

CADUCIDAD DE LA ACCION - Objetivos. Principios. Configuración

El señalamiento legal de un término de preclusión, dentro del cual sea posible ejercer oportunamente el derecho de acción, es un valioso instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones, de modo general entre los particulares y de modo específico entre los individuos y el Estado. Entonces, el derecho al acceso a la administración de justicia no es absoluto, pues puede ser condicionado legalmente a que la promoción de la demanda sea oportuna y las acciones se inicien dentro de los plazos que señala el legislador, pues la indeterminación y la incertidumbre chocan con los fines del derecho como herramienta para lograr la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones sociales. El término de caducidad, tiene entonces como uno de sus objetivos, racionalizar el ejercicio del derecho de acción, y si bien limita o condiciona el acceso a la justicia, es una restricción necesaria para la estabilidad del derecho, lo que impone al interesado el empleo oportuno de las acciones, so pena de que las situaciones adquieran la firmeza necesaria a la seguridad jurídica, para solidificar el concepto de derechos adquiridos. Por lo mismo, se extingue la jurisdicción del Estado, si es que el interesado ha caído en la desidia al no defender su derecho en la ocasión debida y con la presteza que exige la ley. Bajo esta perspectiva, la Corte Constitucional ha considerado la caducidad como el fenómeno jurídico procesal a través del cual: "(...) el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia."

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencias Corte Constitucional, C-832 de 2001 y del Consejo de Estado, Sección Segunda, Exp. 6871-05, M.P. Tarsicio Cáceres Toro.

PROCESO DISCIPLINARIO - Contabilización del término de caducidad a partir del acto de ejecución / CADUCIDAD DE LA ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Conteo del término a partir de la ejecución de la sanción disciplinaria / EJECUCION DE LA SANCION DISCIPLINARIA - Término a partir del cual se cuenta la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho

En sentencia de 15 de febrero de 2007, con ponencia de la Dra. Ana Margarita Olaya Forero, se reiteró claramente el criterio de que la notificación del acto de ejecución es el hito inicial para contar el término de caducidad a que alude el artículo 136 del C.C.A. Se dijo entonces: "El acto de ejecución si bien es conexo al acto sancionatorio no forma parte del mismo, ya que, se repite, es un mero acto que ejecuta la medida y ni crea ni modifica ni extingue situación jurídica alguna del disciplinado. Tal situación queda definida en casos como el que ocupa la Sala con la decisión de la Procuraduría General de la Nación. Sin embargo, la única connotación que la jurisprudencia le ha dado al denominado acto de ejecución tiene que ver para el cómputo del término de caducidad, pues éste se cuenta a partir de su ejecución, en aras de propiciar una efectiva protección al disciplinado, aclarando sí, que la eventual nulidad de las resoluciones sancionatorias implicaría,

necesariamente, la pérdida de fuerza ejecutoria del Decreto de ejecución expedido por el Presidente de la República al desaparecer sus fundamentos de hecho y de derecho. Así se expresó la Sala en sentencia fechada el 14 de noviembre de 1995, Expediente No. 7200, Actor: RAUL GARCIA URREA, Consejero Ponente: Dra. CLARA FORERO DE CASTRO, cuando dijo "... (...). En estas condiciones, la impugnación contra el fallo, en cuanto le acusa de violar el artículo 136 del C.C.A., carece de vocación de éxito, pues según las voces del citado artículo, la acción de restablecimiento del derecho caduca al cabo de cuatro meses contados a partir de la ejecución de la sanción, y no de la notificación de la providencia sancionatoria, ni de la resolución del recurso de reposición interpuesto contra ella. En el caso concreto la sanción se ejecutó el 28 de septiembre de 2004, fecha de expedición de la Resolución No. 1759, de la Presidencia de las Cámara de Representantes y la demanda que abrió el proceso contencioso administrativo se presentó el 16 de julio de 2004, de lo cual se sigue que no operó el fenómeno de caducidad de la acción.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136

PROCESO DISCIPLINARIO - Control Contencioso Administrativo. Limitaciones y restricciones / PROCESO DISCIPLINARIO - Protección de garantías básicas. Debido proceso y doble instancia / CONTROL JURISDICCIONAL DE LA FUNCION DISCIPLINARIA - Alcance

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, lo que 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. No obstante, el control judicial 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. Al respecto, la Sala se permite evocar lo dicho en el fallo de 3 de septiembre de 2009 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. 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 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. Como puede verse, es propio de esta actividad específica de la administración 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 la forma consagrada 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.

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, Exp. 4980-05, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

FALTAS DISCIPLINARIAS - Clasificación. Continuas e instantáneas / PRESCRIPCIÓN EN PROCESO DISCIPLINARIO - Falta continuada e instantánea / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA - Momento a partir del cual se contabiliza

En el presente caso, el debate sobre la prescripción depende de la naturaleza de la falta que originó la sanción disciplinaria impuesta. De modo general, cuando se trata de faltas de designio permanente o continuado, es decir, cuando la lesión del bien jurídico protegido por la norma sancionatoria se prolonga en el tiempo, la prescripción opera de una manera, mientras que cuando el acto sancionable se agota de modo instantáneo, en un sólo momento, la forma de fijar el primer día del término de prescripción opera de manera diferente. Dicho simplemente, la prescripción se desencadena, luego de que la acción reprimible se agota en sí misma, pero esto último ocurre de modo diferente cuando el delito o la falta perseveran y se prolonga en sus efectos a lo largo del tiempo. Las faltas de carácter continuado, permanente o sucesivo, son una verdadera situación delictual, que en tanto se prolonga en el tiempo, mientras sigue lesionando los bienes jurídicos que la norma protege, hasta tanto no se altere la situación que abrió el camino a ese estado de cosas trasgresor de la legalidad y ofensivo de importantes bienes jurídicos. El dilema que apareja la decisión de este caso, atañe a determinar desde cuándo comienza el término de prescripción para las faltas disciplinarias calificadas como de mera conducta, por oposición a las de resultado, diferencias conceptuales que son hechas para los delitos, pero que desde luego son válidas para las trasgresiones del régimen disciplinario. Es sabido que en algún tipo de conductas es necesario que a la acción ejecutada, le siga un resultado diferenciable en el espacio o en el tiempo. Por el contrario en los delitos de mera actividad ello no es necesario. Esta es una cuestión compleja en aquellas faltas en las que entre la manifestación de la voluntad del autor y el resultado, media una separación temporal o espacial de cierta importancia.

RECOMENDACION DE CONGRESISTA AL CONTRALOR - Falta disciplinaria continuada o permanente

A juicio de la Sala, la falta prevista en el numeral décimo de artículo 268 de la Constitución, no es de carácter instantáneo, pues la posición privilegiada del sujeto activo calificado que emite la recomendación, crea un estado o situación ilegal que se prolonga en el tiempo; es decir, sus efectos se mantienen sobre quien es influido con la recomendación, todo el tiempo que la pueda cumplir, en este caso mientras el destinatario de la recomendación se mantenga en el cargo, esto es, durante el periodo constitucional o antes si esta fue atendida como ocurrió en el presente asunto. Por supuesto que mientras la persona que recibe la influencia indebida, en este caso el Contralor, conserve la capacidad de cumplir la exigencia que se le hace, la falta disciplinaria conserva potencialidad de daño al bien jurídico protegido, esto es la investidura de los dos funcionarios, la transparencia y la moralidad pública. Debe tomarse en cuenta que la falta prevista en el artículo 268 numeral 10º de la Constitución, es una falta de sujeto activo calificado en tanto solo puede ser cometida por quien tiene la investidura de Congresista, es decir, en ella no puede incurrir cualquier persona, sino quien tiene la investidura parlamentaria, posición que le otorga una preeminencia para influir sobre otros servidores públicos. La recomendación, como expresión de poder de quien la emite, crea en el ánimo del receptor un resultado que se mantiene en el tiempo y que persevera pertinazmente en el ánimo del funcionario. Esa prolongación de la irregularidad de la conducta incrementa su fuerza, si la sugerencia se hace mediante un vehículo documental que permanece en el tiempo y persevera como testimonio de la recomendación emitida.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 268 NUMERAL 10

FALTAS DISCIPLINARIAS - Bienes jurídicos protegidos. Individuales, supraindividuales, institucionales, colectivos y de control

Es menester examinar el bien jurídico protegido por la norma que consagra la prohibición. Sobre ese particular ha de recordarse que hay varios tipos de bienes jurídicos que son protegidos por las normas que establecen las faltas y los castigos. En la doctrina, así como hay bienes jurídicos individuales, por ejemplo, la propiedad, la salud o la vida, hay otra categoría de bienes jurídicos que son conocidos como bienes supraindividuales. Así, Juan Bustos Ramírez sostiene que: (...) . De esta manera “surgen los bienes jurídicos referidos al funcionamiento del sistema, los cuales toman en cuenta las relaciones sociales básicas dentro del propio sistema, y por lo mismo, son configuradores del orden social. Estos nuevos bienes afectan a la masa, al colectivo.” En ese contexto los bienes jurídicos institucionales “atienden a establecer vías o procedimientos organizativo-conceptuales para asegurar los bienes jurídicos personales”, es el caso de los delitos contra las instituciones, la administración de justicia, la fe pública, los recursos naturales, la libre competencia, la transparencia de la administración pública, las garantías constitucionales, etc. Los bienes jurídicos colectivos se refieren a la satisfacción de necesidades de “carácter social y económico, están en relación a la participación de todos en el proceso económico-social...”. Por último, los bienes jurídicos de control “son aquellos referidos “a la organización del aparato estatal, para que éste se pueda cumplir sus funciones”; en entre los que destacan los delitos contra la autoridad, los delitos contra la seguridad interior y exterior, etc.”

SANCION DISCIPLINARIA EN RECOMENDACION POR NOMBRAMIENTO EN CARGOS PUBLICOS - Conteo del término a partir del nombramiento / RECOMENDACION POR NOMBRAMIENTO EN CARGOS PUBLICOS - Sanción disciplinaria. Término

Desde la perspectiva de los bienes jurídicos supraindividuales, cuando se emite una recomendación como la que reveló la investigación disciplinaria, se produce una evidente lesión a los principios de transparencia y eficacia que deben inspirar la administración pública, lo cual tiene incidencia en la conceptualización de la modalidad de la conducta. Por todo ello la lesión a la confianza pública se mantiene en el tiempo, mientras no sea eficientemente retirada, pues en el caso presente el destinatario de la recomendación está en el peligro permanente de atender, la recomendación, como aquí efectivamente aconteció, con la natural trasgresión de los valores y principios arriba señalados. Puestas en esta dimensión las cosas, no cometió yerro alguno la Procuraduría General de la Nación, cuando negó que la prescripción se pudiera contar desde cuando se emitió la recomendación, y sí desde cuando ella fue atendida por el Contralor General de la República, proveyendo los nombramiento, forma de computar el fenómeno extintivo que necesariamente llevaba a negar el reclamo puesto en esta materia. Por consiguiente, el error sobre la dogmática penal y disciplinaria que ilustra la modalidad de la conducta, reside en el Tribunal y no en la Procuraduría General de la Nación, puesto que un delito de mera actividad o de mera conducta, también puede ser permanente según se ha visto y se desprende de la cita que acaba de hacerse, en tanto la falta sea creadora de una situación ilegal que se prolonga en el tiempo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 INCISO 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 268 NUMERAL 10

PLIEGO DE CARGOS - No hay indeterminación al consignarse condiciones generales que concretan la conducta / RECOMENDACION - No hay indeterminación en el pliego de cargos

El Tribunal echó de menos que en el pliego de cargos se hubiera consignado el momento preciso de ejecución de la conducta. Lo dicho a propósito de que la conducta a pesar de ser de mera actividad puede ser permanente, señala que no hay indeterminación en el pliego de cargos, pues en él se fijó como límite máximo el de la designación de los recomendados. El artículo 163 del Código Disciplinario Único consagra lo siguiente: "Artículo 163. Contenido de la decisión de cargos. La decisión mediante la cual se formulen cargos al investigado deberá contener: 1. La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó. ". Por consiguiente, carece de razón el Tribunal en la forma en que aplica la norma antes citada, porque en la imputación se consignen "las circunstancias de tiempo modo y lugar" en que se ejecutó la conducta, lo que no equivale a indicar un día y una hora, ni el lugar específico, sino las condiciones generales que permitan concretar la conducta, exigencias que en el caso presente fueron cumplidas y no menguaron las posibilidades de defensa del inculpado.

FUENTE FORMAL: CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - ARTICULO 163

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., siete (7) de octubre de dos mil diez (2010).

Radicación número: 25000-23-25-000-2004-05678-02(2137-09)

Actor: JOSE DARIO SALAZAR CRUZ

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION Y CONGRESO DE LA REPUBLICA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la Sentencia proferida el 6 de diciembre de 2007, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D", mediante la cual declaró la nulidad de los fallos disciplinarios proferidos contra José Darío Salazar Cruz, y negó las demás pretensiones elevadas por el mismo demandante contra la Nación - Procuraduría General de la Nación y el Congreso de la República.

LA DEMANDA

JOSÉ DARÍO SALAZAR CRUZ en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- El fallo de única instancia proferido el 28 de enero de 2004 por el señor Viceprocurador General de la Nación, por medio del cual, entre otras determinaciones, declaró responsable disciplinariamente al demandante de *"la conducta de recomendar, prohibida por el artículo 268, numeral 10 de la Constitución"*, habiendo incurrido por tanto en falta disciplinaria *"por violar el deber de cumplir la Constitución conforme a lo previsto en los artículos 38 y 40, numeral 1º de la Ley 200 de 1995..."*.
- El proveído de 27 de febrero de 2004, que resolvió varios recursos de reposición interpuestos contra el fallo de 28 de enero de 2004, entre ellos la impugnación intentada por el ahora demandante.

- La providencia de 13 de abril de 2004, que decidió varias solicitudes de prescripción de la acción disciplinaria, entre ellas la promovida por el señor José Darío Salazar Cruz.
- El proveído de 13 de julio de 2004, a través del cual se resolvió sobre las solicitudes de nulidad, prescripción y revocatoria, presentadas por el aquí demandante junto con otros sujetos comprometidos en la investigación disciplinaria.

Mediante el escrito que obra al folio 441 del cuaderno principal, el actor adicionó la demanda, para reclamar la nulidad del siguiente acto:

- Del artículo 2º de la Resolución No 1759 de 28 de septiembre de 2004, expedida por la Presidenta de la Cámara de Representantes, en cuanto hizo efectiva la sanción de multa impuesta al señor José Darío Salazar Cruz por la Procuraduría General de la Nación.

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

- Se disponga comunicar a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, a fin que se hagan las anotaciones correspondientes en la hoja de vida del demandante, lo mismo que a la Presidencia de la Cámara de Representantes.
- Se ordene reintegrar en beneficio del actor, José Darío Salazar Cruz, la suma de dinero que le fue descontada por concepto de la multa que le impuso la Procuraduría General de la Nación, o sea la cantidad de \$4.015.485, cifra que debe ser indexada.
- Se ordene a la entidad demandada dé cumplimiento a la Sentencia en los términos señalados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

En caso de no prosperar la pretensión de nulidad de la Resolución No. 1759 de 28 de septiembre de 2004, por ser un acto de ejecución no susceptible de ser demandado, reclamó el demandante su inaplicación.

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

La Procuraduría General de la Nación, mediante el fallo de 28 de enero de 2004, declaró al demandante disciplinariamente responsable por la conducta consistente en recomendar personas para la provisión de cargos en la Contraloría General de la Nación, esto es, por violar el deber de cumplir la Constitución; por este motivo al demandante le fue impuesta una sanción de multa equivalente a cuarenta y cinco días del salario devengado en el año 1999.

Por virtud del fallo de 27 de febrero de 2004, se modificó la base salarial a tomar en cuenta para calcular la multa, como ella fuera impuesta en fallo de 28 de enero de 2004, y en su lugar se fijó el salario básico, como referente de la liquidación; así mismo, se revocó la sanción accesoria de inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos.

Posteriormente, mediante la providencia del 13 de abril de 2004, la entidad demandada negó al accionante la declaratoria de prescripción solicitada por éste.

Posteriormente, a través de la providencia del 13 de abril de 2004, la entidad demandada negó al accionante la declaratoria de prescripción solicitada por éste.

El 13 de julio de 2004, tras otro intento propiciado por el demandante, rechazó sendas peticiones de nulidad, revocatoria y prescripción de la acción disciplinaria.

La Secretaria de la Viceprocuraduría General de la Nación, mediante el Oficio S. V.P. 456 de 3 de agosto de 2004, remitió a la Presidencia de la Cámara de Representantes, copia de las decisiones disciplinarias tomadas, para que se ejecutara la sanción impuesta mediante el fallo de 28 de enero de 2004.

La Presidenta de la Cámara de Representantes, expidió la Resolución No. 1759 de 28 de septiembre de 2004, para dar cabal cumplimiento al mencionado fallo.

El demandante afirma que su demanda fue presentada dentro del término establecido por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, es decir, dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha en que se produjo la notificación del último proveído que

resolvió el recurso de reposición, recaído sobre puntos nuevos no previstos en la decisión recurrida en una reposición anterior.

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 6º, 13 y 29.

De la Ley 57 de 1887, el artículo 7º.

De la Ley 734 de 2002, los artículos 6º, 29, numeral 2º, 30, y 119.

Del Código de Procedimiento Civil, los artículos 314, numeral 5º y 348 inciso 3º.

A juicio del demandante, la Procuraduría General de la Nación, para hacer el cómputo de la prescripción de la acción disciplinaria, tomó *"el día inmediatamente anterior al nombramiento"* de las personas supuestamente recomendadas por el señor José Darío Salazar Cruz. Dicho de otro modo, como no había prueba sobre el día en que se hizo la supuesta recomendación, pues todo estaba rodeado de las dudas, se tomó en cuenta la víspera de la designación de los recomendados, sin ver que esa indeterminación sobre la época en que se produjo la gestión ilegal de recomendar debía resolverse a favor del sujeto sometido a la acción disciplinaria.

Para la Procuraduría General de la Nación, la falta disciplinaria investigada era de mera conducta y no de resultado; no obstante, en providencias de 27 de febrero, 13 de abril y 13 de julio de 2004, esa entidad determinó erradamente que la falta era permanente, para lo cual argumentó que la estructuración de la conducta surgió en el momento en que los Congresistas intercedieron ante el Contralor General de la República, para que proveyera la designación de los candidatos sugeridos por ellos, con abstracción del resultado, sin reparar que la misma entidad había resaltado la importancia de la eficacia de la gestión, todo lo cual tiene incidencia para contabilizar el término de prescripción.

La fecha desde la cual cuenta el término de prescripción de la acción disciplinaria, debía fijarse como anterior o al menos coetánea al nombramiento del Doctor Guillermo Rodríguez Lourido, designación acaecida el 17 de diciembre de 1998, pues no existía prueba alguna que permitiera afirmar que tres personas habían sido recomendadas por el accionante en fechas diversas, puesto que todo indicaba que las hojas de vida de estos candidatos habían sido recibidas simultáneamente, razón por la cual no podía entenderse que la recomendación se

había prolongado hasta el 4 y 18 de marzo de 1999, como lo sostuvo equivocadamente la demandada.

Prosigue el demandante afirmando que la violación de las normas señaladas tuvo lugar de la siguiente manera:

Del artículo 6º de la Constitución Política, en cuanto las autoridades respectivas se negaron a declarar la prescripción de la acción, yerro que es fruto de una inadecuada interpretación de la prueba recaudada.

Del artículo 13 de la Constitución Política, porque el Estado no promovió las condiciones para que la igualdad fuera real y efectiva, pues al accionante se le negó el goce de los derechos que le eran otorgados por la ley, de modo específico la aplicación de la prescripción de la acción disciplinaria.

El artículo 29 de la Constitución Política, en la medida que la entidad demandada al dictar el fallo de 28 de enero de 2004, ya había perdido la competencia para emitirlo, por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción.

El artículo 6º del Código Disciplinario Único, por no observar las normas que determinan la ritualidad del proceso.

El artículo 9º *ibídem*, porque pese a existir duda razonable frente a la fecha en que tuvo ocurrencia la presunta falta disciplinaria, esta no se resolvió en favor del disciplinado.

El artículo 29 C.D.U., al no tener como causal de extinción, la prescripción de la acción disciplinaria.

El artículo 30 de la misma obra, por cuanto la prescripción de la acción tuvo lugar el 17 de diciembre de 2003, al haber transcurridos cinco años desde el 17 de diciembre de 1998, por tratarse de una falta de mera conducta.

El artículo 119 del C.D.U., en la medida que las decisiones disciplinarias quedan en firme tres días después de la última notificación. Así, el fallo de 28 de enero de 2004, fue objeto del recurso de reposición por ser de única

instancia, y éste resuelto por proveído de 27 de febrero, que a su vez fue igualmente objeto de recurso por contener nuevos, decidido mediante la providencia de 13 de abril del mismo año, de modo que es éste último acto el que cambia la ejecutoria de la decisión.

Se violó el numeral 5º del artículo 314 del C.P.C., pues la Procuraduría tuvo por notificado el proveído del 27 de febrero de 2004, en la medida que cada sujeto procesal se iba enterando personalmente, cuando se debe tomar en cuenta la última notificación que al efecto se haga, lo que para el caso ocurrió el 15 de marzo de 2004, cuando se fijó el correspondiente edicto, habiéndose extendido el término hasta el día 17 siguiente del mismo mes.

Mediante el escrito que obra al folio 441 del cuaderno principal, el actor adicionó la demanda, para lo cual advirtió que *“tratándose de actos complejos, como los que originan la presente adición de demanda, pues son las consecuencias del fallo disciplinario demandado, así como de las demás decisiones que lo complementan, por medio de las cuales la Procuraduría General de la Nación, le impuso sanción de multa al doctor José Darío Salazar Cruz, sanción que se consolidó en la resolución No. 1759 de 28 de septiembre de 2004, proferida por la Presidencia de la Cámara de Representantes, resulta obvio que se está dentro de la oportunidad legal para la formulación de la presente adición de la demanda, teniendo en cuenta que la demanda primigenia se instauró desde el 16 de julio de 2004, es decir, con mucha anterioridad a la expedición de la mencionada resolución, caso en el cual para todos los efectos, la adición se integra a la demanda inicial, según lo tiene establecido la jurisprudencia del H. Consejo de Estado en numerosas decisiones, (...)”*.

Con estos nuevos planteamientos la parte demandante pretendió extender el objeto de la controversia.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La Procuraduría General de la Nación, en su oportunidad, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, para ello invocó los siguientes argumentos (Fl. 452 a 461):

No hay duda de que la conducta existió, tal cosa no se discute, hubo la falta y esa es la sanción derivada de la responsabilidad del demandante, el debate se traslada entonces a determinar si aconteció el fenómeno de la prescripción de la acción disciplinaria, como argumenta la parte demandada.

El examen del expediente muestra, folio 149 del fallo disciplinario de 28 de enero de 2004, que se atribuyó a la conducta la categoría de falta de mera conducta, es decir que con la sola recomendación dirigida al Contralor General de la República, buscando el nombramiento de terceros en esta entidad de control, se configuró la falta, con abstracción de si finalmente hubo las designaciones sugeridas.

Invoca la demandada la clasificación del derecho penal, aplicable al derecho disciplinario, según el cual los tipos pueden ser: de mera conducta, de resultado, conducta instantánea, conducta permanente, de acción, omisión, abiertos y cerrados. La dogmática tiene establecido que en las acciones de mera conducta no exigen para su configuración la modificación del mundo exterior, las de ejecución instantánea, se caracterizan porque el comportamiento descrito se agota en un sólo acto, mientras que las de conducta permanente se prolongan en el tiempo.

Con apoyo en esa clasificación de las faltas, el hoy demandante incurrió en una conducta que se ejecutó en forma continua, pues no se limitó al acto de remitir o entregar hojas de vida, sino al respectivo seguimiento y control para que el resultado positivo se materializara, esto es, que mientras estuvieran las hojas de vida en poder del señor Contralor General de la República, era evidente la pervivencia de la recomendación.

Establece el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, que el término de prescripción, contabiliza para las faltas instantáneas, desde el día de su consumación; en el presente caso, como la conducta fue ejercida de manera permanente, se tiene como día de ejecución, el 19 de marzo de 1999, fecha en que se hicieron los nombramientos de las personas recomendadas.

De otro lado, en lo que toca con la caducidad de la acción, la Procuraduría General de la Nación hace las siguientes consideraciones: El proceso disciplinario se tramitó en única instancia, contra el fallo sancionatorio dictado el 28 de enero de 2004, era procedente el recurso de reposición, así lo prevé el artículo 113 de la

Ley 734 de 2002; interpuesto tal recurso por el sancionado, se decidió el 27 de febrero de 2004, mediante auto no susceptible de otro recurso, por lo que con su expedición quedó agotada la vía gubernativa. Con sujeción a lo previsto en el inciso 2º del artículo 119 de la Ley 734 de 2002, expedida la decisión que resolvió el recurso de reposición quedó en firme la decisión recurrida, no obstante, sus efectos cuentan desde la fecha en que se hiciera la notificación al procesado, lo que ocurrió el 3 de marzo de 2004.

Así las cosas, la ejecutoria del auto que impuso la sanción, se produjo dentro del término de prescripción, por lo cual no operó la extinción de la acción disciplinaria por el paso del tiempo.

El debate se desplazó luego, dice la Procuraduría, al estudio del auto proferido el 13 de abril del 2004. El demandante reclama se tome en cuenta que contra el auto de 27 de febrero 2004, que resolvió un recurso de reposición, se interpuso nuevamente otro recurso de la misma índole, en la medida en que, según el dicho del demandante, el auto que resolvió la reposición inicial contenía puntos nuevos.

Como conclusión de lo antes dicho, para el actor, el auto de 13 de abril de 2004, mediante el cual se resolvió el segundo recurso de reposición, esto es el interpuesto contra el auto que resolvió la reposición inicial, es la verdadera providencia con la cual se agotó la vía gubernativa, y desde ese momento, 13 de abril de 2004, se ha de contar el término de caducidad. A juicio de la demandada, Procuraduría General de la Nación, esta conclusión es absurda, pues el procedimiento disciplinario regulado en la Ley 734 de 2002, no permite la interposición de un recurso de reposición contra el auto que resuelve uno de su misma especie. Si contra el fallo de única instancia se interpuso un recurso de reposición, resuelto este, no es posible una nueva impugnación de la misma índole, contra el auto que decidió la primera reposición. Además, en el auto de abril 13 de 2004, la Procuraduría determinó que la sanción quedó en firme antes de que se consumara el término de prescripción. El auto de 27 de febrero de 2004 y su notificación, cerraron la actividad disciplinaria. Añade que este auto no dispone la corrección, ni hace aclaración o adición, según los términos del artículo 121 C.D.U. Así las cosas, la providencia emitida el 13 de abril de 2004, carece de influjo en el agotamiento de la vía gubernativa, y en la ejecutoria del fallo disciplinario, menos para determinar el inicio del término de caducidad. Añade la demandada que los actos proferidos por la Procuraduría General de la Nación los días 13 de abril de 2004 y 13 de julio del mismo, son respuesta a las actuaciones

dilatorias de los investigados, pues la actuación ya estaba culminada, por lo menos para quienes en ese entonces se habían notificado del fallo de única instancia y del auto que resolvió el recurso de reposición contra el mismo. Es inaplicable el artículo 348 del C.P.C., que permite interponer recurso de reposición contra un auto que resuelve otro del mismo linaje, cuando contenga puntos no decididos en el anterior, toda vez que en materia disciplinaria existe norma especial que prima en su aplicación, así el artículo 113 C.D.U., no contempla el supuesto de los "*puntos nuevos*". Por lo demás, en estricto sentido no existen tales "*puntos nuevos*" en la decisión que resolvió el inicial recurso de reposición.

Por otra parte, planteó la parte demandante que la ejecutoria del fallo exige la notificación a todos los implicados en el proceso disciplinario. A juicio de la demandada la ejecutoria del fallo no estaba supeditada a la notificación del mismo a todos los sujetos vinculados, pues aquí no hay unidad de parte, a la manera de un "*litisconsorcio necesario*" del derecho civil, de modo que siendo la responsabilidad disciplinaria personal e individual, las relaciones dentro de la acción son así mismo individuales, aunque se surtan dentro de un proceso con pluralidad de sujetos investigados. Es más, nótese que la situación de cada sujeto investigado puede ser distinta, al punto que cada uno de ellos podría ser absuelto, o sancionado, y entre los sancionados el castigo ser de diversa intensidad. Entonces, el fallo sancionatorio adquirió ejecutoria de manera individual para cada sujeto, según las fechas de la notificación singularmente hechas. De esta forma, resulta palmaria la impertinencia de las normas del Código de Procedimiento Civil invocadas en la demanda, dado que el procedimiento disciplinario tiene normas especiales que le son aplicables de manera excluyente.

La demandada insiste en la caducidad de la acción, con apoyo en el artículo 135 C.C.A., pues a su juicio el término de caducidad comienza con la ejecutoria del acto que agota la vía gubernativa. En este caso, el fallo sancionatorio quedó en firme para el demandante el día 3 de marzo de 2004, fecha en que fue notificado su apoderado del auto que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el fallo de única instancia, según lo previsto en el artículo 119 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con la Sentencia C-1076 de 2002. El numeral 2° del artículo 136 del Decreto Ley 01 de 1984, establece varios modos de contar el

término de caducidad, vinculados a la publicación, la notificación, la comunicación o la ejecución del acto, según cada caso. Aquí, el evento determinante es la notificación del acto demandado, acto con el cual quedó agotada la vía gubernativa. Es claro entonces para la demandada, que la ejecución de la sanción decretada por el Tribunal, no es el acto que finaliza la actuación disciplinaria, ni con él se agotó la vía gubernativa. En conclusión, la demanda fue presentada el 16 de julio de 2004, es decir, más allá de los cuatro meses contados desde la notificación del acto con el cual quedó agotada la vía gubernativa.

Plantea la parte demandada que si se pretende contabilizar el término de caducidad a partir del acto de ejecución de la sanción, la demanda es inepta, porque para ser coherentes dicho acto debió ser demandado de manera expresa, junto con los actos que impusieron la sanción.

Señala la parte demandada la legalidad de los actos demandados, pues en el proceso disciplinario se respetaron cabalmente las garantías procesales relacionadas con el decreto, aducción y valoración de pruebas, se surtieron las etapas procesales, recursos, derechos y hubo plenas garantías de los investigados.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia de 6 de diciembre de 2007, accedió a las pretensiones de la demanda, en lo que concierne a la pretensión de nulidad de las decisiones sancionatorias, en lo demás, negó los reclamos puestos en la demanda. La sentencia ahora recurrida está fundada en las siguientes consideraciones (Fls. 568 a 598):

Para el Tribunal, el término de caducidad para demandar los actos administrativos que imponen una sanción disciplinaria, se cuenta, según el caso, desde los actos de publicación, notificación, comunicación o ejecución. Para el *a quo*, la ejecución es el límite máximo, en razón de su conexidad con los demás actos, de manera que si para efecto de adecuar la proposición jurídica se requiere demandar todos y cada uno de los actos relacionados con el asunto, no es menos cierto, que para la caducidad el término no puede fraccionarse respecto de unos y otros. Sin embargo, a elección de actor, este podrá hacer uso de la acción de acuerdo a su

interés, entendiéndose como último plazo aquel que se inicia con la ejecución de la sanción disciplinaria. Así, al haber sido interpuesta la demanda el 16 de julio de 2004, adicionada el 18 de octubre de 2005, se encontraba el demandante dentro del término para demandar los actos, tanto de ejecución, como los proferidos por la Procuraduría General de la Nación, que determinaron la sanción disciplinaria.

Fue planteada la excepción de ineptitud formal de la demanda, consistente en no haber demandado de forma expresa el acto de ejecución, y pretender la declaratoria de nulidad de los actos de manera genérica, el Tribunal negó esa excepción, con el argumento que si bien en la demanda primigenia el accionante sólo acusó las Resoluciones proferidas por la Procuraduría General de la Nación referentes a la imposición de la sanción disciplinaria, también es cierto que mediante escrito de fecha 18 de octubre de 2005, adicionó la demanda incluyendo dentro de sus pretensiones la declaratoria de nulidad de la Resolución No.1759 de 28 de septiembre de 2004, proferida por la Presidenta de la Cámara de Representantes, por medio de la cual se ejecutó la sanción disciplinaria, con lo cual se encuentra que la demanda se ajustó a los parámetros del artículo 138 del C.C.A., en tanto comprende la impugnación de todos los actos.

El *a quo* descartó la supuesta ineptitud de la demanda, por haber demandado genéricamente actos que comprometen a un número plural de personas. Argumentó a este propósito que la providencia si bien se refiere pluralmente, en virtud de la unidad jurídica de los hechos y el material probatorio, la argumentación y la valoración respectiva comprende sólo las pretensiones formuladas en la demanda, en virtud de la justicia rogada que caracteriza esta jurisdicción y que la situación de cada persona comprometida es individualizable.

Respecto de la excepción de legalidad de los actos demandados, consistente en la conformidad del trámite con las garantías constitucionales y legales, El Tribunal además de que no se halló impedido para proferir sentencia de mérito, desechó los argumentos planteados lo que apenas tuvo como alegaciones de la defensa que carecían de vocación de prosperidad.

Ya en el fondo, admitió el Tribunal que si bien existía una lista de contactos, de la cual se podía deducir la posible comisión de la conducta tipificada en el numeral 10º del artículo 268 de la Constitución Política, no había un referente que pudiera

establecer la conexión entre la conducta tipificada y la responsabilidad del demandante.

En su criterio, correspondía a la Procuraduría General de la Nación recaudar el material probatorio idóneo para acreditar la relación de causalidad entre el hecho generador y el resultado, sin embargo, se observa que la entidad demandada, pese a haber recibido declaraciones de las personas involucradas, y haber allegado pruebas de contenido documental, tales como oficios, apartes de los periódicos, y actas de las visitas efectuadas, entre otros, al momento de adecuar la conducta, no sustentó sus conclusiones en hechos comprobados, sino en simples suposiciones o conjeturas.

A juicio del *a quo*, la Procuraduría General de la Nación, otorgó plena credibilidad a la declaración rendida por Rafael Saade Vergel, y de ahí derivó la responsabilidad del inculpado, pero descartó las demás pruebas que de una o otra manera controvertían la veracidad de algunas de sus afirmaciones. Hace énfasis el Tribunal, en que el testigo Rafael Saade Vergel, en la nota del 6 de enero de 2004, se retractó de lo dicho primigeniamente en contra del investigado.

Para el Juzgador de Primera Instancia la autoridad disciplinaria fracasó en su deber de establecer la fecha aproximada de comisión de la conducta y menos pudo determinar un día exacto de los hechos, es decir de la emisión de la recomendación. La procuraduría General de la Nación, a partir de simples suposiciones, consideró como "*perfectamente posible*" que la acción de recomendación hubiera acontecido un poco antes del nombramiento de los apoyados, desconociendo de esta manera el debido proceso y el derecho de defensa.

Siendo la falta disciplinaria "*la incursión en las prohibiciones previstas en la Constitución y la ley*", que para el caso sub lite se concretó en la trasgresión del numeral 10º del artículo 268 de la Constitución Política, cuyo tenor señala: "*[...] Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del Contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en su despacho*", correspondía a la entidad como detentadora del *ius puniendi* del Estado, no sólo identificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se configuró la conducta investigada, sino determinar la naturaleza de la misma, pues siendo la recomendación el elemento normativo que calificaba la

conducta, era apenas evidente que la misma sólo podía tener lugar en el momento mismo en que el disciplinado pusiera en consideración del Contralor o su delegado el nombramiento de personas determinadas en la planta de personal, y no como lo sostuvo la Procuraduría, esto es, que la falta era de mera conducta pero de carácter permanente sin motivación jurídica para esta conclusión, sustentando tal argumento en la connotación del "verbo" que le atribuyó a la acción de recomendar y el carácter transitivo del mismo, que le permitía en su concepto permanecer indefinidamente tanto en el tiempo como en el cambio de titulares de la recepción. Para el Tribunal, la falta descrita en el artículo 268 numeral 10º de la C.P., no es "recomendar", sino "dar" recomendaciones, de lo cual se sigue que la acción que genera el reproche es "dar", verbo ese sí transitivo que se presenta en su modo infinitivo en forma simple, cuya acepción expresada por el investigador no coincide con la definición gramatical, ya que esta clase de verbos, lo que indican es que la acción del sujeto recae en la persona o cosa que es término o complemento, y no el sustantivo abstracto, que se deriva del verbo recomendar.

Para el *a quo*, no cabe duda sobre que se investigó una conducta de ejecución instantánea y la misma se agotó en el acto mismo de "dar", que no es cosa diferente a la acción de entregar o poner en manos de otro algo, que en este caso es la recomendación, que se consuma con la recepción por parte del beneficiario o el destinatario, es decir, el hacer que en la conducta se consuma o se materializa de manera simultánea y en un sólo instante, sin exigir o condicionar su tipicidad a ningún resultado. Por ello, se debe afirmar, salvo que se probaran nuevos hechos sobre la recomendación inicial, que el punto de partida para establecer la fecha de ejecución de la falta, sería el día en que se dio la recomendación por parte del recomendante, con independencia del resultado que la misma pudiera causar en su destinatario o el éxito de tal gestión.

Así las cosas, si la acción disciplinaria prescribe en cinco años contados desde el día de la consumación de la conducta en tratándose de faltas instantáneas, es incuestionable que en el presente asunto la conducta endilgada no se configuró con el nombramiento de los supuestos recomendados, sino con mucha anterioridad. El nombramiento es un acto posterior, porque si bien puede estar determinado por la recomendación, no hace parte de ésta y en consecuencia es innecesario para consumir la falta. Carece entonces la imputación, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, por lo que es injusto para el investigado que la entidad demandada, para fijar la fecha de prescripción, califique la falta

como permanente, cuando el acto de dar la recomendación es instantáneo. Para el Tribunal es inaceptable que se considere, el nombramiento como el "*último acto constitutivo de la infracción*", ya que como se dijo, basta para la consumación de la misma, la acción de recomendar que conlleva el efecto en sí misma, porque no obliga al receptor a realizar o ejecutar lo solicitado, sino que apenas recibe la recomendación.

Con apoyo en los anteriores argumentos, el Tribunal anuló las sanciones disciplinarias impuestas al demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La Procuraduría General de la Nación y la Cámara de Representantes interpusieron sendos recursos de apelación contra la sentencia del *a quo*, impugnaciones que sustentaron con base en los siguientes argumentos (Fls. 606 a 624 y 696 a 699):

La Procuraduría General de la Nación, solicita la revocatoria de la Sentencia para lo cual señala:

No es verdad, como sugiere el Tribunal, que el fallo estuviera fundado en simples suposiciones, sino que se recaudó suficiente material probatorio sobre la responsabilidad de los funcionarios cuestionados.

En la decisión sancionatoria sí se sopesó el argumento de que Rodríguez Laurido, nombrado en la Contraloría el 17 de diciembre de 1998, atribuyó su nombramiento a que era conocido de Carlos Ossa, cuando trabajó en ASOCAÑA, razón por la cual, cuando fue nombrado Contralor, le entregó su hoja de vida, junto con la de Rodrigo Prado y Janeth Fajardo, sin que mediara la gestión de José Darío Salazar Cruz, a quien el nombrado admite conocer desde hace 30 años y frecuentar tanto en la oficina, como en la casa. Rodrigo Prado y Janneth Fajardo, atribuyen su nombramiento a Rodríguez Laurido a quien entregaron sus hojas de vida, y aunque conocen al sancionado desde hace más de 15 años, este no les colaboró para la designación.

A juicio de la Procuraduría General de la Nación, contra lo afirmado por los testigos Rodrigo Prado, Janneth Fajardo y Rodríguez Laurido, se levanta lo dicho

por Saade Vergel, persona encargada directamente por el Contralor General de la República para recibir las recomendaciones y las hojas de vida enviadas por los Congresistas. En sus declaraciones Saade Vergel sindicó al investigado como uno de los congresistas que acudió a su despacho para efectos de gestionar los nombramientos. A juicio del recurrente, Procuraduría General de la Nación, esta declaración merece plena credibilidad, pues no hay duda de la fuerte relación personal del testigo con el Contralor General de la República que hizo las designaciones.

Aseguró que los testimonios favorables al demandante aparecen desvirtuados, no sólo por la declaración de Saade Vergel, sino también por una prueba documental, como son los listados elaborados por el Contralor, en el cual aparece el nombre del Representante a la Cámara José Darío Salazar, a quien según los listados, se le asignó como cuota un cargo grado 9 y un cargo de jefe de unidad. Esta prueba fue corroborada con la designación efectiva del señor Rodríguez Laurido y de los señores Pardo y Mejía y la declaración de Saade Vergel.

Y de nada vale la retractación posterior del testigo Saade Vergel, segunda versión poco creíble a juicio de la Procuraduría General de la Nación, como quiera que en las diligencias del 11 de marzo y el 5 de agosto de 2004, declaró repetidamente bajo la gravedad del juramento todo lo contrario, y además, porque cuando se allegó el escrito de retractación, el periodo probatorio se encontraba vencido, y no podía por tanto ser tenido en cuenta.

Para el recurrente no es cierto que el mes de noviembre de 1998 pueda ser tomado como el tiempo probable de comisión de la conducta endilgada, pues el verbo rector del tipo es "*recomendar*", tal como se halla previsto en el numeral 10º del artículo 268 de la Constitución Política, hecho que da lugar a la falta disciplinaria contemplada en el artículo 38 de la Ley 200 de 1995; por lo tanto, no se trata de un comportamiento de simplemente "*dar*" como lo entendió el Tribunal.

En su criterio, en este caso, la acción tiene naturaleza transitiva, pues despliega sus efectos desde el momento de la recomendación hasta tanto la misma no se revoque o anule o se verifique el nombramiento. Esto es, que va más allá de la

mera acción corporal, ya que la acción recae sobre otro sujeto, que recibe la recomendación, razón por la que son llamadas figuras "*transeúntes*".

Por su parte, la Cámara de Representantes argumenta que el proceso disciplinario observó el ritual previsto en la Ley 734 del 2002, allí, el disciplinado ejerció su derecho de defensa, pudo pedir nulidades oportunamente a través de los trámites incidentales y no lo hizo, es más, sólo ejerció este derecho por fuera del proceso, cuando éste había fenecido.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, solicitó la modificación de la Sentencia, para que en su lugar se declare prescrita la acción disciplinaria y por tanto se acceda a las pretensiones de la demanda, para hacer tal ruego, se apoyó en los siguientes argumentos (Fls717 a 728):

El sancionado, en la demanda con la cual se abrió el proceso, centró su argumentación en el reclamo de prescripción de la acción disciplinaria, aunque se refiere marginalmente a si es cierto o no que recomendó ante el Contralor a las personas que aparecen en el listado.

El Ministerio Público plantea en el escrito de intervención, que a voces del artículo 163 del C.D.U. la decisión mediante la cual se formulan cargos al investigado, deberá contener la indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó la conducta. Entonces, además de la conducta imputada, se debe indicar el tiempo, la forma del proceder y el sitio donde se desplegó el comportamiento reprochado. En el presente caso, al inculpado nada se le dijo acerca del momento en que ejecutó la conducta consistente en "*recomendar*".

A juicio del Ministerio Público, hay error en tomar la conducta en sus efectos hasta el día de la designación, menos si ello afecta la decisión en lo que toca con la prescripción. Distinta es la posición del que recomienda y el que hace la designación. El numeral 10º del artículo 268 de la Constitución Política veda a los miembros de las Corporaciones que intervienen de cualquier modo en la

postulación y elección del Contralor, hacer recomendaciones personales y políticas para empleos en el despacho de este.

De lo anterior se desprende que la irregularidad consiste en hacer la recomendación con exclusión del resultado que esa reprobable gestión pueda tener. Si no fuera así, el tipo sólo se consumaría con el nombramiento, conclusión que no corresponde a la regulación constitucional, pues esta se refiere única y exclusivamente a realizar la recomendación. De modo que, si se desconoce el día en que se hizo la recomendación la conducta se desplegó antes del 17 de diciembre de 1998, porque esta fecha corresponde al último nombramiento que realizó el Contralor Ossa Escobar.

Al Revisar la fecha del fallo de única instancia, se observa que este se profirió el 28 de enero de 2004 y fue notificado al accionante el 3 de marzo de 2004, es decir que ya habían transcurrido más de 5 años, razón por la cual, en este caso a juicio del Ministerio Público, se configuró la prescripción de la acción disciplinaria, de acuerdo lo dispuesto por el artículo 30 del Código Disciplinario Único, que consagra que, para las faltas instantáneas, el término corre desde el día de su consumación, como ya quedó explicado.

Por consiguiente, el Ministerio Público opina que no procedía proveer de fondo sobre la responsabilidad del sujeto disciplinado.

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 la Procuraduría General de la Nación, por medio de los cuales declaró responsable disciplinariamente al demandante.

Para resolver esta controversia, abordará la Sala el estudio de los siguientes aspectos: **1.-** Acerca de la caducidad de la acción contencioso administrativa, **1.2.-** Sobre el momento de inicio del término de caducidad de la acción contenciosa administrativa; **2.-** Sobre la función constitucional atribuida a la Jurisdicción

Contencioso Administrativa, en lo que atañe al control judicial de la potestad disciplinaria.; **3.-** Sobre el momento a partir del cual se cuenta la prescripción de la acción disciplinaria; **4.-** Si hubo los yerros acusados en el trámite disciplinario.

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

- Se allegaron copias de las siguientes providencias proferidas por la entidad demandada; el fallo de 28 de enero de 2004, por el cual se declaró responsable disciplinariamente al demandante (Fls. 5 a 235); la providencia de 27 de febrero de 2004, que desata los recursos de reposición interpuestos contra el fallo de primera instancia (Fls. 251 a 315) y el auto de 13 de abril de 2004, por medio de la cual se resolvieron las solicitudes de prescripción de la acción disciplinaria (Fls. 317 a 325); y por último el auto de 13 de julio de 2004, por el cual se deciden las solicitudes de nulidad, prescripción y revocatoria presentada por algunos servidores sancionados.

- Se aportó copia del escrito por medio del cual se interpuso el recurso de reposición contra el fallo de 28 de enero de 2004 (Fls. 239 a 250).

- Obra copia de los escritos presentados por la parte actora, de fecha 9 de marzo y 19 de marzo de 2004, por medio de los cuales y en su orden, se interpuso el recurso de reposición contra la providencia del 27 de febrero del mismo año, que atañe a "*puntos nuevos*"; y se solicitó la prescripción de la acción disciplinaria en favor del inculpado, hoy demandante en esta acción contencioso administrativa.

- Así mismo, se arrimó el escrito de 21 de abril de 2004, por el cual se impetró la nulidad de todo lo actuado, y así mismo el recurso de reposición contra la providencia del 13 de abril de 2004 (Fls. 330 a 346).

- Copia del edicto, con constancia de fijación del 15 de marzo y de desfijación del 17 de marzo del 2004, por el cual se notificó la providencia del 27 de febrero del mismo año (Fls. 315 y 316).

- Se allegó la Resolución No. 1579 de 28 de septiembre de 2004, expedida por la Presidente de la Cámara de Representantes “*por la cual se hacen efectivas unas sanciones impuestas por la Procuraduría General de la Nación a unos Honorables Representantes*”. (Fl. 410 a 413).

- Se arrimaron las Resoluciones por medio de las cuales se efectuaron los nombramientos provisionales en cargos de la Contraloría General de la República, en concreto, la designación hecha a los señores Guillermo Rodríguez Lourido (17 de diciembre de 1998); Janeth Fajardo Romero (5 de marzo de 1999) y Rodrigo Pardo Prieto (19 de marzo de 1999) (Fls. 497 a 499).

- Obra el Oficio S.P.4.3.1-316-06 del 27 de junio de 2006, originado en la Cámara de Representantes, por medio del cual remite 24 soportes de las diez cuotas por valor de \$401.549.00, que el demandante consignó en la cuenta corriente No. 309-0100000982 del Banco BBVA, por concepto de la multa que le fue impuesta por la Procuraduría General de la Nación. Dichos valores, según se informa, fueron devueltos a la Dirección del Tesoro Nacional de acuerdo a la normatividad existente (Fl. 500).

- Igualmente aparece al folio 563, el Oficio S.P.4.3.1-528-05 del 18 de septiembre de 2006, expedido por el Jefe de Sección de la Pagaduría de la Cámara de Representantes, mediante el cual informa “*que previa revisión de las nominas físicas que reposan en esta Pagaduría, se pudo constatar que el Ex - Representante a la Cámara Doctor José Darío Salazar, no se le encontró ningún descuento por nomina con destino a la entidad ya mencionada.*”

- Se allegaron trece (13) cuadernos en que consta la actuación disciplinaria adelantada ante la Procuraduría General de la Nación.

1.- Acerca de la caducidad de la acción contencioso administrativa.

El señalamiento legal de un término de preclusión, dentro del cual sea posible ejercer oportunamente el derecho de acción, es un valioso instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones, de modo general entre los particulares y de modo específico entre los individuos y el Estado.

Entonces, el derecho al acceso a la administración de justicia no es absoluto, pues puede ser condicionado legalmente a que la promoción de la demanda sea oportuna y las acciones se inicien dentro de los plazos que señala el legislador, pues la indeterminación y la incertidumbre chocan con los fines del derecho como herramienta para lograr la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones sociales. El término de caducidad, tiene entonces como uno de sus objetivos, racionalizar el ejercicio del derecho de acción, y si bien limita o condiciona el acceso a la justicia, es una restricción necesaria para la estabilidad del derecho, lo que impone al interesado el empleo oportuno de las acciones, so pena de que las situaciones adquieran la firmeza necesaria a la seguridad jurídica, para solidificar el concepto de derechos adquiridos. Por lo mismo, se extingue la jurisdicción del Estado, si es que el interesado ha caído en la desidia al no defender su derecho en la ocasión debida y con la presteza que exige la ley.

Bajo esta perspectiva, la Corte Constitucional ha considerado la caducidad como el fenómeno jurídico procesal a través del cual:

“(...) el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia.”¹.

Sobre el particular el Consejo de Estado ha sentado:

“...diferente es la caducidad que afecta directamente el ejercicio de las acciones, y según la cual una vez obtenido el pronunciamiento de la administración, si este es desfavorable a las pretensiones, el interesado tiene la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa a demandarlo dentro del término señalado para cada acción”².

Además, acerca de los fines de la figura, se añade en la providencia ya mencionada que:

“ La justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contencioso administrativas, tiene como fundamento evitar la

¹ Sentencia C-832 de 8 de agosto de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro, sentencia del 23 de febrero de 2006, Radicación No: (6871-05), Actor: Marcos Melgarejo Padilla.

incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de estas acciones, transcurridos los cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general.”.

Entonces, la ocurrencia de la caducidad, de no observarse al momento de la admisión de la demanda³, debe ser declarada en la sentencia y conllevará la declaratoria de falta de uno de los requisitos de procedibilidad de la acción.

1.2.- Sobre el momento de inicio del término de caducidad de la acción contenciosa administrativa.

Se desarrolla en primer lugar este tema, porque de prosperar el alegato hecho en esta materia por los recurrentes, tal reparo sería arrasador y haría innecesario examinar de fondo los demás aspectos de la impugnación.

Recuérdese ahora que el Tribunal juzgó que la ejecución de la sanción disciplinaria es el límite máximo, en razón de su conexidad con los demás actos del proceso disciplinario, de manera que si para efectos de adecuar la proposición jurídica se requiere demandar todos y cada uno de los actos emitidos relacionados con el asunto, no es menos cierto, que para efectos de caducidad el término no puede fraccionarse respecto de unos y otro. Sin embargo, a elección de actor, podrá hacer uso de la acción de acuerdo a su interés, entendiéndose como último plazo aquel que se inicia con la consumación de la sanción disciplinaria. Así, al haber sido interpuesta la demanda el 16 de julio de 2004, adicionada el 18 de octubre de 2005, se encontraba el demandante dentro del término para demandar los actos, tanto de ejecución, como los proferidos por la Procuraduría General de la Nación, que dispusieron la sanción disciplinaria. Así, plantea la parte demandada como soporte del recurso, que los términos de caducidad no deben contarse a partir de la ejecución del acto y que por lo mismo la acción ha caducado, planteamiento que pasa a examinarse enseguida.

A juicio del Consejo de Estado, el criterio esgrimido por el Tribunal en la decisión impugnada atiende en debida forma la jurisprudencia constante de esta Corporación, que a pesar de haber negado el carácter de acto complejo para las sanciones

³ De conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 143 del C.C.A. la caducidad es causal de rechazo de la demanda.

disciplinarias y los actos por los cuales estas se ejecutan, ha reconocido que la caducidad opera de modo diverso a como plantea el impugnante.

Así, en la sentencia de 15 de febrero de 2007, con ponencia de la Dra. Ana Margarita Olaya Forero, se reiteró claramente⁴ el criterio de que la notificación del acto de ejecución es el hito inicial para contar el término de caducidad a que alude el artículo 136 del C.C.A. Se dijo entonces:

“El acto de ejecución si bien es conexo al acto sancionatorio no forma parte del mismo, ya que, se repite, es un mero acto que ejecuta la medida y ni crea ni modifica ni extingue situación jurídica alguna del disciplinado. Tal situación queda definida en casos como el que ocupa la Sala con la decisión de la Procuraduría General de la Nación. Sin embargo, la única connotación que la jurisprudencia le ha dado al denominado acto de ejecución tiene que ver para el cómputo del término de caducidad, pues éste se cuenta a partir de su ejecución, en aras de propiciar una efectiva protección al disciplinado, aclarando sí, que la eventual nulidad de las resoluciones sancionatorias implicaría, necesariamente, la pérdida de fuerza ejecutoria del Decreto de ejecución expedido por el Presidente de la República al desaparecer sus fundamentos de hecho y de derecho. Así se expresó la Sala en sentencia fechada el 14 de noviembre de 1995, Expediente No. 7200, Actor: RAUL GARCIA URREA, Consejero Ponente: Dra. CLARA FORERO DE CASTRO, cuando dijo “... sobre el particular se observa que ciertamente las argumentaciones del a quo reflejan el criterio de la Sala, en el sentido de que los actos mediante los cuales el órgano que en ejercicio del poder disciplinario atribuido por la constitución o las leyes, impone a los funcionarios públicos la sanción de destitución, no conforma con el respectivo acto de ejecución proferido por la autoridad nominadora, un acto complejo. Sin embargo la Sala, rectificando alguna providencia anterior ha dicho también que aunque son actos independientes, es incuestionable la conexidad existente entre ellos, lo que implica que, para garantizar una efectiva protección del derecho de defensa, el término de caducidad deba ser uno sólo para impugnar tanto el acto de ejecución como aquellos que imponen al funcionario la respectiva penalización por faltas disciplinarias, término que comienza a contarse a partir de la notificación o comunicación del acto de ejecución. Así como el conocimiento de los actos proferidos, cuando se acusan en su totalidad, no se fracciona, tampoco debe fraccionarse o contarse separadamente el término de caducidad de la acción procedente contra ellos, que en este caso tiene como juez el Tribunal”. Así las cosas, como se tiene que la fecha en que se ejecutaron los actos administrativos sancionatorios es la del 29 de mayo de 1996 y la demanda fue presentada el 27 de septiembre del mismo año se deduce que se hizo dentro del término previsto en el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A. y por ende, no opero el fenómeno de la caducidad de la acción.”

⁴ Ya se había hecho en otras ocasiones, entre otros precedentes pueden verse las sentencias de septiembre 22 de mil novecientos 1992, radicación número 4193, actor Juan Guillermo Tovar Angulo, Consejera Ponente Dra. Clara Forero de Castro, 26 de marzo de 1999, radicación 3042, actor Jorge Recalde Moran, Sentencia de marzo 7 de 1988. Actor: Luís Bernardo Uribe, expediente R - 108 (201), copiada en el tomo 1a de reconstrucciones de la Secretaría General, página 274.

En estas condiciones, la impugnación contra el fallo, en cuanto le acusa de violar el artículo 136 del C.C.A., carece de vocación de éxito, pues según las voces del citado artículo, la acción de restablecimiento del derecho caduca al cabo de cuatro meses contados a partir de la ejecución de la sanción, y no de la notificación de la providencia sancionatoria, ni de la resolución del recurso de reposición interpuesto contra ella. En el caso concreto la sanción se ejecutó el 28 de septiembre de 2004, fecha de expedición de la Resolución No. 1759, de la Presidencia de las Cámara de Representantes (Fl. 410 a 413) y la demanda que abrió el proceso contencioso administrativo se presentó el 16 de julio de 2004, de lo cual se sigue que no operó el fenómeno de caducidad de la acción.

2.- 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, lo que 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. No obstante, el control judicial 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. Al respecto, la Sala se permite evocar lo dicho en el fallo de 3 de septiembre de 2009⁵ 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

⁵ 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.

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 trámite 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.

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 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.

A pesar de lo dicho, no cualquier defecto procesal está llamado a quebrar la presunción de acierto que blinda los actos de la Administración, cuando ella se expresa en el ejercicio de la competencia correccional y disciplinaria, pues en el proceso disciplinario, está ordenado que se cite a la parte supuestamente agraviada, quien por lo mismo es sujeto esencial en el juicio correccional. 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 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 la forma consagrada 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 valioso en el juicio disciplinario, en el cual el afectado participa 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. Por ello, cuando el asunto se traslada, y emerge el momento de control judicial en sede Contencioso Administrativa, no cualquier alegato puede plantearse, ni cualquier defecto menor puede 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.

3.- Sobre el momento a partir del cual se cuenta la prescripción de la acción disciplinaria.

En el presente caso, el debate sobre la prescripción depende de la naturaleza de la falta que originó la sanción disciplinaria impuesta. De modo general, cuando se trata de faltas de designio permanente o continuado, es decir, cuando la lesión del bien jurídico protegido por la norma sancionatoria se prolonga en el tiempo, la prescripción opera de una manera, mientras que cuando el acto sancionable se agota de modo instantáneo, en un sólo momento, la forma de fijar el primer día del término de prescripción opera de manera diferente. Dicho simplemente, la prescripción se desencadena, luego de que la acción reprimible se agota en sí misma, pero esto último ocurre de modo diferente cuando el delito o la falta perseveran y se prolonga en sus efectos a lo largo del tiempo. Las faltas de carácter continuado, permanente o sucesivo, son una verdadera situación delictual, que en tanto se prolonga en el tiempo, mientras sigue lesionando los

bienes jurídicos que la norma protege, hasta tanto no se altere la situación que abrió el camino a ese estado de cosas trasgresor de la legalidad y ofensivo de importantes bienes jurídicos.

El dilema que apareja la decisión de este caso, atañe a determinar desde cuándo comienza el término de prescripción para las faltas disciplinarias calificadas como de mera conducta, por oposición a las de resultado, diferencias conceptuales que son hechas para los delitos, pero que desde luego son válidas para las trasgresiones del régimen disciplinario.

Es sabido que en algún el tipo de conductas es necesario que a la acción ejecutada, le siga un resultado diferenciable en el espacio o en el tiempo. Por el contrario en los delitos de mera actividad ello no es necesario. Esta es una cuestión compleja en aquellas faltas en las que entre la manifestación de la voluntad del autor y el resultado, media una separación temporal o espacial de cierta importancia. En la doctrina del derecho penal se ha dicho que:

“tanto los delitos de mera actividad como los de resultado pueden dividirse en delitos instantáneos, permanentes y de estado, según que la actividad o el resultado determine la aparición de un estado antijurídico de cierta duración (delitos permanentes y delitos de estado) o no (delitos instantáneos). Ejemplo de delito instantáneo sería el homicidio: se consuma en el instante en que se produce el resultado, sin que este determine la creación de una situación jurídica duradera (la muerte, como estado naturalístico, no puede considerarse antijurídica porque no puede ya ser removida por el hombre). Mayor dificultad encierra la distinción de las otras dos clases de delitos. El delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor (por ejemplo detenciones ilegales, art. 163 C.P; dicho mantenimiento sigue realizando el tipo por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica. En cambio el delito de estado, aunque crea también un estado antijurídico duradero, la consumación cesa desde la aparición de este, porque el tipo solo describe la producción del estado y no su mantenimiento.”⁶

Vista la anterior conceptualización, a juicio de la Sala, la falta prevista en el numeral décimo de artículo 268 de la Constitución, no es de carácter instantáneo, pues la posición privilegiada del sujeto activo calificado que emite la recomendación, crea un estado o situación ilegal que se prolonga en el tiempo; es decir, sus efectos se mantienen sobre quien es influido con la recomendación, todo el tiempo que la pueda cumplir, en este caso mientras el destinatario de la recomendación se mantenga en el cargo, esto es, durante el periodo

⁶ Mir Puig Santiago, Derecho Penal, Parte General, Barcelona Julio de 2007, pág. 203

constitucional o antes si esta fue atendida como ocurrió en el presente asunto. Por supuesto que mientras la persona que recibe la influencia indebida, en este caso el Contralor, conserve la capacidad de cumplir la exigencia que se le hace, la falta disciplinaria conserva potencialidad de daño al bien jurídico protegido, esto es la investidura de los dos funcionarios, la transparencia y la moralidad pública. Debe tomarse en cuenta que la falta prevista en el artículo 268 numeral 10º de la Constitución, es una falta de sujeto activo calificado en tanto solo puede ser cometida por quien tiene la investidura de Congresista, es decir, en ella no puede incurrir cualquier persona, sino quien tiene la investidura parlamentaria, posición que le otorga una preeminencia para influir sobre otros servidores públicos. La investidura de Congresista, a la vez que otorga al elegido una posición de preeminencia en la sociedad, le impone responsabilidades que no pueden ser las mismas de las personas comunes y corrientes, pues de ella se espera una conducta ajustada al decoro y a la transparencia, como garantía constituyente de la institucionalidad que el elegido debe honrar. La posición privilegiada de quien es ungido por la sociedad como su representante, imprime a sus actos una extrema gravedad e importancia, de modo que una recomendación suya, tiene una enorme fuerza subordinante para sus destinatarios.

Además de todo cuanto rodea al emite de una recomendación, el asunto no puede mirarse exclusivamente en el momento mismo del acto en su expresión unilateral, sino que debe tomarse en cuenta que en la influencia también tiene un sujeto destinatario que debe ser considerado, es decir la conducta es bilateral, lo cual lleva a examinar cómo la conducta de emitir una recomendación, genera un estado de ánimo en quien la recibe, es decir una predisposición a obrar guiado por la fuerza propia de la influencia. La recomendación, como expresión de poder de quien la emite, crea en el ánimo del receptor un resultado que se mantiene en el tiempo y que persevera pertinazmente en el ánimo del funcionario. Esa prolongación de la irregularidad de la conducta incrementa su fuerza, si la sugerencia se hace mediante un vehículo documental que permanece en el tiempo y persevera como testimonio de la recomendación emitida. Por lo que acaba de decirse, el examen no debe hacerse en el momento de emisión de la recomendación, sino que es importante el conocimiento que de ella tuvo su destinatario y como impresiona a su objetivo, pues emitida la recomendación, ella sería intrascendente si es que aquel a quien va dirigida no se entera jamás. Puestas en esta dimensión las cosas, cuando el destinatario de la influencia toma conocimiento de ella, el mensaje se mantiene, aunque sea en estado latente, en

su conciencia, en este caso fortalecida por la presencia de documento físico, que recuerda como reclamo permanente, que se haga el nombramiento. Entonces, no se trata de que el Congresista apenas haya liberado un documento cualquiera, sino que usando un conducto idóneo, un empleado de la Contraloría General de la República, logró transmitir eficazmente sus deseos, con tanta fuerza y duración que la designación efectivamente se produjo. Se concluye de lo anterior, que la modalidad de la falta cometida, atendidos los perfiles del caso concreto sí produjo un resultado, pues el estado o la situación irregular se prolongó hasta cuando se llevó a cabo el nombramiento.

Para corroborar lo anterior, es menester examinar el bien jurídico protegido por la norma que consagra la prohibición. Sobre ese particular ha de recordarse que hay varios tipos de bienes jurídicos que son protegidos por las normas que establecen las faltas y los castigos. En la doctrina, así como hay bienes jurídicos individuales, por ejemplo, la propiedad, la salud o la vida, hay otra categoría de bienes jurídicos que son conocidos como bienes supraindividuales. Así, Juan Bustos Ramírez ⁷ sostiene que:

“resulta necesario considerar una ordenación de los delitos en vista a los bienes jurídicos, no sobre la base de una atomización de la sociedad, sino del todo que implica un sistema. En consecuencia existen bienes jurídicos, que están referidos a las bases de existencia del sistema y aquellos que están en conexión con el funcionamiento del sistema. Los primeros, son los que tradicionalmente se les han llamado bienes jurídicos individuales, como es el caso de la vida humana, la salud individual, la libertad, etc. En cambio, los segundos, son aquellos que inciden en relaciones macrosociales. Dentro del funcionamiento del sistema hay que distinguir, a su vez, en tres diferentes niveles: aquellos bienes jurídicos denominados colectivos, que están presentes en forma constante en el quehacer cotidiano de cada uno de los sujetos o grupos en que éste se integra, como el medio ambiente, libre competencia, la política de ingresos y egresos del Estado, y los delitos contra el orden económico. (...) El segundo nivel, se trata de bienes jurídicos institucionales, como la fe pública, administración de justicia, garantías constitucionales, etc.”.

En tal virtud, en la doctrina del derecho penal aplicable a la dogmática disciplinaria, se afirma que no es suficiente proteger bienes jurídicos concretos; sino que es imprescindible la tutela de bienes jurídicos institucionales; es decir, el derecho penal, y el disciplinario también deben tener la función de proteger todos los mecanismos e instituciones que hacen posible la existencia de bienes jurídicos

⁷ Bustos Ramírez Juan, CONTROL SOCIAL Y SISTEMA PENAL, Barcelona, PPU, 1987, pag. 137.

concretos individuales. A estos bienes jurídicos se los denomina, precisamente, como bienes jurídicos fundadores. Así el citado tratadista señala:

“Al considerar el bien jurídico en la realidad social, ello nos lleva a señalar, como lo hemos hecho anteriormente, que los bienes jurídicos siempre son eminentemente personales, pues están ligados a las condiciones de existencia del sistema, es decir, a la persona como tal (vida, salud personal, libertad, honor, patrimonio), o bien al funcionamiento del sistema (bienes jurídicos colectivos, institucionales o de control), a fin de permitir el mantenimiento y desarrollo de las condiciones de existencia del sistema, esto es, a de la persona.”⁸.

De esta manera *“surgen los bienes jurídicos referidos al funcionamiento del sistema, los cuales toman en cuenta las relaciones sociales básicas dentro del propio sistema, y por lo mismo, son configuradores del orden social. Estos nuevos bienes afectan a la masa, al colectivo.”⁹*

En ese contexto los bienes jurídicos institucionales *“atienden a establecer vías o procedimientos organizativo-conceptuales para asegurar los bienes jurídicos personales”*, es el caso de los delitos contra las instituciones, la administración de justicia, la fe pública, los recursos naturales, la libre competencia, la transparencia de la administración pública, las garantías constitucionales, etc. Los bienes jurídicos colectivos se refieren a la satisfacción de necesidades de *“carácter social y económico, están en relación a la participación de todos en el proceso económico-social...”*. Por último, los bienes jurídicos de control *“son aquellos referidos “a la organización del aparato estatal, para que éste se pueda cumplir sus funciones”*; en entre los que destacan los delitos contra la autoridad, los delitos contra la seguridad interior y exterior, etc.”¹⁰

Así las cosas, desde la perspectiva de los bienes jurídicos supraindividuales, cuando se emite una recomendación como la que reveló la investigación disciplinaria, se produce una evidente lesión a los principios de transparencia y eficacia que deben inspirar la administración pública, lo cual tiene incidencia en la conceptualización de la modalidad de la conducta.

Con apego al inciso 1º del artículo 209 de la Constitución Política, la función administrativa ha de estar guiada por la búsqueda del bienestar y el interés

⁸ Bustos Ramírez, Juan, MANUAL DE DERECHO PENAL, Bogotá, Temis, 1996, pag. 122. (Cursivas del original)

⁹ *Ibidem*, pag. 195.

¹⁰ *Ibidem*, págs. 199 – 200.

general, es decir, el Estado Social de Derecho en todas sus manifestaciones y actuaciones debe buscar los bienes superiores de la comunidad y obrar inspirado en el artículo 2º de la Carta. La primera de las normas citadas que deben gobernar la actividad de la Administración es del siguiente tenor:

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

“(…)”.

Un cuerpo de servidores públicos profesionales que desarrollen la función pública, es el propósito que inspira el servicio público, lo cual enseña que las recomendaciones no pueden privar a la sociedad de recursos humanos especialmente calificados. Se busca entonces una mayor eficiencia y eficacia en la función pública, para garantizar no solo el derecho a la igualdad y el acceso al servicio público como derecho a la participación con apego a los artículos 13 y 40 numeral 7º de la Carta Política, todos valores afectados por la práctica reprimida en la norma violada.

Por todo ello la lesión a la confianza pública se mantiene en el tiempo, mientras no sea eficientemente retirada, pues en el caso presente el destinatario de la recomendación está en el peligro permanente de atender, la recomendación, como aquí efectivamente aconteció, con la natural trasgresión de los valores y principios arriba señalados.

Puestas en esta dimensión las cosas, no cometió yerro alguno la Procuraduría General de la Nación, cuando negó que la prescripción se pudiera contar desde cuando se emitió la recomendación, y sí desde cuando ella fue atendida por el Contralor General de la República, proveyendo los nombramiento, forma de computar el fenómeno extintivo que necesariamente llevaba a negar el reclamo puesto en esta materia.

Sin embargo, el Tribunal sostuvo que la Procuraduría no estableció la fecha de comisión de la conducta, sin reparar que la selección de las personas recomendadas cerró el ciclo contravencional, pues con ella se consumó la falta se agotó el designio que inspiró al emitente de la recomendación.

La falta disciplinaria imputada es *"la incursión en las prohibiciones previstas en la Constitución y la ley"*, para el caso consistente en la trasgresión del numeral 10º del artículo 268 de la Constitución Política, cuyo tenor señala: *"[...] Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del Contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en su despacho"*, Justamente la norma se refiere a la prohibición de *"dar recomendaciones personales"*, pero tales recomendaciones no tienen un destinatario abstracto sino que están dirigidas al elegido, de modo que recibidas por éste se realiza un estado permanente de peligro de que la ilegal sugerencia pueda ser atendida.

El Tribunal para anular la sanción impuesta reprochó a la Procuraduría General de la Nación por haber tomado la falta como de *"mera conducta pero de carácter permanente sin motivación jurídica para esta conclusión, sustentando tal argumento en la connotación de "verbo" que le atribuyó a la acción de recomendar y el carácter transitivo del mismo, que le permitía en su concepto permanecer indefinidamente tanto en el tiempo como en el cambio de titulares de la recepción."* No obstante, el hecho de que un delito sea de mera conducta, no excluye que pueda ser permanente como erradamente sostiene el Tribunal en su fallo. Por todos citamos la autorizada voz de Santiago Mir Puig¹¹, quien sostiene que *"tanto los delitos de mera actividad, como los de resultado, pueden dividirse en delitos instantáneos, permanentes y de estado"*, según que la actividad o el resultado determinen la aparición de un estado antijurídico de cierta duración (delitos permanentes y delitos de estado) o no delitos instantáneos." Por consiguiente, el error sobre la dogmática penal y disciplinaria que ilustra la modalidad de la conducta, reside en el Tribunal y no en la Procuraduría General de la Nación, puesto que un delito de mera actividad o de mera conducta, también puede ser permanente según se ha visto y se desprende de la cita que acaba de hacerse, en tanto la falta sea creadora de una situación ilegal que se prolonga en el tiempo.

Puestas en esta dimensión las cosas por este aspecto la sentencia deberá ser revocada, en atención a que la falta es ofensiva de un bien jurídico supraindividual de un valor social y por su eficiencia se mantuvo en el tiempo hasta cuando fue atendida por su destinatario.

¹¹ Mir Puig Santiago, Derecho Penal, Parte General, 5ª. Ed. Barcelona, Julio de 2007, pág. 202.

4.- El Tribunal echó de menos que en el pliego de cargos se hubiera consignado el momento preciso de ejecución de la conducta. Lo dicho a propósito de que la conducta a pesar de ser de mera actividad puede ser permanente, señala que no hay indeterminación en el pliego de cargos, pues en él se fijó como límite máximo el de la designación de los recomendados.

El artículo 163 del Código Disciplinario Único consagra lo siguiente:

"Artículo 163. Contenido de la decisión de cargos. La decisión mediante la cual se formulen cargos al investigado deberá contener:

1. La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó. (...)"

Por consiguiente, carece de razón el Tribunal en la forma en que aplica la norma antes citada, porque en la imputación se consignen *"las circunstancias de tiempo modo y lugar"* en que se ejecutó la conducta, lo que no equivale a indicar un día y una hora, ni el lugar específico, sino las condiciones generales que permitan concretar la conducta, exigencias que en el caso presente fueron cumplidas y no menguaron las posibilidades de defensa del inculpado.

El Tribunal no halló la conexión entre la conducta tipificada y la responsabilidad del demandante, pues otorgó un excesivo valor a la declaración de Rafael Saade Vergel, en desmedro de las demás pruebas que controvertían la veracidad de aquel. En este sentido, aunque el Tribunal haga énfasis en que el testigo Rafael Saade Vergel, en la nota del 6 de enero de 2004, se retractó de lo dicho primigeniamente en contra del investigado. Para el Consejo de Estado, este argumento del Tribunal es inaceptable, pues la declaración judicial rendida, bajo el apremio del juramento y dentro del proceso disciplinario, no puede revocarse del modo como lo aceptó el Tribunal en su fallo anulatorio de la decisión disciplinaria. En verdad, la inusitada retractación hecha ante notario, carece de efectos, no solo porque fue aportada furtiva y tardíamente, así como no fue objeto de publicidad y contradicción.

Con apoyo en los anteriores argumentos, es del caso revocar la sentencia del Tribunal en cuanto anuló las sanciones disciplinarias impuestas al demandante.

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

REVÓCASE parcialmente la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto decretó la nulidad de las siguientes providencias proferidas por la Procuraduría General de la Nación y el Congreso de la República: el fallo de única instancia proferido el 28 de enero de 2004, por medio del cual se declaró responsable disciplinariamente al Dr. José Darío Salazar Cruz; el proveído de 27 de febrero de 2004, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra aquella decisión y, el artículo 2º de la Resolución No. 1759 del 28 de septiembre de 2004 en cuanto hizo efectiva la sanción de multa impuesta por la entidad demandada.

En su lugar,

NIEGÁNSE las pretensiones relacionadas con la solicitud de nulidad de los actos demandados, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

CONFIRMÁSE en lo demás el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los anales del Consejo de Estado 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