

**CARRERA ADMINISTRATIVA - No impide la suspensión de un funcionario que ostenta carrera si así lo ordena la autoridad judicial / DECISIONES DISCIPLINARIAS Y PENALES - Son causa legal para perder privilegios de carrera administrativa**

El Tribunal no se percató que el actor ocupaba un cargo de carrera, y que ello le otorgaba una relativa estabilidad, carece de razón el impugnante pues no hay precepto de ninguna naturaleza que impida la suspensión de un funcionario de carrera si así lo ordena la autoridad judicial, como tampoco esta prohibida la destitución para los casos en que incurre en violación del régimen de responsabilidad disciplinaria. Por el contrario, las decisiones disciplinarias y penales son causa legal suficiente para que los funcionarios pierdan el privilegio de la carrera que no puede convertirse en fuente de impunidad.

**PRUEBA - Oportunidad para aportarla / PRUEBA TARDIA - No puede ser soporte de la decisión / PRUEBA DE OFICIO - Su no decreto constituye violación al debido proceso**

En lo que concierne al testimonio del señor Víctor Uzuriaga Buitrago, tardía e irregularmente aportado con los alegatos, a juicio de la Sala, la falta de apreciación de dicha prueba no se erige en violación al debido proceso, pues, sabido es que el fallo debe sujetarse a las pruebas regular y oportunamente aportadas al proceso. Por lo mismo, una prueba tardía y fuera de toda posibilidad de publicidad y contradicción, jamás podría ser soporte de la decisión. Pero si lo anterior no fuera suficiente su contenido, en cuanto refleja una retractación de lo rendido bajo juramento, jamás tendría la fuerza de persuasión para desnaturalizar las demás pruebas obrantes en el proceso. En síntesis, la prueba ni se la puede apreciar, ni de su contenido se infiere necesariamente la inocencia o exculpación del implicado, hoy demandante. En lo que tiene que ver a la omisión del decreto de pruebas de oficio, esa circunstancia, por sí sola, no se constituye en violación al debido proceso, pues se trata de una facultad del Juez, ni puede justificar que el funcionario competente extienda todos los plazos de duración del proceso para continuar buscando indefinidamente algún vestigio que pudiera salvar la responsabilidad del disciplinado. A ello se añade, que no aparece alguna señal de existencia de una prueba totalmente exculpatoria que debiera ser buscada perentoriamente por el funcionario que conoció del juico disciplinario.

**FUERO SINDICAL - No inhibe la sanción disciplinaria / SUSPENSION DEL CARGO POR SANCION DISCIPLINARIA - No requiere el levantamiento del fuero sindical**

No puede admitirse el alegato de la parte demandante, sobre que la existencia del fuero, pueda inhibir la sanción disciplinaria. Tampoco es admisible su reclamo, según el cual la suspensión del cargo, requería de la autorización del funcionario competente, habida cuenta que la suspensión fue ordenada por una autoridad jurisdiccional y no por el empleador. Resulta insólito que la actuación de la Fiscalía General de la Nación pudiera quedar subordinada al levantamiento del fuero o a la concesión de una autorización. Tómese en cuenta, que la suspensión fue cumplida atendiendo a la orden dispensada en un proceso penal, que no podía ser desacatada por la autoridad demandada.

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN "B"**

**Consejero ponente: DOCTOR VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil once (2011).

**Radicación número: 19001-23-31-000-2002-01479-01(1197-10)**

**Actor: ANDRÉS FELIPE LÓPEZ HURTADO**

**Demandado: LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS NACIONALES "DIAN".**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia proferida el 18 de marzo de 2010, por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda instaurada por Andrés Felipe López Hurtado contra la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Dirección de Impuestos Nacionales "DIAN".

**LA DEMANDA**

**ANDRÉS FELIPE LÓPEZ HURTADO**, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo del Cauca declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- De la Resolución No. 4743 de 9 de julio de 1988 proferida por el Director General de la DIAN, mediante la cual le suspendió en el cargo.

- De la Resolución No. 0001 del 11 de abril de 2001 expedida por la Directora Regional de Impuestos y Aduanas - Regional Suroccidente, por medio de la cual el demandante fue destituido del cargo.
- De la Resolución No. 4999 de 28 de mayo de 2002 a través de la cual se decidió el recurso de apelación, confirmando en su integridad la decisión que impuso la sanción de destitución del cargo.
- De la Resolución No. 6209 de 2 de julio de 2002 mediante la cual se hizo efectiva la sanción de destitución que le fuera impuesta.

Como consecuencia de la nulidad de los actos, el demandante solicitó a título de restablecimiento del derecho:

- Se ordene a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a reintegrarlo en el cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior jerarquía, sin solución de continuidad.
- Se ordene a las demandadas pagar a su favor todos los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde cuando se hizo efectiva la sanción y hasta cuando opere el reintegro efectivo. Igualmente pide se hagan los respectivos ajustes conforme al índice de precios al consumidor, como este sea certificado por el DANE.
- Se disponga el pago por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente a 100 salarios mínimos.

- Dar cumplimiento a la sentencia dentro de los términos establecidos en la Ley.

Las pretensiones de la demanda están soportadas en los siguientes hechos:

El señor Andrés Felipe López Hurtado, laboró al servicio de la DIAN entre el 25 de agosto de 1992 y el 18 de mayo de 2001, desempeñando el cargo de Profesional en Ingresos Públicos II, Nivel 31, Grado 21 de la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos Nacionales de Popayán de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

La dependencia de Investigaciones Disciplinarias de la DIAN, local de Popayán, mediante los Oficios U.A.E. 581701-502 y 504 del 2 de julio de 1998, informó a la DIAN sobre una presunta irregularidad en el manejo del expediente de Cobro Coactivo No. 95-00743 que se seguía por la División de Cobranzas de la Administración en contra de la Sociedad "LA SUSANA DE COLOMBIA".

La funcionaria en su escrito señaló que el Representante Legal de la Sociedad denunció ante la Fiscalía General de la Nación a los señores Andrés Felipe López Hurtado y Carlos Martínez por la posible comisión del delito de concusión<sup>1</sup>. También informó que los funcionarios pertenecían a la Junta Directiva del Sindicato SINTRADIAN.

---

<sup>1</sup> Según se dice en la denuncia, el actor le solicitó al Representante Legal de la Sociedad la Susana de Colombia una suma de dinero para practicar una diligencia de embargo y secuestro de una cosecha de café. Además señaló que obtendría la dilación del proceso. Que tales propuestas se realizaron en presencia del señor Carlos Martínez.

## LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, el artículo 29.

La Ley 599 de 2000.

De la Ley 200 de 1995, los artículos 5º, 38, 73, 75, 77, 118 a 122 y 131.

Del Código Procesal Laboral, los artículos 113 a 117

Del Código Sustantivo de Trabajo, los artículos 405 y 406.

A juicio del demandante, hubo violación al debido proceso, en tanto en la investigación disciplinaria se omitió la práctica de algunas pruebas a pesar de haber sido oportunamente solicitadas<sup>2</sup>. Añade que con motivo del recurso de apelación se *“anexó la copia autenticada de una declaración rendida por el señor VÍCTOR UZURIAGA BUITRAGO [...] en la cual se retractaba de sus declaraciones rendidas como testigo del señor ANTONIO ORDÓNEZ, la citada prueba si bien es cierto se allegó por fuera de la etapa probatoria para el disciplinado, era al menos un indicio que indicaba al investigador la falsedad de algunos testimonios que se habían tenido en cuenta [...] y lo que permitía que de oficio se decretase la ratificación”*.

Alega que cumplió siempre con en el ejercicio de sus funciones de manera eficiente, y en lo que se refiere al manejo del proceso de cobro coactivo, éste se adelantó siguiendo cabalmente al trámite establecido por el Estatuto Tributario, que es el marco legal y obligatorio que reglamenta el cobro coactivo.

Señala que es falso que hubiera omitido o retardado el trámite de una solicitud del contribuyente, que se dice fue radicada el 1º de abril de 1998, bajo el número 238314, empero esa solicitud no

---

<sup>2</sup> Las pruebas solicitada en la etapa preliminar, (exposición libre y espontánea) Diligencias de fechas 28 de julio y 20 de agosto de 1998. Así como el testimonio del señor César Augusto Vargas Castillo prueba solicitada con posterioridad a la apertura de la investigación.

aparece registrada y menos que el actor la hubiera recibido, y por ende no es cierta la omisión que se le endilga en la Resolución sancionatoria No. 001 de 11 de abril de 2001.

En las páginas No. 28 y 29 de la mentada Resolución se dice que incurrió en presuntas fallas en el trámite del expediente, empero no se tuvo en cuenta que el funcionario Jhon Alberto Zúñiga Ruíz, aceptó ser la persona que estaba a cargo del expediente para la fecha de las acusaciones, pues el actor disfrutaba en ese entonces de vacaciones<sup>3</sup>.

Predica violación al derecho de igualdad, en tanto frente a la solicitud de pruebas de las partes, el ente investigador fue más riguroso y formalista con el disciplinado que con el denunciante, a quien citó para que suministrase la dirección de sus testigos. Pone de presente que el investigador no decretó de oficio, pudiendo hacerlo, la ratificación de la declaración juramentada rendida por el señor Zuñiga Buitrado y allegada mediante un documento. En consecuencia, concluye que sólo se investigaron los hechos y circunstancias desfavorables al hoy demandante, más no aquello que pudiera beneficiarle.

No tuvo en cuenta la entidad demandada, que el actor gozaba de fuero sindical, pues pertenecía a la Junta Directiva del Sindicato de Trabajadores de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales "SINTRADIAN". Entonces, era deber de la entidad solicitar la autorización previa al Ministerio de Trabajo, para efecto de poder adoptar las medidas que se tomaron en su contra, pues la prevención de suspensión que inicialmente se tomó, constituyó un desmejoramiento de sus condiciones laborales y con la desvinculación se violó su derecho constitucional al trabajo.

---

<sup>3</sup> Según Resolución No. 001 de 8 de agosto de 1997, el expediente le había sido asignado el 8 de septiembre de 1997 y luego entro a disfrutar de la vacaciones entre el 16 de septiembre y 8 de octubre, periodo en el cual estaba como responsable el señor John Zuñiga.

Por último, las conductas descritas en el CDU solo son *“aplicables al servidor público y al particular que en ejercicio de sus funciones públicas por acción u omisión las violen, pero en ningún momento se las podría aplicar a la conducta descrita por el actor que como servidor público desempeñaba un cargo que legalmente no existía y en consecuencia ejerció unas funciones públicas que no tenía, tal como se deduce de la certificación que al respecto se menciona...”*.

### **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**

La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Unidad Administrativa Especial- Dirección de Impuestos Nacionales, Administración Local de Impuestos de Popayán, en su oportunidad, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, para ello invocó los siguientes argumentos (fl. 262 a 270):

Señala que la investigación hecha contra el señor Andrés Felipe López Hurtado, se sujetó al procedimiento establecido en la Ley 200 de 1995, que se encontraba vigente para la época de la comisión de la falta.

El proceso se inició por una conducta calificada como gravísima, en la medida que el proceder del demandante atenta contra bienes como la moralidad pública, transparencia, honradez, lealtad, eficiencia que debe observar todo empleado en el desempeño de sus funciones; en el presente caso, el disciplinado incurrió en la prohibición de *“solicitar o recibir dádivas, o cualquier otra clase de lucro proveniente directa o indirectamente del usuario del servicio [...]”*. Además de *“solicitar o recibir directamente o por interpuesta persona, gratificaciones, dádivas o recompensas en razón de su cargo”*.

Refiere que la Administración adelantó la investigación disciplinaria de acuerdo a la falta que se le imputó al funcionario, práctico las pruebas que consideró pertinentes y rechazó algunas que estimó inconducentes, pues ellas no demostraban, ni la inocencia ni la culpabilidad del investigado; dice la DIAN haber concedido los recursos que legalmente procedían; por todo ello, no se puede decir que hubo violación al debido proceso ni al derecho de defensa, pues siempre se atendieron las formalidades propias del proceso, tal como ellas están establecidas en la Ley 200 de 1995.

En cuanto al fuero sindical se remitió al Código de Procedimiento Laboral, para advertir que el demandante no acudió a la justicia ordinaria laboral, sino que se limitó a formular la petición de fuero sindical dentro de la presente demanda contenciosa administrativa, sin que exista fundamento para que esta jurisdicción se pronunciara por no haber sido ejercido ante la autoridad competente dentro del término legal, es decir, dentro de los dos meses siguientes al 2 de julio de 2002, fecha en la cual se le comunicó la Resolución No. 6209, que ordenó hacer efectiva la destitución.

Señala que mediante la Resolución No. 002 de 16 de marzo de 1998 el demandante recibió una delegación de funciones en su calidad de Coordinador del Grupo Coactivo, entre ellas además de la tarea de coordinación, se *“mencionan las relacionadas con el inicio, adelanto y llevar hasta su culminación los procesos de cobro de acuerdo a los procedimientos establecidos para tal fin en el Estatuto Tributario, las ordenes e instrucciones del Nivel Central y los programas del nivel local.”* Por lo anterior, afirma la administración que no puede sostener el demandante que carecía de funciones y que no era funcionario público en ejercicio de sus funciones cuando fue



investigado disciplinariamente. Por el contrario, hace ver que se trataba de un funcionario debidamente nombrado y posesionado, por tanto en ejercicio de funciones de coordinador, para las que se hallaba capacitado por ser abogado especialista en Gerencia de Impuestos y con experiencia superior a dos años.

### **LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la sentencia de 18 de marzo de 2010, negó las pretensiones de la demanda. La sentencia ahora recurrida está fundada en las siguientes consideraciones (fls. 256 a 263):

En cuanto a los actos demandados el *A quo*, destacó que tanto el primero como el segundo corresponden a actos administrativos de ejecución, que por su naturaleza resultan ajenos al control jurisdiccional conforme lo establece el artículo 135 del C.C.A.; por ende, respecto de ellos se abstuvo de hacer pronunciamiento alguno.

El Tribunal argumenta que en la demanda se acusa la vulneración al debido proceso, por los siguientes motivos: i) no haberse decretado y practicado las pruebas oportunamente solicitadas en la etapa preliminar, así como en la investigación, específicamente en cuanto al testimonio del señor Cesar Vargas Castillo, ii) En el trámite de la segunda instancia, no se tuvo en cuenta la declaración del señor Víctor Usuriaga Buitrago, rendida ante la Notaría Primera de Popayán, pese a que se solicitó fuera considerada; iii) haberse admitido como ciertos los actos impugnados, a pesar de que ellos se fundan en hechos falsos y

iv) el desconocimiento de las garantías del fuero sindical que para la época ostentaba el demandante, pues no se solicitó la autorización previa al Ministerio respectivo para adoptar la medida de suspensión y posterior destitución.

En respuesta a las acusaciones de la demanda, el Tribunal pone de presente que la administración aceptó que en el curso de la investigación decretó algunas pruebas y rechazó otras, y que frente a esta determinación la parte investigada oportunamente interpuso los recursos de ley.

Así mismo dijo que la solicitud de la prueba testimonial fue elevada sin el cumplimiento de las exigencias de ley, exigencias previstas en el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil<sup>4</sup> y con ello lo que hizo el ente investigador fue garantizar el debido proceso.

En lo que se refiere a la valoración de una prueba que fue allegada de manera extemporánea, esto es con el escrito de apelación, adujo el Tribunal que el procedimiento disciplinario es reglado y por ende no se puede aceptar la aportación de pruebas por fuera de las oportunidades establecidas en la ley.

Como se acusa que hay afectación al debido proceso, derivada de la falta de autorización previa para disponer la suspensión del demandante en el ejercicio del cargo, por tratarse de un empleado amparado por fuero sindical, observó el Tribunal que las *“acciones de la garantía foral no son de competencia de la jurisdicción contenciosa sino de la laboral ordinaria por expreso mandato de la Ley 712 de 2001”*, por ello concluyó que no podían ser estudiadas por esta jurisdicción.

---

<sup>4</sup> Folio 32 del cuaderno 2 de copias.

## EL RECURSO DE APELACIÓN

El demandante, interpuso el recurso de apelación contra la sentencia del *A quo*, impugnación que está sustentada en los siguientes argumentos (fls. 269 a 277):

En lo que atañe al acto administrativo que consta en la Resolución No. 4743 de 9 de julio de 1998, mediante el cual se suspendió del cargo al demandante, dando cumplimiento a la orden de la Fiscalía, la entidad no podía pasar por alto la situación del empleado en virtud del fuero sindical, y debió solicitar la autorización al juez laboral para proceder a la suspensión del cargo en la forma en que fue solicitada por la autoridad penal.

Añade a lo anterior, que la entidad tampoco se percató que el actor ocupaba un cargo de carrera, lo que le otorgaba una relativa estabilidad que para su desmejoramiento exigía el cumplimiento de una serie de requisitos, so pena de violar el debido proceso, de acuerdo al artículo 147 del Decreto No. 1572 de 1998<sup>5</sup>.

Se remite el impugnante a la afirmación que hace el Tribunal, en lo que respecta a las pruebas testimoniales que fueron rechazadas por el incumplimiento de los requisitos legales, sostiene que *“no es del todo cierto las falencias que se afirman”*, pues en lo que se refiere al testigo César Augusto Vargas Castillo, se suministró el domicilio en el memorial de descargos. Adicionalmente dijo, que en el expediente ya había referencias de

---

<sup>5</sup> Invoca el demandante la Sentencia del Consejo de Estado. Expediente 43219-2498-99 del 6 de abril de 2000, así como la sentencia No. 1100103150002003-00955 del 19 de agosto de 2003. M.P. Dr. Jesús María Lemus Bustamante.

éste como testigo de excepción, por haber estado en el lugar y día de los hechos, lo que le exigía al ente investigador que, inclusive decretara de oficio la prueba para llegar a la verdad de los hechos, en prevalencia de la investigación integral; es decir, tanto en lo favorable como lo desfavorable al investigado. Como soporte evoca la sentencia T-404 de 3 de junio de 1992 de la Corte Constitucional.

Sobre la presunta extemporaneidad que acusa el Tribunal, en relación con la prueba testimonial juramentada hecha ante notario por el señor Víctor Uzuriaga Buitrago, acepta el demandante que ella fue aportada con el recurso de apelación dentro de la investigación disciplinaria, no obstante señala que era deber del investigador decretar las pruebas de oficio, para la prevalencia de la verdad real sobre la formal, pues con esa declaración se demostraba que el hoy demandante, no era responsable de los hechos sobre los cuales recayó la acusación.

El Tribunal en su decisión adujo que *"[...] no encuentra motivo de reproche en los actos administrativos demandados, los cuales se ajustaron íntegramente a derecho en su expedición, y son coherentes y armónicos con la situación fáctica que regularon, ya que posteriormente serían objeto de ratificación con la condena penal"*, en la impugnación el demandante señala que las acciones penal y administrativa son independientes, empero en las actuaciones penales se le condenó por el delito de concusión, y en segunda instancia el 9 de diciembre de 2005 se le cambió la nominación de la conducta por el delito de cohecho impropio.

Reitera que el *A quo*, no tuvo en cuenta su condición de aforado y por ende no podía ser desvinculado de la institución sin el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley.

## CONSIDERACIONES

El problema jurídico que se ha planteado en la demanda, y del cual se ocupa ahora la Corporación, consiste en examinar la legalidad de los actos emitidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Dirección de Impuestos Nacionales DIAN, por medio de los cuales declaró responsable disciplinariamente al demandante y se ejecutó la sanción impuesta.

Para resolver esta controversia, abordará la Sala el estudio de los siguientes aspectos: **1.-** Sobre la función constitucional atribuida a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en lo que atañe al control judicial de la potestad disciplinaria. **2.-** El caso concreto. **2.1.-** Sobre el acto de suspensión; **2.2.-** Sobre el concepto de estabilidad propio de la carrera administrativa. **2.3.-** El debate acerca de las pruebas y **2.4.-** Sobre el fuero sindical y la responsabilidad disciplinaria.

Con el fin de resolver el problema expuesto, la Sala resalta la existencia de los siguientes documentos y pruebas acerca de los hechos:

- Se allegó copia auténtica de la Resolución No. 4743 del 9 de julio de 1998, proferida por Director General de la DIAN, mediante la cual *"[...] A partir de la fecha de expedición de la presente providencia y mientras dure la investigación en mención suspender en el ejercicio del cargo a ANDRÉS FELIPE LÓPEZ HURTADO [...]"*. (fls 27 a 28).

- Obra copia auténtica de la Resolución No. 0001 del 11 de abril de 2001 de la Directora Regional de Impuestos y Aduanas, mediante la cual se sanciona con destitución del cargo al actor.

- Aparece copia auténtica de la Resolución No. 4999 del 28 de mayo de 2002, por medio de la cual se decide el recurso de apelación presentado por el hoy demandante, contra la decisión del 11 de abril del año 2001, en ella ordena hacer efectiva la sanción de destitución del cargo.

- Obra certificación del 1º de octubre de 2002, expedida por el Coordinador Grupo Coactiva Cobranzas en la cual consta que *“el memorial suscrito por el señor ANTONIO ORDONEZ ARANGO, fechado 1 de abril de 1998 [...] No tiene sello ni fecha de recepción por parte de esta administración de Impuestos. Como tampoco firma de funcionario alguno que lo haya recibido.”* (fl. 94).

- Copia simple de la Resolución No. 001 de 9 de marzo de 1998<sup>6</sup>, mediante la cual el Jefe de División de Cobranzas de la DIAN de Popayán, delega en el demandante realizar la diligencia de secuestro en un inmueble, así como el Oficio No. DC-C 581751-734 del 2 de junio de 1998, por medio del cual se le solicita al actor realizar *“embargo y secuestro de la cosecha y demás bienes de la finca la SUSANA DE COLOMBIA LTDA”*, en el mismo se hacía entrega de la lista de auxiliares de la Justicia de la Dirección de Impuestos y Aduanas, a efecto de que seleccionara uno de los secuestres para continuar con el trámite, así como se hiciera parte en el proceso civil que se le seguía a la sociedad ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán (fl. 99).

---

<sup>6</sup> Folio 98.

- Original de la Resolución No. 002 de 16 de marzo de 1998, por medio de la cual se delegan funciones al demandante por parte de la DIAN de Popayán (fls 101 a 103).
- Memorial suscrito por el demandante y dirigido al Jefe de División Cobranzas de la DIAN Popayán, hace devolución de expedientes, entre los cuales se encuentra el de la sociedad “La Susana de Colombia” (fl.106).
- Se aportó la Resolución No. 012 del 28 de abril de 1998, en la cual consta la inscripción de la Junta Directiva de la Organización Sindical “SINTRADIAN”, y en ella figura el demandante como suplente.
- Se allegaron los siguientes cuadernos de la actuación adelantada dentro de la investigación disciplinaria seguida en contra del actor: ocho cuadernos y dos cuadernos de copias, un cuaderno con las actuaciones del Tribunal Superior respectivo y la hoja de vida del actor.

**1.- Sobre la función constitucionalmente atribuida a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en lo que atañe al control judicial de la potestad disciplinaria.**

Según el diseño Constitucional, la potestad correccional y disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, a quien se reconoce un poder preferente. No obstante, ello no excluye que algunas entidades puedan ejercer directamente esa misma potestad disciplinaria, pero en ambos casos sometida al control judicial que ejerce la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Sea que el ejercicio de la función disciplinaria sea producto del poder preferente o de la potestad disciplinaria interna de cada institución, el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria no se ejerce de cualquier modo, sino que conoce limitaciones y restricciones que lo alejan de convertirse en una tercera instancia del proceso correccional que compete a cada institución. Al respecto, la Sala se permite evocar lo dicho en el fallo de 3 de septiembre de 2009<sup>7</sup> en la cual se dejó sentado:

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

*Bajo esta perspectiva, el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especial cualificación y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba como si de una tercera instancia se tratara.*

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

*Corresponde entonces a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, entre otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el tramite disciplinario, se haya ajustado a las garantías constitucionales y legales, es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba producida con violación al debido proceso, o sea, para aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios básicos rectores de esa actividad fundamental para el ejercicio del derecho de defensa.*

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Eexpediente No 11001032500020050011300. No. Interno: 4980-2005. Actor Diego Luís Noguera Rodríguez contra la Nación – Procuraduría General de la Nación.



*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 que ejerce la Procuraduría General de la Nación, 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.”.*

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

Los actos administrativos que imponen sanciones, como los demás actos de la administración, están revestidos de la presunción de legalidad propia de las manifestaciones de la administración pública. Por esa misma calidad se descarta que no cualquier defecto del procedimiento sancionatorio, así existiera, pueda quebrar esa presunción que blinda los actos de la Administración, cuando ella se expresa en el ejercicio de la competencia correccional y disciplinaria. Se dice lo anterior porque justamente el proceso disciplinario, está concebido justamente para la preservación de las garantías fundamentales del implicado. Se refiere el Consejo de Estado a que la competencia disciplinaria derivada de la Constitución y la Ley, se ejerce de manera minuciosamente reglada dentro del procedimiento fijado para el juicio disciplinario. Como puede verse, es propio de

esta actividad específica de la administración, la disciplinaria, que ella sea cumplida con estricta sujeción al Código Disciplinario Único, expresión del legislador que se ocupa en detalle y minuciosamente de regular la protección de las garantías constitucionales básicas, es decir un código que ampara el derecho de defensa, la publicidad, la contradicción de la prueba, el derecho a presentar alegaciones, así como la posibilidad de una doble instancia y en general que el acto final en que se impone un castigo, no sea simplemente el fruto de la actividad genérica de la Administración, sino el resultado de la participación del propio afectado, a quien el legislador, mediante las formas consagradas en Código Disciplinario Único, entrega las herramientas necesarias para contener los desvíos en que pudiera incurrir la autoridad en el ejercicio de esa competencia sancionatoria. Puestas las cosas de este modo, si de manera general los actos de la administración están dotados de la presunción de legalidad, esa presunción asume un carácter más fuerte en el juicio disciplinario, en el cual el afectado participó de modo activo y determinante en la construcción de la decisión, mediante el ejercicio directo del control de la actividad de la administración, cuando ella se expresa en su fase represiva. Dicho en breve, es propio de la actividad disciplinaria ejercida a la luz del Código de la materia, que el control de las garantías sea la preocupación central del proceso correccional y las decisiones se toman allí con presencia activa y participación del implicado. Por ello, cuando el asunto se traslada mediante demanda contra el acto sancionatorio para que se haga el control judicial en sede Contencioso Administrativa, no cualquier alegato puede plantearse, ni cualquier defecto menor puede erosionar el fallo disciplinario, dotado como el que más, de la presunción de legalidad y acierto, todo desde luego sin perjuicio de la evaluación que se haga en cada caso concreto.

## **2.- El caso concreto.**

La impugnación se ocupó en concreto de destacar los siguientes aspectos de la sentencia del Tribunal: i) No advirtió que la Resolución No. 4743 de 9 de julio de 1998, que suspendió del cargo al demandante, en cumplimiento a una orden de la Fiscalía, no podía pasar por alto la situación del empleado en virtud del fuero sindical, ii) No se percató que el actor ocupaba un cargo de carrera, lo que le otorgaba una relativa estabilidad en su ejercicio, iii) En lo que respecta a las pruebas testimoniales que fueron rechazadas por el incumplimiento de los requisitos legales, y otras, porque fueron allegadas en forma extemporánea, considera que el ente investigador deba acudir al decreto de pruebas oficiosas, actividad que se echa de menos en el presente caso; iv) señala que las acciones penal y administrativa son independientes, y no pueden servir como soporte para la decisión que ha de tomarse en una actuación disciplinaria como lo señala el Tribunal y v) No tuvo en cuenta su condición de aforado y por ende no podía ser desvinculado de la institución sin el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley.

### **2.1.- Sobre el acto de suspensión.**

Como se recuerda, la suspensión no fue dispuesta por la autoridad administrativa demandada, sino que ello fue resultado de la orden específica emitida por la Fiscalía General de la Nación, dentro de un proceso penal<sup>8</sup>, que no debe tomarse como una sanción de carácter definitivo, sino como un retiro temporal. En consecuencia, además de tratarse de un acto de ejecución<sup>9</sup>, el origen de dicho acto es una providencia jurisdiccional que no podía ser juzgada mediante acción de nulidad y restablecimiento

---

<sup>8</sup> No. 1276 seguido en contra del señor Andrés Felipe López Hurtado por el delito de concusión.

<sup>9</sup> La Resolución No. 4743 de 9 de julio de 1998.

del derecho de carácter laboral en sede contenciosa administrativa.

En efecto, los actos jurisdiccionales no tienen control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a menos que se trate de responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, y los artículos 69 y siguientes de la Ley 270 de 1996.

## **2.2.- Sobre el concepto de estabilidad propio de la carrera administrativa.**

Ahora, en cuanto a que el Tribunal no se percató que el actor ocupaba un cargo de carrera, y que ello le otorgaba una relativa estabilidad, carece de razón el impugnante pues no hay precepto de ninguna naturaleza que impida la suspensión de un funcionario de carrera si así lo ordena la autoridad judicial, como tampoco esta prohibida la destitución para los casos en que incurre en violación del régimen de responsabilidad disciplinaria. Por el contrario, las decisiones disciplinarias y penales son causa legal suficiente para que los funcionarios pierdan el privilegio de la carrera que no puede convertirse en fuente de impunidad.

En efecto el artículo 133 del Decreto No. 1572 de 1998 expresamente consagró:

*“Artículo 133º.- El retiro del servicio de los empleados de carrera se produce por cualquiera de las causales determinadas en el artículo 37 de la Ley 443 de 1998 y conlleva el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos inherentes a la misma. De igual manera se produce el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos cuando el empleado tome posesión de un cargo de carrera que deba ser provisto por concurso o cuando se produzca como resultado de incorporación a un empleo no equivalente al anteriormente desempeñado sin que éste haya sido suprimido, casos en los cuales adquirirá el carácter del provisional.”*

A su vez, y en desarrollo del precepto arriba indicado el artículo 37 de la Ley 443 de 1998 estipuló frente al retiro de los empleados que se encuentran inscritos en carrera lo siguiente:

**“Artículo 37º.- Causales.** *El retiro del servicio de los empleados de carrera se produce en los siguientes casos:*

- a. *Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia de calificación no satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral.*
- b. *Por renuncia regularmente aceptada;*
- c. *Por retiro con derecho a jubilación;*
- d. *Por invalidez absoluta;*
- e. *Por edad de retiro forzoso;*
- f. *Por destitución, desvinculación o remoción como consecuencia de investigación disciplinaria;*
- g. *Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;*
- h. *Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para desempeñar el empleo, de que trata el artículo 5 de la Ley 190 de 1995;*
- i. *Por orden o decisión judicial;*
- j. *El personal no uniformado de carrera del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, con excepción de sus entidades descentralizadas, previo concepto favorable de la Comisión de Personal, podrá ser retirado cuando por informe reservado de inteligencia se considere que es inconveniente su permanencia en el servicio por razones de seguridad nacional. En este caso, la providencia no se motivará.”*

### **2.3.- El debate acerca de las pruebas.**

En cuanto a la negativa de decretar el testimonio del señor Víctor Vargas Castillo folio 32, cuaderno número 2, a juicio del Consejo de Estado, no se puede reprochar al ente disciplinario por haber hecho las exigencias de que trata el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil, porque esa regla en cuanto exige la enunciación del objeto de la prueba, la identificación del testigo y su domicilio, busca permitir que se haga el juicio de conducencia y pertinencia, además para que las partes puedan conocer que pretende el peticionario con dicho medio de prueba, lo que garantiza la publicidad y la contradicción. Pero si lo anterior no fuere bastante, observase que ignorándose el objeto de la prueba y su contenido mal podría afirmarse hoy, que la ausencia de esa

prueba resultaba determinante para cambiar el sentido de la decisión.

En lo que concierne al testimonio del señor Víctor Uzuriaga Buitrago, tardía e irregularmente aportado con los alegatos, a juicio de la Sala, la falta de apreciación de dicha prueba no se erige en violación al debido proceso, pues, sabido es que el fallo debe sujetarse a las pruebas regular y oportunamente aportadas al proceso. Por lo mismo, una prueba tardía y fuera de toda posibilidad de publicidad y contradicción, jamás podría ser soporte de la decisión. Pero si lo anterior no fuera suficiente su contenido, en cuanto refleja una retractación de lo rendido bajo juramento, jamás tendría la fuerza de persuasión para desnaturalizar las demás pruebas obrantes en el proceso. En síntesis, la prueba ni se la puede apreciar, ni de su contenido se infiere necesariamente la inocencia o exculpación del implicado, hoy demandante.

En lo que tiene que ver a la omisión del decreto de pruebas de oficio, esa circunstancia, por sí sola, no se constituye en violación al debido proceso, pues se trata de una facultad del Juez, ni puede justificar que el funcionario competente extienda todos los plazos de duración del proceso para continuar buscando indefinidamente algún vestigio que pudiera salvar la responsabilidad del disciplinado. A ello se añade, que no aparece alguna señal de existencia de una prueba totalmente exculpatoria que debiera ser buscada perentoriamente por el funcionario que conoció del juico disciplinario.

#### **2.4.- Sobre el fuero sindical y la responsabilidad disciplinaria.**

No puede admitirse el alegato de la parte demandante, sobre que la existencia del fuero, pueda inhibir la sanción disciplinaria. Tampoco es admisible su reclamo, según el cual la suspensión del cargo,

requería de la autorización del funcionario competente, habida cuenta que la suspensión fue ordenada por una autoridad jurisdiccional y no por el empleador. Resulta insólito que la actuación de la Fiscalía General de la Nación pudiera quedar subordinada al levantamiento del fuero o a la concesión de una autorización. Tómese en cuenta, que la suspensión fue cumplida atendiendo a la orden dispensada en un proceso penal, que no podía ser desacatada por la autoridad demandada.

En lo que atañe al fuero, y a la ausencia de autorización para el retiro, tómese en cuenta que no se trata ni de un despido, ni de un acto del empleador. El fuero está concebido como un instrumento de protección del empleado contra los excesos y abusos del empleador, más no crea una inmunidad frente a las determinaciones que tomen las autoridades jurisdiccionales o disciplinarias. Además esta jurisdicción carece de competencia para juzgar esa materia como tuvo ocasión de decirlo el Consejo de Estado<sup>10</sup>:

*“Como se sabe, el fuero sindical es la garantía de que gozan ciertos trabajadores y empleados, para no ser despedidos o desmejorados en sus condiciones de trabajo, o trasladados, sin la existencia de una justa causa previamente calificada como tal por un juez del trabajo. Tal garantía cubre directamente al servidor aforado, pero su razón de ser es la protección de la organización sindical y del derecho de asociación sindical.*

*Para ello surgen en la legislación dos acciones distintas: Una acción en favor del empleador, consagrada en el artículo 44 de la citada ley, para obtener de un juez laboral la calificación de una causa como justa, en orden a terminar una relación laboral; y otra acción en favor del empleado o trabajador, consagrada en el artículo 49,*

---

<sup>10</sup> SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A", Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO, sentencia del 22 de septiembre de 2005. Radicación número: 25000-23-25-000-2001-09397-01(0843-05). Actor: RAFAEL RAMIREZ MALAVER. Demandado: BOGOTA, D.C. - CONTRALORIA DE BOGOTA

*para obtener el reintegro cuando el fuero sindical ha sido desconocido por el empleador.*

*A tales acciones refiere el artículo 2º de la ley 712 de 2001, cuando asigna su conocimiento a la jurisdicción laboral ordinaria, ellas están sometidas al término de prescripción que el artículo 49 de la misma ley define en dos (2) meses, y se tramitan por el procedimiento especial, que consagran los artículos 44 a 50 de la ley 712 de 2001. Tal procedimiento fue creado en la ley con la agilidad necesaria para proteger, efectivamente, a la asociación sindical en los procesos de retiro del servicio de sus miembros amparados, circunstancia que justifica la exclusión de las acciones de fuero sindical, de los trámites y ritualidades que debe agotar un proceso ordinario que por la duración que demanda su agotamiento, haría teórica la protección de la asociación sindical.*

*Por lo anterior, cuando se trata de una de las dos acciones a las que refiere la ley 712 de 2001 en las condiciones señaladas, esta jurisdicción no es competente para conocer del asunto y así deberá declararlo.*

*En el presente asunto, el actor solicita el reintegro alegando, vicios cuyo conocimiento corresponde indudablemente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y el desconocimiento de las normas de rango superior en que debió fundarse el acto, relativas al fuero sindical. Este último asunto no puede ser conocido por esta jurisdicción ni su trámite se puede cumplir dentro del procedimiento contencioso administrativo ordinario por el que optó el actor en los términos atrás señalados.”*

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub sección “B”, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **FALLA**

**CONFIRMAR** la sentencia proferida el 18 de marzo de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cauca, mediante el cual negó las



pretensiones de la demanda instaurada por Andrés Felipe López Hurtado contra la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Dirección de Impuestos Nacionales “DIAN”.

**Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.**

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

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ    GERARDO ARENAS MONSALVE**

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**