había sido llamada a ser jurado de votación, por lo que conocía muy bien las funciones que debía cumplir, incluyendo el escrutinio de mesa una vez finalizará la jornada electoral para los sufragantes y diera inicio al conteo de votos, elaboración de formularios y entrega de las actas a los delegados de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

De otra parte llama la atención de este despacho que la funcionaria en el trascurso del presente proceso disciplinario, demostró poco interés en participar, controvertir y aportar pruebas que le permitieran aclarar al ente de control el grado de participación en la conducta que se le reprocha...

Así las cosas, este despacho considera que si bien la disciplinada al parecer sufrió una lesión que le habría impedido

regresar a la Concentración las Américas de Bucaramanga para cumplir a cabalidad con su función de jurado de votación, también le es que había manifestado la intención de no regresar para culminar la función de jurado de votación, tal y como ha quedado anotado. Además tampoco le interesó brindar a la autoridad electoral las explicaciones a que estaba obligada por su inasistencia, pues nunca presentó la incapacidad médica, demostrando con esto el poco compromiso y seriedad que le merecía o le despertaba la función de jurado de votación, razones más que suficientes para imputarle responsabilidad a la prenombrada funcionaria.

Sobre la calificación de la falta la Procuraduría Provincial de Bucaramanga sostuvo que se trataba de una falta gravísima tal y como lo establece el numeral 49 del artículo 48 de la ley 734 de 2002 por haber abandonado la función de jurado de votación.....Sin embargo este despacho se aparta del análisis efectuado por el a quo, por las razones consideradas anteriormente, pues la disciplinada compromete su responsabilidad por haberse porfiado (sic) de que la limitación física derivada del percance sufrido con su pie le liberaba de sus obligaciones como jurado, lo que conduce al despacho a concluir que la disciplina incurrió en culpa grave...”

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

Para tal efecto es necesario conocer el contenido del artículo 142, de la Ley 734 de 2002 que dispone: *“No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado”*.

Quiere decir esto; que en materia administrativa disciplinaria no puede proferirse fallo sancionatorio, si no existen elementos de juicio que ofrezcan certeza sobre los hechos que se investigan, lo contrario implica desconocer las garantías fundamentales al debido proceso y derecho de defensa del investigado.

Determinado lo que antecede, considera pertinente esta Sala entra a decir **el fondo del asunto**.

La Sala observa que la señora Martha Cecilia Cárdenas en audiencia pública de alegatos de conclusión, celebrada el 2 de diciembre de 2010 en la Procuraduría Provincial de Bucaramanga; **resaltó** que el día 14 de marzo del citado año sufrió un accidente al salir de la escuela las Américas de Bucaramanga, impidiéndole asistir a

la mesa de votación a las cuatro de la tarde para realizar los escrutinios, en la misma forma señaló que no fue posible encontrar la incapacidad médica, pero que de hallarla la presentará con el recurso de apelación.

A su vez, obra a folio 107 del expediente copia de la certificación médica expedida el 14 de marzo de 2010 por la I.P.S Asistencias Médicas Popular a nombre de Martha Cecilia Cárdenas, en donde el Dr. José Ballesteros médico consignó lo siguiente; *“paciente que llega al servicio a las 2 pm, presentado trauma en pie derecho al sufrir caída que le impide caminar y colocarse zapatos. Se le hace trato (sic) y reposo”*, aportada con el recurso de apelación a la Procuraduría Regional el 14 de diciembre de 2010.

Así las cosas, encuentra la Sala que la Procuraduría Regional de Santander al desatar el recurso de apelación, valoró apropiadamente la incapacidad laboral aportada y tantas veces invocada por la investigada; prueba a partir de la cual quedó demostrado que la señora Martha Cecilia Cárdenas evidentemente sufrió un accidente el día 14 de marzo de 2010 que le impidió regresar a cumplir sus funciones de jurado de votación, actuación que soporta la **inexistencia** de conducta disciplinaria relevante, toda vez que está amparada por una de las causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria (fuerza mayor o caso fortuito) consagrada en el numeral 1º del artículo 28 de la Ley 734 de 2002.

Pues, no hay que olvidar que la fuerza mayor y el caso fortuito son se trata de circunstancias no imputables a título de dolo o culpa a cargo del sujeto disciplinable, por otra parte, tampoco es posible proferir juicio de reproche por aquellos hechos que solamente pueden ser atribuidos a una causa extraña y ajena al comportamiento de la persona, de la cual no es posible resistirse o que escapa a las posibilidades efectivas de previsión; como efectivamente aconteció en el caso sub examine, en donde la demandante no podía prever lo que le iba a suceder, hecho que la releva de cualquier tipo de responsabilidad disciplinaria, como en efecto lo consideró en su oportunidad la Procuraduría.

Pese a lo anterior, la Procuraduría Regional de Santander con fallo de 27 de abril de 2011 sancionó disciplinariamente con suspensión por el término de seis meses a la investigada; por haber manifestado a viva voz la intención de no regresar a culminar la función de jurado de votación y por no brindar a las autoridades electorales las explicaciones de su inasistencia, tal y como lo apreció de los

testimonios que obran en el expediente; **situación** que contraviene el cargo formulado, pues el reproche endilgado inicialmente en el pliego de cargos **consistió en abandonar y no regresar a cumplir la función de jurado de votación**, artículo 105 del Decreto 2241 de 1986 (Código Nacional electoral) y no otra conducta.

Bajo tal apreciación, la Sala disiente de las razones fácticas y jurídicas que llevaron al ente de control a imponerle la segunda sanción; como quiera que atribuyó responsabilidad disciplinaria quebrantando el principio de congruencia, al no existir una armonía e identidad entre el pliego de cargos y la parte motiva del fallo, pues no se garantizó que el proceso haya transitado alrededor de un solo eje conceptual fáctico y jurídico lo que conlleva a vulnerar el debido proceso y derecho de defensa de la investigada en la medida que no ejerce su derecho de defensa sobre la nueva conducta imputada; por tanto no puede cambiar abruptamente las reglas de procedimiento realizando análisis subjetivo que solo está en la mente del operador disciplinario. Además de ello, porque no hay elemento probatorio distinto a los analizados en la causa, que comprometan la responsabilidad de la investigada relacionados con el cargo endilgado. (Artículo 142 de la Ley 734 de 2002).

Resulta igualmente necesario advertir que las expresiones lazadas por la investigada el 14 de marzo de 2010, relacionadas con la intención de no regresar a cumplir las funciones de jurado de votación, no constituyen la conducta inicialmente endilgada por la Procuraduría, por tanto, no puede responsabilizarla de una conducta y luego sancionarla por otra afectándole las garantías constitucionales fundamentales. Así mismo es de resaltar que dichas manifestaciones no afectan el deber funcional, como quiera que son apreciaciones irrelevantes de carácter subjetivo que no son conductas antijurídicas por no violar el deber funcional, conforme el art 5 de la Ley 734 de 2002.

En esas condiciones al examinar el contenido de los actos demandados, se advierte que en efecto la Procuraduría desconoció algunos de los principios que por mandato Constitucional y Legal deben orientar la actuación disciplinaria (derecho de defensa y el debido proceso). Al respecto, resulta oportuno señalar que se ha considerado en nuestro ordenamiento jurídico que el derecho disciplinario hace parte del derecho sancionador y, en esa medida, el Estado no puede sancionar por fuera de los cauces

legales, porque la evidencia de su carácter de “*Social de Derecho*” es la operancia del principio de legalidad.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, la Sala dará por probado el cargo de violación al debido proceso y derecho de defensa de la actora por desconocimiento de los principios constitucionales de legalidad, en lo que se refiere a la imposición de la sanción de suspensión sin inhabilidad por el término de 6 meses impuesta por la Procuraduría Regional de Santander en decisión de segunda instancia de 27 de abril de 2011.

Se considera entonces que la parte actora logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto disciplinario sancionatorio. La prosperidad de dicho cargo impone la declaratoria de nulidad del acto demandado y releva a la Sala del análisis de los restantes cargos formulados.

Del restablecimiento del derecho.

Al anular las decisiones que impusieron la sanción disciplinaria a Martha Cecilia Cárdenas en su calidad de Inspectora de Policía de Bucaramanga se debe abolir el antecedente generado por este concepto.

En consecuencia, de la nulidad decretada a título de restablecimiento del derecho, no es posible ordenar el reintegro de la demandante al cargo que venía ocupando, por tratarse de una sanción de suspensión por el término de seis meses la cual ya se cumplió. En relación a los daños materiales se ordenará -a título de indemnización- el reconocimiento y pago de los sueldos, prestaciones y demás emolumentos dejados de devengar desde la fecha de la suspensión esto es desde el 20 de agosto de 2011 hasta el 20 de febrero de 2012 fecha en que se integró al cargo de Inspectora de Policía Urbana de Bucaramanga, así como el pago de los aportes por este período a las entidades de Seguridad Social. Estas sumas se ajustaran conforme al índice de precios al consumidor en cumplimiento de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Las sumas cuyo reconocimiento ordena esta sentencia, serán ajustadas en los términos del artículo 178 del C.C.A., de conformidad con la siguiente fórmula:

Índice final

$$R = R_h \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que se produjo la destitución).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Perjuicios morales.

Igualmente solicitó por este concepto, la suma de 151 smmlv, soportado en que la actuación disciplinaria y la sanción lo afectaron física y emocionalmente y a su familia

La jurisprudencia de esta Corporación, frente a la tasación de este perjuicio, que es de carácter extrapatrimonial, ha considerado que, dada su especial naturaleza, no puede ser sino compensatoria, por lo cual, corresponde al juzgador, quien con fundamento en su prudente juicio debe establecer, en la situación concreta, el valor que corresponda, para cuyo propósito debe tener en cuenta la naturaleza y la gravedad de la aflicción y de sus secuelas, de conformidad con lo que se encuentre demostrado en el proceso.

En efecto, ha indicado la Sección Tercera que “este entendimiento es congruente con la posición recientemente reiterada por esta Sala Plena⁵, en el sentido de señalar la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades

⁵ Sentencia de 23 de agosto de 2012, Exp. 1800-12-33-1000-1999-00454-01 (24392), Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón

demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan.⁶

En el asunto bajo estudio, el actor se limita a solicitar un monto sin demostrar la aflicción causada por la destitución de que fue objeto, pero ello no basta, debe llevarse al convencimiento del Juez de que existió un padecimiento que le fue causado con ocasión de la sanción y la publicidad que de ella se hizo, para que este funcionario, dentro de su discrecionalidad judicial, determine el dolor sufrido, la intensidad de la congoja, el derecho vulnerado, la valoración ponderada de lo que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción (de verse en la situación generada por la sanción) para que, una vez valorado, haga la tasación del “quantum” indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto⁷, y es precisamente lo que se extraña en el acervo probatorio.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Fallos de Primera y Segunda Instancia proferidos por la Procuraduría Provincial de Bucaramanga y Regional de Santander, de 7 de diciembre de 2010 y 27 de abril de 2011, mediante los cuales se sancionó con suspensión en el cargo por el término de seis meses sin inhabilidad especial a la señora Martha Cecilia Cárdenas Rueda.

SEGUNDO: ORDENAR a título de restablecimiento del derecho a la Procuraduría General de la Nación, a pagarle los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha de suspensión 20 de agosto de 2011 hasta el 20 febrero de 2012 cuando se reintegró al cargo, así como el pago de los aportes por este periodo a las entidades de Seguridad Social.

Las sumas que resulten a favor del actor se actualizarán en su valor, como lo

⁶ Sentencia de 14 de marzo de 2013, Rad. No.: 25000-23-26-000-1999-00791-01(23632); Actor: Maria Iveth Garcia Suarez Y Otros; M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón

⁷ Sentencia de 13 de junio de 2013; N.I. 20771; M.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

ordena el artículo 178 del C.C.A., de conformidad con la fórmula y términos señalados en la parte considerativa.

No hay lugar a descuento de suma alguna por el desempeño de otro cargo durante el tiempo en que el demandante estuvo desvinculado del servicio.

TERCERO: DECLARAR para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios, entre la fecha de suspensión y el reintegro al cargo.

A la sentencia se dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

CUARTO: ORDENAR a la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación o a la Oficina competente, abolir los antecedentes disciplinarios generados por este concepto.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: RECONOCER personería jurídica a la abogada Ana Carolina Sánchez Sánchez como apoderada de la Procuraduría General de la Nación, en los términos y para los efectos del poder conferido a folio 331 del expediente.

Notifíquese y cúmplase.

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Relatoria JORM