



Sentencia 01920 de 2018 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control Nulidad y restablecimiento del derecho

Expediente: 05001-23-33-000-2013-01920-01 (0616-2016)

Demandante: Gustavo Alberto Valencia Ortega

Demandado: Municipio de Medellín

Tema: Sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad

Actuación: Decide apelación de sentencia- Ley 1437 de 2011

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 18 de noviembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control (ff. 28 a 57). El señor Gustavo Alberto Valencia Ortega, mediante apoderada, acude ante la jurisdicción de lo contencioso- administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el municipio de Medellín, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declaren nulas: i) la decisión administrativa de primera instancia de 11 de mayo de 20122, expedida por el director de control interno del municipio de Medellín, a través de la cual sanciono disciplinariamente al demandante con destitución e inhabilidad general de 10 años para el ejercicio de funciones públicas; y ii) la Resolución 307 de 18 de mayo de 20123, con la cual el alcalde de la ciudad confirmó el acto anterior.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene a la entidad a que le reconozca y pague el lucro cesante y el daño emergente ocasionado por la sanción impuesta, lo mismo que los perjuicios morales en valor equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y cumpla la sentencia en los términos del artículo 92 de la Ley 1437 de 2011.

1.3 Fundamentos facticos. Relata en detalle el demandante la forma como se desarrolló la actuación disciplinaria desde la indagación preliminar hasta la expedición de los actos demandados y su notificación.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por los actos administrativos los artículos 6, 18, y 28 (numeral 6) de la Ley 734 de 2002 y 29 de la Constitución Política.

Aduce que durante la actuación administrativa se vulneró el derecho al debido proceso, por cuanto en el acto de citación a audiencia se realizó una inadecuada valoración probatoria al darle «certeza» a su culpabilidad, pues en el punto sexto se le determine anticipadamente la conducta como dolosa, en la medida en que se dio por hecho que conocía la inhabilidad para contratar con el Estado, cuando lo cierto es que desde la versión libre afirmó que desconocía tal circunstancia. Que, por consiguiente, la entidad prejuzgo. Por la misma razón, considera que se desconoció el principio de buena fe con la que actuó.

Estado. Agrega que se vulnero también el principio de proporcionalidad al imponerle una sanción demasiado severa, pues la que procedía era la del artículo 50 de la Ley 734 de 2002 y no la del artículo 48 (numeral 17) ibídem.

Afirma que no se respetó el principio de congruencia entre el acto de citación a audiencia y el de la sanción, por cuanto en este último se hizo referencia al artículo 8 (numeral 2, letra d) de la Ley 80 de 1993, que no fue mencionado como vulnerado desde el comienzo de la investigación.

Que existió indebida estructuración de la falta disciplinaria, ya que el régimen de inhabilidades es taxativo, no extensivo, y en tal sentido se desconoció que quien contrato con la gobernación de Antioquia fue la sociedad Visión y Desarrollo Organizacional S.A.U., no el demandante (que era su representante legal) y la norma no establecía la limitación para contratar por interpuesta persona. Considera que, por tal motivo, se le aplicó un régimen de responsabilidad objetiva, debido a la ausencia de intención dolosa del accionante de violar la prohibición. Añade que como la actuación administrativa se inició antes de la entrada en vigor de la Ley 1474 de 2011, debió ajustarse a esta.

Por último, adujo que se configure la causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria consagrada en el artículo 28 (numeral 6) de la Ley 734 de 2002, por cuanto actuó con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituía falta disciplinaria al no tener conocimiento ni conciencia de haber vulnerado el mencionado régimen.

1.5 Contestación de la demanda (ff. 78 a 101, c. 1). El municipio de Medellín, mediante apoderado, se opuso a las suplicas de la demanda. Afirma que los actos demandados fueron expedidos con sujeción a la ley; que el demandante, mientras se desempeñaba como empleado público de la alcaldía de la ciudad, vinculado desde el 29 de enero de 2007 como profesional universitario y luego profesional especializado, suscribió en 2008 a través de la sociedad anónima unipersonal Visión y Desarrollo Organizacional S.A.U., de la que era su representante legal, 4 contratos de capacitación con el departamento de Antioquia por valor de \$43.848.000 cada uno.

Que el señor Valencia Ortega renunció al cargo en forma libre y voluntaria, tanto así que la sanción se cumplió en forma simbólica y solo se hizo efectiva la inhabilidad general de 10 años.

Que no hubo prejulgamiento y ni responsabilidad objetiva en la actuación disciplinaria, ya que desde la citación a audiencia del procedimiento verbal siempre se habló de culpabilidad presunta y la conducta dolosa fue calificada de manera provisional. Además, tuvo la oportunidad de ejercer todos sus derechos y garantías sustanciales durante la investigación, en la que se agotaron las etapas legales, al punto que la acción de tutela que interpuso por violación del derecho al debido proceso le fue negada por el Juzgado 15 Penal Municipal con Funciones de Garantías.

1.6 La providencia apelada (ff. 633 a 658). El Tribunal Administrativo de Antioquia, en sentencia de 18 de noviembre de 2015, negó las suplicas de la demanda y condenó en costas al actor.

Para arribar a esta determinación sostuvo que la entidad no realizó prejulgamiento alguno, sino que, tal como lo exige la normativa aplicable, identificó en términos de probabilidad la responsabilidad que podría tener el actor en los hechos investigados.

Que no se viola el principio de favorabilidad, en vista de que el municipio complementó los artículos 48 (numeral 17) y 50 (inciso 1°) de la Ley 734 de 2002 con el artículo 8 (numeral 1, letra f) de la Ley 80 de 1993, de conformidad con el cual los servidores públicos son inhábiles para contratar con el Estado, y el artículo 127 de la Constitución Política, que también les prohíbe hacerlo por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, normas que se entienden incorporadas al Código Disciplinario Único, como lo prevé su artículo 36, que dice: «Se entienden incorporadas a este código las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses señalados en la Constitución y en la ley».

Estima que no puede predicarse vulneración del citado principio en razón a que la norma en la que se subsumía la conducta investigada era el artículo 48 (numeral 17) del CDU, por tal motivo la decisión administrativa fue razonable, puesto que a partir de las pruebas que se recaudaron se pudo determinar que a pesar de que el actor estaba inhabilitado para contratar con el Estado, según las previsiones de los artículos 8 (numeral 1, letra 0 de la Ley 80 de 1993 y 127 de la Constitución Política, decidió hacerlo con el departamento de Antioquia, lo que constituyó, sin duda, falta gravísima.

Arguye que tampoco se quebrantó el principio de congruencia, en virtud de que la sanción estuvo en consonancia con el pliego de cargos, si se tiene en cuenta que las dos actuaciones se refirieron a la falta gravísima consistente en «Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales» del artículo 48 (numeral 17) de la Ley 734 de 2002, armonizado con el régimen de inhabilidades de los artículos 8 de la Ley 80 de 1993 y 127 de la Constitución Política, y aunque en el acto de citación a audiencia no se hizo mención del artículo 8 (numeral 2, letra d) de la Ley 80, referido en la decisión sancionatoria, ello no implicó modificación de la imputación de la falta, ni se imposibilitó que el demandante ejerciera su defensa, tal como lo hizo. Por la misma razón, declaró no probado el cargo de inadecuada estructuración de la falta disciplinaria y agregó que el artículo 127 de la Constitución Política (citado en el pliego de cargos) establece una inhabilidad que complementa la tipificación de la conducta descrita en el artículo 48 (numeral 17) de la Ley 734 de 2002 como falta disciplinaria gravísima.

Respecto de la responsabilidad objetiva que reprocha el actor, sostuvo el Tribunal que no la hubo, pues es claro que cuando aquel contrato con el departamento de Antioquia expresamente manifestó que no estaba incurso en ninguna de las causales de inhabilidad para hacerlo y ahora pretende injustificadamente de que se le acepte una especie de retractación de tal juramento y que se le reconozca como causal de exclusión de responsabilidad, bajo el pretexto de que tenía la convicción errada e invencible de que contratar en tales circunstancias no constituía falta disciplinaria. Que, en general, la entidad hizo una adecuada valoración probatoria y no se advierte como arbitraria, caprichosa o irrazonable.

Por último, considero el a quo que tampoco existió violación al debido proceso en razón a que la entidad dio la oportunidad al actor de que

ejerciera todos sus derechos y le resolvió los cuestionamientos que formulo, sin dejar de lado ninguno, incluido el recurso de reposición que alega no haber sido atendido.

1.7 El recurso de apelación (ff. 661 a 682). La apoderada del actor pide que se revoque la sentencia del Tribunal por violación al debido proceso. Para este propósito insiste en que: (i) se violó el principio de presunción de inocencia, pues desde el inicio de la actuación administrativa se dio por hecho que el actor conocía el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado y que no estaba amparado por ninguna excepción legal; y (ii) existido indebida estructuración de la falta disciplinara por atipicidad de la conducta, en virtud de que el artículo 8 (numeral 1, letra f) de la Ley 80 de 1993 establece que son inhábiles para contratar con las entidades estatales los servidores públicos y en este caso lo hizo fue la sociedad Visión y Desarrollo Organizacional S.A.U., de la que el actor es su representante legal, conducta a la que tampoco le es aplicable el artículo 127 de la Constitución Política, por lo tanto, no incumplió la ley; reconoce que era servidor público del municipio de Medellín al momento de contratar con la gobernación de Antioquia, pero que no hacia parte de los niveles directivo, asesor o ejecutivo, por consiguiente, no estaba inhabilitado para contratar, según se desprende de la lectura de la Ley 80 de 1993.

II. TRAMITE PROCESAL

El recurso de apelación fue concedido mediante proveído de 16 de diciembre de 2015⁴ y admitido por esta Corporación a través de auto de 24 de junio de 2016⁵, en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Publico y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del CPACA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitido el recurso de apelación, se continuo el tramite regular del proceso, para cuyo efecto se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público, con auto de 30 de junio de 2017⁶, con el propósito de que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad que solo fue aprovechada por el demandante para insistir en los argumentos que expuso en el memorial de apelación de la sentencia (ff. 702 a 723).

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA, a esta Corporación le corresponde conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.2 Actos acusados.

3.2.1 Decisión administrativa de primera instancia de 11 de mayo de 2012⁷, expedida por el director de control interno del municipio de Medellín, a través de la cual sanciono disciplinariamente al demandante con destitución e inhabilidad general de 10 años para el ejercicio de funciones públicas.

3.2.2 Resolución 307 de 18 de mayo de 2012⁸, con la cual el alcalde de la ciudad confirmó el acto anterior.

3.3 Problema jurídico. La Sala debe resolver si la sentencia apelada fue ajustada a derecho, en cuanto negó las súplicas de la demanda. Para tal examinará si en realidad la entidad violo el principio de la presunción de inocencia del actor y el derecho al debido proceso por falta de tipicidad de la conducta, pues considera que como servidor público del municipio de Medellín no estaba legamente inhabilitado para contratar con la gobernación de Antioquia a través de la sociedad Visión y Desarrollo Organizacional S.A.U., de la que era su representante legal, tal como lo hizo, según las inconformidades planteadas en el memorial de apelación del fallo.

3.4 Hechos probados. Se hará referencia a las pruebas que guardan relación con los problemas jurídicos derivados de las causales de nulidad invocadas en la apelación de la sentencia:

i) En la época de los hechos investigados⁹, el demandante, señor Gustavo Alberto Valencia Ortega, se desempeñaba como profesional especializado en la subsecretaria de talento humano de la secretaria de servicios administrativos de la alcaldía de Medellín, es decir, como empleado público, nombrado por Decreto 1924 de 26 de noviembre de 2007, cargo que ejerció desde el 1° de diciembre siguiente hasta el 27 de julio de 2009, fecha en que se le aceptó la renuncia a través del Decreto 1045 de los mismos mes y arios, según la certificación de la entidad de 9 de agosto de 2011, que reposa en el folio 409 del expediente.

ii) El 10 de agosto de 2009 el demandante rindió versión libre ante la dirección de control interno del municipio de Medellín en la que reconoce que es profesional en contaduría publica; frente a la suscripción de los contratos estatales con la gobernación de Antioquia, mientras era empleado público del municipio de Medellín, afirmó: «Desconocía la prohibición»; a la pregunta “Le hicieron entrega de la Ley 734 de 2002 que se hizo a principios de este año a todos los funcionarios del Municipio de Medellín. CONTESTO: Si me la entregaron pero en ningún momento nos dieron capacitación sobre eso» (ff. 32 y 33).

A las demás pruebas hará mención la Sala al momento de resolver los cargos planteados en la apelación de la sentencia.

2.5 Debido proceso en el procedimiento disciplinario. Los artículos 29 de la Constitución Política y 6 de la Ley 734 de 2002 establecen la garantía del debido proceso, que comprende un conjunto de principios materiales y formales de obligatorio acatamiento por parte de los operadores disciplinarios, en cuanto constituyen derechos de los sujetos disciplinables que se traducen, entre otras cosas, en la posibilidad de defenderse, presentar y controvertir pruebas e impugnar las decisiones que los afecten; cuando ello no ocurre el sancionado puede acudir ante el juez de lo

contencioso-administrativo en demanda de nulidad de las decisiones adoptadas por los funcionarios administrativos, si se evidencia una violación del debido proceso.

La Corte Constitucional¹⁰ al respecto ha sostenido: "Las garantías establecidas en virtud del debido proceso administrativo, de acuerdo a la jurisprudencia sentada por este alto Tribunal, son las siguientes: "(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso».

3.6 Caso concreto relativo a los problemas jurídicos derivados de las causales de anulación invocadas en la apelación de la sentencia. De antemano, y para efectos probatorios, pone de presente la Sala los siguientes hechos y circunstancias reconocidos por el demandante en instancia judicial.

Así, en el memorial de apelación de la sentencia sostiene que «[...] no estamos cuestionando en ningún momento la irregularidad del procedimiento que se adelantó, sino que, pese a adelantarse conforme a la ley, se incurrió en una irregularidad que afectó gravemente el debido proceso [desconocimiento de la presunción de inocencia y atipicidad de la conducta]" (f. 663); asimismo, reconoce que mientras se desempeñaba como empleado público del municipio de Medellín, en el cargo de profesional (no perteneciente a los niveles directivo, asesor o ejecutivo), la sociedad Visión y Desarrollo Organizacional S.A.U., de la que era su representante legal, suscribió en 2008 con el departamento de Antioquia 4 contratos de capacitación de servidores públicos, pero «[...] no suscribió los contratos en nombre propio, sino en representación legal de su empresa. Así las cosas, como quien suscribió los contratos fue una persona jurídica con capacidad legal para hacerlo, sin incurrir en ninguna de las prohibiciones contenidas en el literal d del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, su actuación estuvo amparada por la ley, esto es, fue legítima, al ser una clara excepción a que hace referencia el artículo 127 constitucional» [se destaca] (f. 682).

3.6.1 Solución a los problemas jurídicos. La Sala confirmara la sentencia apelada, que negó las súplicas de la demanda, por las siguientes razones:

3.6.1.1 La presunción de inocencia del demandante fue plenamente desvirtuada durante la actuación administrativa; no se vulneró con el acto de citación a audiencia. Argumenta el demandante que la entidad desconoció tal presunción en razón a que en el acto de citación a audiencia (propia del procedimiento verbal) se señaló: « "Así, al realizar un análisis del acervo probatorio se arriba a la conclusión provisional que la falta fue cometida a título de DOLO, como quiera que ese obrar, no puede considerarse como fruto de la imprudencia o negligencia. El servidor público a sabiendas de la calidad que ostenta, decidió libremente contratar con una entidad de carácter estatal." [...] el funcionario investigador ya daba por hecho, desde el inicio de la investigación, sin entrar en la exhaustividad, que el señor VALENCIA ORTEGA había decidido contratar a sabiendas de su calidad de servidor público, dando a entender que el conocía de las prohibiciones existentes sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y que definitivamente incurrió en ellas y que no estaba amparado por ninguna excepción legal. El funcionario investigador se equivocó, debió esperar a que mi cliente se defendiera, debió esperar a que terminara el periodo probatorio, y en fallo, si, decidir, después de la valoración de todas las pruebas sobre su responsabilidad» [lo destacado es del texto original] (f. 662).

Al respecto, la Ley 734 de 2002 preceptúa: «ARTÍCULO 9. PRESUNCION DE INOCENCIA. A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla».

Sobre tal presunción, la jurisprudencia constitucional ha dicho: «Uno de los principios que expresan este criterio de legitimidad de las actuaciones públicas —administrativas y jurisdiccionales— es el de presunción de inocencia. Dicho principio aplica en todas las actuaciones que engloban el ámbito sancionador del Estado y por consiguiente también en materia disciplinaria. De esta forma, como lo ha establecido esta Corporación, quien adelante la actuación disciplinaria deberá conforme las reglas del debido proceso, demostrar que la conducta de que se acusa a una persona (i) es una conducta establecida como disciplinable; (ii) que la ocurrencia de dicha conducta se encuentra efectivamente probada y (iii) que la autoría y responsabilidad de esta se encuentra en cabeza del sujeto pasivo de la acción disciplinaria. Solo después de superados los tres momentos la presunción de inocencia queda desvirtuada, como expresión de las garantías mínimas dentro de un Estado Constitucional. Dicho principio es una garantía constitucional frente al poder punitivo»¹¹

En el presente caso, para esta Sala, la aludida violación de la presunción de inocencia del actor no existió. Es claro que el acto de citación a audiencia no comporta una decisión definitiva y de fondo en la que se resolviera la situación disciplinaria del demandante y pusiera fin a la actuación administrativa en su contra, de manera que se pudiera predicar que a través de ella fue sancionado sin haber sido oído y vencido en juicio disciplinario. No. Se trate de un acto de mero trámite, equivalente al pliego de cargos, en el que, según lo ha interpretado la Corte Constitucional, «[...] se sientan los cimientos sobre los cuales se edifica el procedimiento disciplinario destinado a establecer la responsabilidad disciplinaria del inculcado, de modo que el órgano titular del poder disciplinario fija en aquel el objeto de su actuación y le señala al imputado, en forma concreta, cual es la falta disciplinaria que se le endilga a efecto de que pueda ejercer su derecho de defensa»¹².

No se puede edificar violación a la presunción de inocencia en el pliego de cargos o acto citación a audiencia por cuanto no es una decisión definitiva, ni equivale a esta; es penas el comienzo de la actuación en la que el implicado puede acometer todos los mecanismos de defensa que la ley le concede frente a los cargos imputados en forma provisional.

En el asunto sub examine el demandante, al amparo de una desacertada interpretación legal, descontextualiza el acto de citación a audiencia, al

desconocer en forma artificiosa la parte en la que claramente se le advertía al señor Valencia Ortega que «al realizar un análisis del acervo probatorio se arriba a la conclusión provisional que la falta fue cometida a título de DOLO» [se destaca], contenida bajo el título vistoso denominado «DE TERMINACION PROVISIONAL DE LA FALTA Y DE LA CULPABILIDAD» (f. 280), y en capítulo 5 de dicho documento también se refirió a las Normas presuntamente violadas» (f. 278), es decir, que no se trató de una fatal conclusión contra el actor, sino apenas del marco de imputación jurídica inicial y provisional para que el demandante preparara sus argumentos y empezara a ejercer su defensa de manera concreta.

Bajo la débil tesis del actor de que en el acto de citación a audiencia no se podía mencionar el título de imputación jurídica de la conducta (en este caso dolosa) porque se incurre en prejuizgamiento en oposición al principio de la presunción de inocencia, se arriba a la absurda conclusión de que sería imposible entonces formular pliego de cargos a los investigados, si se tiene en cuenta que precisamente uno de los requisitos que este acto debe contener son “Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta” [se destaca], tal como lo consagra el artículo 163 (numeral 2) de la Ley 734 de 2002.¹³

En consecuencia, es en la decisión definitiva o «fallo ejecutoriado» (no en la citación a audiencia) donde se establece si fue o no en realidad desvirtuada la presunción de inocencia del disciplinando, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 9 de la Ley 734 de 2002, ya transcrito. Es más, cuando la ley se refiere a fallo ejecutoriado para este fin, implica que además el encartado hubiere ejercido los recursos que legalmente proceden contra el acto sancionatorio, como ocurrió en el presente caso. Por el contrario, en términos de la Corte Constitucional, « [...] si los hechos que constituyen una infracción administrativa no están debidamente probados en el expediente, o no conducen a un grado de certeza que permita concluir que el investigado es responsable, mal podría declararse culpable a quien no se le ha podido demostrar la autoría o participación en la conducta antijurídica»¹⁴

De suerte que la censura formulada por la parte actora carece de peso jurídico por cuanto con este cargo ataco sin fundamento el acto de citación a audiencia y no la decisión final. No obstante, destaca la Sala que la tipicidad de la conducta y la responsabilidad del actor fueron plenamente acreditadas en los actor acusados, como se pasa a explicar en el capítulo siguiente de este fallo.

De acuerdo con lo expuesto, el cargo de violación de la presunción de inocencia del actor, no está llamado a prosperar.

3.6.1.2 Se estableció la ocurrencia de los hechos, la tipicidad e ilicitud sustancial de la conducta y la responsabilidad del demandante, que motivo la sanción disciplinaria (Ley 734 de 2002, artículo 142). Aduce el accionante como otro motivo de apelación, que existió indebida estructuración de la falta disciplinaria por atipicidad de la conducta, en razón a que el artículo 8 (numeral 1, letra f) de la Ley 80 de 1993 establece que son inhábiles para contratar con las entidades estatales los servidores públicos y en este caso no lo hizo el, sino la sociedad Visión y Desarrollo Organizacional S.A.U., que «[...] el señor VALENCIA ORTEGA no suscribió los contratos en nombre propio, sino en representación legal de su empresa», conducta a la que considera tampoco le es aplicable el artículo 127 de la Constitución Política y que, por lo tanto, no incumplió la ley; reconoce que era servidor público del municipio de Medellín en el momento de contratar con la gobernación de Antioquia, pero no hacía parte de los niveles directivo, asesor o ejecutivo, y, por consiguiente, no estaba inhabilitado para hacerlo, según se desprende de la lectura de la Ley 80 de 1993.

Para resolver, reitera esta Colegiatura que si bien la garantía del debido proceso abarca un conjunto de principios materiales y formales de obligatoria observancia por parte de las autoridades disciplinarias, que a la vez constituyen derechos de los sujetos disciplinables, tampoco se puede desconocer que los actos de la administración gozan de la presunción de legalidad, hoy por expresa disposición del artículo 88 de la Ley 1437 de 2011¹⁵, indemnidad que adquiere mayor connotación cuando se trata de actos sancionatorios de carácter disciplinario, en virtud de que su formación estuvo precedida de la participación activa del investigado y/o de su apoderado, mediante defensa técnica y material, con ejercicio de los derechos de contradicción y defensa. De ahí que en sede judicial se realice un juicio de validez de la actuación disciplinaria, no de corrección, y por ello no cualquier defecto procesal tiene el poder de lacerar la presunción de legalidad que ampara dichos actos administrativos. “La Corte Constitucional ha establecido como regla inicial que la simple transgresión de las normas procesales que regulan la inclusión de pruebas en las diligencias no implica afectación del debido proceso. Estas irregularidades menores se refieren a la afectación de las formal propias de los juicios, pero dada su baja intensidad en la definición del conflicto, no quedan cobijadas por el inciso final del artículo 29 constitucional» (sentencia T- 233 de 2007).

Sobre la apreciación de las pruebas, la Ley 734 de 2002 preceptúa: «Artículo 140. Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana critica». En criterio de la Corte Constitucional¹⁶ «Valorar una prueba no necesariamente implica admitir su contenido. La valoración de la prueba es, precisamente, el procedimiento previo que permite establecer si el contenido de lo que se prueba puede ser admitido como elemento de convicción y sustento de la consecuencia jurídica»

En el caso sub examine, las pruebas que se recaudaron durante la actuación administrativa muestran en conjunto una realidad material que debe ser apreciada como legalmente corresponde, según la ley disciplinaria, esto es, que la finalidad del procedimiento «es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en el intervienen», tal como lo dispone el artículo 20 de la Ley 734 de 2002, y al mismo tiempo tener en cuenta que la sanción disciplinaria «tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales que se deben observar en el ejercicio de la función pública», como lo instituye el artículo 16 de la misma normativa.

De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal expedido por la cámara de comercio de Medellín el 17 de diciembre de 2008 (ff. 24 y 25), el demandante constituyó el 4 de febrero del mismo año la sociedad anónima unipersonal (SAU) denominada Visión y Desarrollo Organizacional S.A.U., con un capital de \$5,000.000, de la cual era su dueño, gerente y representante legal. En tal condición y mientras se desempeñaba como empleado público de la alcaldía de esa ciudad, nombrado por Decreto 179 de 29 de enero de 2007 (ff. 155 y 156), en

representación de la mencionada sociedad suscribió 4 contratos con el departamento de Antioquia en 2008 por valor de \$43.848.000 cada uno, cuyo objeto era, según la cláusula primera de todos ellos, «Capacitar hasta noventa (90) servidores públicos departamentales en la competencia liderazgo» (ff. 5 a 7); «Capacitar hasta noventa (90) servidores públicos departamentales en la competencia trabajo en equipo» (ff. 8 a 10); «Capacitar hasta noventa (90) servidores públicos departamentales en la competencia negociación» (ff. 11 a 13); y «Capacitar hasta noventa (90) servidores públicos departamentales en la competencia comunicación» (ff. 15 a 17), distinguidos con los números 2008-SS-24-0096, 2008-SS-24-0097, 2008-SS-24-0099 y 2008-SS-24-0081, respectivamente.

Constata la Sala que, tanto en el acto de citación a audiencia como en la decisión sancionatoria, frente a esta conducta la entidad impute al actor como normas presuntamente vulneradas los artículos 127 de la Constitución Política¹⁷, 48 (numeral 17) de la Ley 734 de 2002¹⁸, con remisión al 8 (numeral 1, letra f) de la Ley 80 de 1993¹⁹ (f 278) y le califíco provisionalmente la falta como gravísima, a título de dolo (f. 280). Es decir, que la investigación y la sanción disciplinarias se fundaron en la inhabilidad que el demandante tenía como empleado público del municipio de Medellín para contratar con la gobernación de Antioquia en 2008 y pese a ello lo hizo.

De esta forma la entidad respeto el principio de congruencia que el actor echa de menos, el cual tampoco se afecta con la citación que hizo la entidad en el acto sancionatorio de primera instancia del artículo 8 (numeral 2, letra d) de la Ley 80 de 1993, no referido en el pliego de cargos, por cuanto no fue determinante para que se configurara la vulneración de las demás normas citadas en el acto de acusación inicial.

Ahora bien, resulta pertinente recordar lo señalado por la Corte Constitucional en torno a que el régimen de inhabilidades para contratar con el Estado, es entendido como el sistema de valores, principios y normas que, en aras de proteger la moralidad administrativa, la transparencia de la función administrativa, el buen nombre de la administración y garantizar la idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de las actividades estatales, prevé hechos y circunstancias que impiden a determinadas personas celebrar contratos con el Estado²⁰

En el caso concreto la Sala no encuentra cabida alguna al cándido argumento de la parte actora en cuanto sostiene que no incurrió en la conducta sancionada, esto es, en inhabilidad para contratar con el Estado, pues considera que «[...] no incurrió en la prohibición contenida en el artículo 127 de la Constitución Nacional según el cual [...] dado que en reiteradas oportunidades he manifestado que el señor VALENCIA ORTEGA no suscribió los contratos en nombre propio, sino en representación legal de su empresa» [se destaca] (f. 717), o sea, de la sociedad anónima unipersonal Visión y Desarrollo Organizacional S.A.U., de la cual era su único dueño, gerente y representante legal.

Resulta evidente que entre las normas referidas en el acto de citación a audiencia como vulneradas por el actor se halla, en efecto, el artículo 127 de la Constitución Política, en virtud del cual «Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales» [se destaca] (f. 278). Ahora, al tenor del artículo 23 de la misma Carta, «Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios».

Para la Sala bastaría la violación del mencionado artículo 127 para que el demandante fuera destituido del cargo, tal como lo hizo la entidad, sin embargo, lo hallo responsable de haber vulnerado otras normas como el artículo 48 (numeral 17) de la Ley 734 de 2002, con remisión al 8 (numeral 1, letra f) de la Ley 80 de 1993 (f. 278), lo cual justifico aún más la imposición de la sanción.

En tales circunstancias, es indiscutible que la conducta del actor se adecua típicamente a la prohibición de la citada norma superior, mandato que prevalece sobre cualquier otra disposición de rango inferior y es de aplicación directa e inmediata, en el entendido de que, bajo el contexto del artículo 4 superior, la Constitución es norma de normas.

Para la Sala es evidente que el señor Valencia Ortega se benefició contra legem de \$175.392.000²¹ al haber suscrito los 4 contratos ya referidos, no obstante la prohibición constitucional que sobre el gravitaba, por ser empleado público, tal como él lo reconoce, y más que lo dicho, con juramento falso ante el departamento de Antioquia para lograr su indigno propósito, cuando en la cláusula decima octava de todos los contratos afirmó «El CONTRATISTA declara bajo la gravedad del juramento que se entiende prestado con la firma de este contrato, que no incurre en ninguna de las causales de inhabilidad e incompatibilidad previstas en la Constitución, en la Ley 80 de 1993 y demás normas que regulan la materia» (ff. 7, 10, 13 y 17).

Pese a que suscribió los contratos como representante legal de la sociedad Visión y Desarrollo Organizacional S.A.U., lo cierto es que el precio pactado en ellos paso a engrosar ilícitamente el patrimonio personal del señor Gustavo Alberto Valencia Ortega, por ser el Único dueño y representante legal de la persona jurídica contratista, como se verifica en el certificado de existencia y representación legal que reposa en los folios 24 y 25 del expediente. Es decir, contrato por interpuesta persona, que terminó siendo por sí y para sí mismo, en clara oposición a la mencionada prohibición constitucional y al artículo 8 (numeral 1, letra f) de la Ley 80 de 1993, según el cual «Son inhábiles para participar en licitaciones (...) y para celebrar contratos con las entidades estatales: (...) f) Los servidores citados en el pliego de cargos.

El hecho de que haya suscrito los contratos como representante legal, antes que exonerarlo de responsabilidad disciplinaria, la agrava no solo por el falso juramento que hizo, sino porque, como empleado público, con mayor razón estaba inhabilitado para actuar «en representación de otro», posibilidad que también prohíbe enfáticamente la Constitución respecto de los servidores estatales y se inspira en el propósito de salvaguardar valores o principios superiores como la moralidad administrativa, la transparencia de la función administrativa, el buen nombre de la administración y garantizar la idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de las actividades estatales, se insiste. No se debe desconocer que, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, «Cuando una autoridad tiene a su cargo la imposición de sanciones administrativas, no puede fundar el reproche en consideraciones de razón practica exclusivamente, sino que debe estructurar su razonamiento con todas las circunstancias relevantes para el caso —entre las que se cuentan las prescripciones normativas de moralidad pública»²² Lo anterior descarta de plano la aplicación del principio de favorabilidad que insistentemente reclama el actor sin justificación alguna, pues lo menos que

merecía, en efecto, era la sanción de destitución del cargo e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas previstas por la Ley 734 de 2002, en virtud de que esta falta disciplinaria está catalogada como gravísima²³ y fue demostrada como tal por la entidad; de ahí que la consecuencia fue proporcional a la falta, pues, de acuerdo con el artículo 44 (numeral 1) de la misma Ley, el servidor público está sometido a la sanción de «Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas», como ocurrió en el presente caso.

Ahora, si existe una norma inferior que diga lo contrario, jamás se podría considerar como una cláusula de excepción a la Constitución, como erradamente lo quiere presentar el demandante cuando afirma que «La inhabilidad de los servidores públicos para contratar con el Estado por sí o por interpuesta persona es de carácter constitucional, no de carácter legal, ya que el literal f) del numeral 1 del artículo de la Ley 80 de 1993 no dispuso "o por interpuesta persona,". Sin embargo mi cliente tampoco estuvo incurso en esta prohibición, ya que el artículo 127 de la Constitución Política solo se puede aplicar si no existe una excepción legal» [se destaca] (f. 707) y que, por lo tanto, el señor Valencia podía contratar a través de la persona jurídica, que no era empleada pública.

Tal despropósito, abiertamente inconstitucional, subvierte el orden piramidal de nuestro sistema jurídico, en cuya cúspide esta la Constitución Política, que claramente prohíbe que los servidores públicos contraten con entidades estatales «por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro»; no se trata de crear un inhabilidad por vía de interpretación, porque el derecho positivo superior así la consagra y el artículo 4 de la Carta es diáfano en preceptuar que «En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicaran las disposiciones constitucionales».

Tampoco es dable aceptar el ingenuo argumento de que el accionante estaba amparado por la causal de exclusión de responsabilidad del artículo 28 (numeral 6) de la Ley 734 de 2002 porque realizó la contratación «Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria» y que por tal motivo tenía derecho a que se le beneficiara con el principio de favorabilidad.

Tal postura resulta inaceptable, o mejor reprochable, en una persona como el demandante, con nivel de educación superior, de profesión contador y que aspiraba a ser contratista del Estado, que se presume conoce el ordenamiento jurídico en el cual pretendía desenvolverse profesionalmente (también como empleado público), por tal razón no se equivocó la entidad al formularle el pliego cargos de la manera que lo hizo, pues es sabido que «La ignorancia de la ley no sirve de excusa», según lo preceptúa el artículo 6 del Código Civil, en torno al cual la Corte Constitucional ha precisado que esta presunción del conocimiento de la ley por todos los ciudadanos del territorio colombiano es un «recurso epistémico utilizado por el legislador, de use obligado en el derecho» [se destaca], que consiste en que «[...] es necesario exigir de cada uno de los miembros de la comunidad que se comporte como si conociera las leyes que tienen que ver con su conducta. La obediencia al derecho no puede dejarse a merced de la voluntad de cada uno, pues si así ocurriera, al mínimo de orden que es presupuesto de la convivencia comunitaria, se sustituiría la anarquía que la imposibilita»²⁴ Lo anterior guarda total consonancia con el artículo 95 superior, el cual ordena categóricamente que «Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes», lo que sustenta y justifica plenamente el Estado de derecho.

De modo que la carga de la prueba de la autoridad disciplinaria es demostrar objetivamente que el implicado violó la ley, no que la conozca, como lo pretende el actor; la presunción de inocencia se predica mientras no se declare su responsabilidad en decisión ejecutoriada, no antes, en tanto que la causal de exclusión de responsabilidad le corresponde, en principio, al disciplinado probarla, y este no fue el caso.

Por otra parte, verifica la Sala que en los actos administrativos cuestionados la autoridad disciplinaria hizo un análisis general e integral de las piezas procesales, de las pruebas recaudadas y explico y justifico ampliamente su decisión y el hecho de que el demandante este en desacuerdo con tal razonamiento, no implica que haya incurrido en expedición irregular, o violación de los derechos de contradicción, defensa y debido proceso, o que no existieran pruebas suficientes para sancionar o ausencia de valoración en conjunto de las mismas.

De modo que no se trató entonces de ausencia de prueba para sancionar o de duda razonable, ni de falta de apreciación integral de las existentes por parte de la entidad, sino del querer del demandante de materializar su deseo por encima del orden jurídico y de las obligaciones como empleado público, que lo obligaba a actuar con transparencia y pulcritud en el cumplimiento de sus funciones.

Todo lo expuesto muestra que la conducta irregular imputada al actor tuvo ocurrencia, que constituye incumplimiento del deber funcional imputado en el pliego de cargos y que corresponde a la descripción típica de carácter gravísimo y doloso que se les cite) en la misma acusación. En fin, el intento del demandante por demostrar su inocencia resulto inferior a la contundencia de las pruebas que evidencian lo contrario.

Por consiguiente, el cargo de violación del debido proceso por atipicidad de la conducta, indebida estructuración de la falta disciplinaria y desconocimiento de los principios de proporcionalidad de la sanción, favorabilidad y buena fe, tampoco tienen vocación de prosperidad.

Sin más consideraciones y bajo una sana hermenéutica jurídica, la Sala arriba a la convicción de que los actos administrativos demandados fueron expedidos con sujeción al orden jurídico vigente, por lo tanto, se confirmará la sentencia apelada, que negó las súplicas de la demanda.

3.7 Otros aspectos procesales.

3.7.1 Condena en costas. Respecto de tal condena, que incluye las agencias en derecho que correspondan a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, se observa que en la sentencia del a quo se aplicó el artículo 188²⁵ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) a la parte vencida, pero no estudio aspectos como la temeridad o mala fe en la que esta pudo incurrir.

Sobre la materia se pronunció esta Corporación en sentencia de 1 de diciembre de 2016²⁶ así:

En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse». Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida este revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos a , fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP)

Así las cosas, frente al resultado adverso a los intereses del demandante, se tiene que ejerció de forma legítima el reclamo por la vía judicial del derecho que le asistía de acceder a la pensión gracia, pues con base en el ordenamiento que la rige y los lineamientos jurisprudenciales en la materia, así lo consideró.

En tales circunstancias, la Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, pero para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues la imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no despliega el a quo; por lo tanto, al no comprobarse tal proceder de la parte demandada, se revocará la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. ° Confírmase parcialmente la sentencia de 18 de noviembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en cuanto negó las suplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por el señor Gustavo Alberto Valencia Ortega contra el municipio de Medellín, conforme a la parte motiva.
2. ° Revocase la condena en costas impuesta a la parte demandante, que incluye las agencias en derecho.
3. ° Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

ESTE PROYECTO FUE ESTUDIADO Y APROBADO SALA FECHA.

CARMELO PERDOMO CUETER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Folios 633 a 658, cuaderno 2.

2 Folios 11 a 23 cuaderno 1.

3 Folios 4 a 10. Notificada personalmente a la apoderada del actor el 22 de junio de 2012. Ver folio 482 cuaderno 2.

4. Folio 684.

5 Folio 690.

6 Folio 695.

7. Folios 11 a 23 cuaderno 1.

8. Folios 4 a 10. Notificada personalmente a la apoderada del actor el 22 de junio de 2012. Ver folio 482 cuaderno 2.

9. Octubre de 2008, fecha de suscripción de los contratos estatales. Ver folios 5 a 17.

10. Sentencia T-051 de 2016.

11 Corte Constitucional, sentencia T- 969 de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa.

12 Sentencia T-1093 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

13 «ARTICULO 163. CONTENIDO DE LA DECISION DE CARGOS. La decisión mediante la cual se formulen cargos al investigado deberá contener:

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

2. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta.

3. La identificación del autor o autores de la falta.

4. La denominación del cargo o la función desempeñada en la época de comisión de la conducta.

5. El análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados.

6. La exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, de conformidad con lo señalado en el artículo 43 de este código.

7. La forma de culpabilidad.

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

14 Sentencia C- 244 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

15. «Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción Contencioso Administrativa [...]»

16 Sentencia T- 323 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

17. «ARTICULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por si o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales».

18 «ARTICULO 48. FALTAS GRAVISIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes: (...) 17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales».

19. «ARTICULO 80. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR. 1. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: (...) f) Los servidores públicos».

20. Sentencia C-353 de 2009, M. P. Jorge Ivan Palacio Palacio.

21 La ejecución de los contratos y el pago del precio fue reconocido por el demandante, quien en la versión libre de 10 de agosto de 2009, sostuvo: « [...] con mi actuación todos ganamos, es decir, gana la empresa [Visión y Desarrollo Organizacional S.A.U] porque logro objetivos propuestos, gana el Departamento porque los objetivos se cumplieron y gana el Municipio de Medellín porque se ha demostrado que el proyecto de emprendimiento ha sido exitoso». Ver folio 35, dorso.

22 Sentencia T.301-2004 M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

23 «ARTÍCULO 48. FALTAS Gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: (...) 17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales».

24. Sentencia C- 651 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

25. «Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil».

26 Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, actor: Ramiro Antonio Barreto Rojas, demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

Fecha y hora de creación: 2024-09-26 22:49:25