



Sentencia 2013-00445 de 2020 Consejo de Estado

PROCESO DISCIPLINARIO / NULIDAD DEL FALLO DISCIPLINARIO POR IRREGULARIDADES NO SUSTANCIALES EN EL TRÁMITE DEL PROCESO – Improcedencia

No toda irregularidad dentro del procedimiento administrativo o inobservancia de los requisitos formales por parte de la administración pública, constituye por sí sola, una causal para declarar la nulidad de los actos administrativos producto de una actuación administrativa. Estos solo podrán ser anulados, cuando los vicios dentro de procedimiento, impliquen el desconocimiento de las garantías fundamentales de contradicción y defensa de quien pueda resultar afectado con su expedición, es decir, que la nulidad de un acto administrativo por desconocimiento del debido proceso administrativo puede ser decretada únicamente cuando dentro del proceso para su elaboración se presenten las irregularidades sustanciales o esenciales, que desconozcan las garantías constitucionales del titular de la decisión. Las irregularidades o vicios, que puedan presentarse en el desarrollo del proceso de expedición de un acto administrativo, que no impliquen el desconocimiento de las garantías constitucionales del afectado, no tienen la relevancia para generar la nulidad del mismo, pues esto no desconoce la finalidad del debido proceso administrativo, es decir, la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, entonces tales vicios de procedimiento son considerados como irregularidades intrascendentes o irrelevantes, los cuales están consagradas por el legislador en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 29 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 137 / LEY 734 DE 2002 – ARTÍCULO 17 / LEY 734 DE 2002 – ARTÍCULO 163 / LEY 734 DE 2002 – ARTÍCULO 165

PROCESO DISCIPLINARIO / VARIACIÓN DEL PLIEGO DE CARGOS / MODIFICACIÓN DE LA IMPUTACIÓN JURÍDICA – Oportunidad / MODIFICACIÓN DE LA IMPUTACIÓN JURÍDICA – Límite ontológico

La imputación provisional realizada en el pliego de cargos podrá variarse una vez finalizada la práctica de las pruebas a las que haya lugar, y hasta antes de proferir fallo de primera o única instancia. Dicha modificación tendrá lugar en dos eventos concretos, a saber, cuando se encuentre que ha habido un error en la calificación jurídica de la falta, o se allegue al proceso una prueba nueva que obligue a la autoridad disciplinaria a realizar cambios en la decisión de cargos. Realizada dicha variación, la misma norma prevé una oportunidad para que el investigado solicite nuevas pruebas o controvierta los nuevos elementos de la imputación, esto con el propósito de salvaguardar el debido proceso, especialmente el derecho de contradicción y defensa del disciplinado. Una vez agotadas las oportunidades procesales antes señaladas, la autoridad disciplinaria no podrá modificar elementos esenciales de la imputación disciplinaria, como la conducta reprochada, la ilicitud sustancial o la culpabilidad, por ejemplo, en el fallo de primera o única instancia, pues esto implicaría la vulneración del principio de congruencia entre la imputación efectuada en el trámite disciplinario, la cual pudo ser controvertida por el investigado; y la realizada en el fallo disciplinario, toda vez que dicho acto constituiría una evidente vulneración del derecho al debido proceso administrativo del disciplinado, el cual no tendría oportunidad alguna para controvertir los aspectos objeto de la variación. (...). En virtud de lo expuesto, se establece que entre el acto de formulación de cargos y el fallo disciplinario de primera instancia, podrá mutar la calificación jurídica de la conducta, sin que ello constituya una vulneración del principio de congruencia y, en consecuencia, del debido proceso, siempre y cuando no se modifique el núcleo fáctico de la acusación, ya que este postulado es estricto en cuanto al aspecto fáctico y personal.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTÍCULO 27

PROCESO DISCIPLINARIO / MODIFICACIÓN DE LA IMPUTACIÓN JURÍDICA – No constituye violación del debido proceso

Concluye la Sala que en la variación del pliego de cargos se modificó la calificación jurídica de la conducta, se mantuvo incólume el aspecto personal y fáctico de la imputación, máxime si se tiene en cuenta que este puede variar inclusive en el fallo, siempre que no se desconozca el marco general de la acusación fáctica, como se expuso en el acápite precedente, pues el demandante siempre conoció y tuvo claridad que se le estaba investigando por cuanto en su condición de Secretario de Hacienda de Neiva en el lapso comprendido entre marzo y octubre de 2008, le

correspondía ordenar las inversiones de los excedentes de liquidez y ejercer vigilancia y control sobre la actividad del tesorero, dada su posición de garante, conforme lo previsto en el Manual de Funciones de la entidad territorial; sin embargo, debido a su omisión permitió que aquel efectuara inversiones correspondientes a los excedentes de liquidez sin atender los requisitos legales establecidos al efecto. Acusación esta de la que se defendió de ello en los escritos de descargos, de alegatos y de apelación, al aducir que no existía una dependencia jerárquica de la tesorería hacia la Secretaría respectiva.

PROCESO DISCIPLINARIO / AUSENCIA DE TIPICIDAD DE LA CONDUCTA POR FALTA DE PUBLICACIÓN DE ACTO DE CONTENIDO GENERAL / Oponibilidad del Acto de Contenido General – Publicación / AUSENCIA DE TIPICIDAD – Improcedencia

Conforme el Manual de Funciones vigente para la época de los hechos materia de investigación, que como se expuso en los fallos disciplinarios acusados, la conducta reprochada al demandante consistió en que precisamente omitió el cumplimiento de estas obligaciones, el cual en criterio del recurrente no le es oponible por cuanto no se aportó la constancia de publicación. Al respecto, la Subsección señala que en efecto conforme el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984 (norma vigente durante la ocurrencia de los supuestos fácticos objeto de reproche) *“Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados”*. En efecto, el “Manual específico de funciones y competencias laborales de la Alcaldía de Neiva” se encuentra publicado en la página web de la alcaldía de Neiva, por lo que no es de recibo que el actor pueda excusarse en el mencionado argumento para alegar su incumplimiento.

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984

PROCESO DISCIPLINARIO / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD POR APLICARSE REPROCHE DISCIPLINARIO DIFERENTE A FUNCIONARIOS QUE OCUPEN EL MISMO CARGO – No configuración / FUNCIONARIO EN COMISIÓN – Carece de dominio sobre los hechos objeto de reproche

El demandante adujo que se le desconoció el derecho a la igualdad, puesto que fue sancionado por su condición de secretario de hacienda, calidad que también es tanto el señor Luis Aníbal López Rojas, quien pese a ello sí fue absuelto de responsabilidad disciplinaria, justificado en las visibles condiciones fácticas y jurídicas en que se encontraba en el tiempo de los hechos investigados. Sobre el particular, observa la Sala que en la segunda instancia administrativa la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación sancionó al demandante, bajo el argumento que en su condición de secretario de hacienda municipal en el lapso comprendido entre marzo a octubre de 2008, incumplió las obligaciones relativas a ordenar las inversiones de los excedentes de liquidez y ejercer vigilancia y control sobre el tesorero; a diferencia del señor Luis Aníbal López Rojas, quien pese a ocupar el mismo cargo en el 2007, durante el periodo en que se efectuaron las inversiones de excedentes reprochadas se encontraba en una comisión, tal como lo afirmó el mismo Director de Tesorería, razón por la cual, al encontrarse separado temporalmente del cargo, no le era exigible ese deber de control. Así las cosas, no es de recibo el aserto del accionante relativa a que le fue vulnerado el derecho a la igualdad, habida consideración que se encontraban en supuestos fácticos diferentes, de manera que no podían juzgarse en igualdad de condiciones.

PROCESO DISCIPLINARIO / ILICITUD SUSTANCIAL DE LA CONDUCTA – No requiere de la presencia de un daño / ILICITUD SUSTANCIAL DE LA CONDUCTA – Configuración

Señala por otro lado la parte demandante que no se configuraron los elementos de la responsabilidad disciplinaria pues la entidad demandada no logró acreditar que mediante esta, se haya ocasionado algún perjuicio al erario pues los recursos invertidos en el encargo fiduciario fueron devueltos. Encuentra la Sala, que dicho argumento tampoco tiene vocación alguna de prosperar, porque contrario a otras manifestaciones *del ius puniendi* del Estado, como el derecho penal, en materia disciplinaria la antijuridicidad o ilicitud sustancial se materializa con la afectación al deber funcional por parte del servidor público sin justificación legal, independientemente si mediante la conducta objeto de reproche disciplinario se produjo o no un daño, esto de conformidad con lo previsto en el artículo 5º del Código Disciplinario Único – Ley 734 de 2002. Así las cosas, en el caso objeto de análisis, la conducta del ahora demandante resulta ser sustancialmente ilícita, por cuanto pese a que no se acreditó un perjuicio a los recursos del tesoro público, sí incumplió con las funciones propias del cargo de Secretario de Hacienda con la debida diligencia y cuidado requeridos por dicho empleo público, en consecuencia, para acreditar el citado elemento estructurante de responsabilidad disciplinaria, la entidad demandada no necesitaba acreditar la causación de daños o perjuicios, sino el desconocimiento de los deberes funcionales, contrario a lo expuesto en la demanda. Es claro entonces, que la conducta reprochada a la accionante resulta ser sustancialmente ilícita, pues con esta se desconoció el deber funcional de llevar a cabo las funciones del cargo con diligencia y eficiencia, por no *–velar por el cumplimiento de las normas orgánicas institucionales que regulan la inversión de los excedentes transitorios de liquidez, al no ejercer control y vigilancia sobre el tesorero–* incurrió en la falta disciplinaria contenida en el artículo 48 (numeral 27) a título de culpa grave *–inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones–* en la modalidad de omisión impropia derivada de su posición de garante, y le impuso la suspensión de 6 meses. Además, no encuentra la Sala que la conducta reprochada al demandante esté contenida en

alguna de las causales de justificación previstas en el artículo 21 de la Ley 734 de 2002.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTÍCULO 5

CONDENA EN COSTAS – Criterio subjetivo / CONDENA EN COSTAS – Improcedencia

Observa la Sala que el tribunal de primera instancia condenó en costas al demandante aplicando una tesis objetiva *–pues no se refirió a la conducta desplegada por el demandado en el curso del proceso judicial–*, por lo cual se precisa que esta no puede ser impuesta por el simple hecho de resultar vencida alguna de las partes y, además deben estar plenamente probadas en el proceso. En el *sub lite*, no se observa que el demandante haya realizado una conducta temeraria o de mala fe, lo que conlleva a que deba revocarse la condena en costas impuesta en la providencia apelada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 41001-23-33-000-2013-00445-01(5963-18)

Actor: ANDRÉS CAMACHO CARDOZO

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Trámite: APELACIÓN SENTENCIA - LEY 1437 DE 2011

Asunto: DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO- DEFENSA MATERIAL Y PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Decisión: CONFIRMA SENTENCIA QUE NEGÓ PRETENSIONES

FALLO SEGUNDA INSTANCIA

El proceso de la referencia viene con informe de la Secretaría de 31 de mayo de 2019¹, y cumplido el trámite previsto en el artículo 247² del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Huila de 25 de junio de 2018 que negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1.1 La demanda y sus fundamentos³

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho⁴, el señor Andrés Camacho Cardozo a través de apoderado, solicitó la nulidad parcial de los fallos disciplinarios de 25 de abril⁵ y de 20 de diciembre de 2012⁶, proferidos por la Procuradora Segunda Delegada para la Contratación Estatal y la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, a través de los cuales fue sancionado con suspensión del cargo de Secretario de Hacienda de ese municipio por el término de 6 meses, convertida en multa por ese período.

Como consecuencia de lo anterior, el apoderado del demandante solicitó a título de restablecimiento de derecho y en favor del demandando, se ordene a la entidad accionada: i) suprimir los registros y anotaciones derivados de la sanción disciplinaria; ii) pagar los honorarios sufragados por concepto de asistencia profesional⁷, la sanción convertida en multa por valor de \$23.800.000, los perjuicios morales por 100 SMLMV, así como el daño en la vida de relación por 100 SMLMV; y iii) dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso contencioso administrativo, en los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

La Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada en la demanda, así:

Señaló el apoderado del demandante que el 6 de mayo de 2010 el señor William Castro Martínez allegó ante la entidad demandada, copias de artículos periodísticos locales de Neiva, por medio de los cuales se informaba acerca del inadecuado manejo de los recursos de regalías, a fin de que se adelantaran las investigaciones pertinentes, en virtud de lo cual la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública por medio de auto de 22 de junio de 2010, ordenó la apertura de investigación preliminar con radicado 2010-143714.

Afirmó que en razón de los artículos periodísticos relacionados con el manejo de los dineros de las regalías en la alcaldía, el concejal Orlando Ibagón Sánchez presentó queja ante la Procuraduría General de la Nación el 25 de mayo del mismo año, en contra del alcalde, los secretarios de hacienda y tesoreros del ente territorial durante las vigencias de 2007 y 2008, razón por la cual, el 19 de agosto de 2010, la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública dio apertura a la investigación disciplinaria contra dichos funcionarios.

Indicó que el 25 de enero de 2011 se profirió pliego de cargos contra los citados servidores públicos y concretamente, contra los señores Luis Aníbal López y Andrés Camacho Cardozo, en su calidad de secretarios de hacienda, respectivamente⁸, por incumplir el deber contemplado en el artículo 34 (numeral 1º) de la Ley 734 de 2002⁹, al omitir velar por el cumplimiento de las normas relativas a la inversión de los excedentes de liquidez y ordenar la inversión de los recursos provenientes de excedentes de liquidez en los términos de la Ley 819 de 2003, permitiéndose que la Tesorería Municipal invirtiera \$ 6.000.000.000 millones en el encargo fiduciario FIDUCOR 32-0921 cuyo titular era Toro Investment Group S.A.¹⁰, entidad privada no vigilada por la Superintendencia Financiera y sin la existencia de ningún título valor que respaldara dicha inversión.”

Expresó que, a través de auto de 6 de octubre de 2011 -*notificado personalmente el 26 de octubre de 2011*-, la autoridad disciplinaria varió el pliego de cargos, para señalar que el demandante incurrió a título de culpa gravísima en la falta gravísima contemplada en el artículo 48 (numeral 27) *ibídem*¹¹, pues estaba en posición de garante¹² (por omisión impropia), de acuerdo con lo previsto en el inciso 2º del artículo 27 del CDU, incumplándose las funciones propias establecidas en los numerales 5, 19 y 20 del Manual de Funciones de la entidad territorial¹³.

Adujo que, por medio de auto del 1º de noviembre de 2011, al demandante se le designó defensor de oficio, quien rindió descargos en su representación y posteriormente, lo hizo a través de abogado de confianza, quien a su vez alegó de conclusión.

Sostuvo que la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, mediante fallo de primera instancia de 25 de abril de 2012¹⁴, lo sancionó con la destitución e inhabilidad general por el término de 11 años *-al igual que al señor Luis Aníbal Rojas a quien le impuso 12 años de inhabilidad-*, al considerar que en su condición de secretario de hacienda incumplió el deber de ordenar la inversión de los excedentes de liquidez en los términos de la Ley 819 de 2003¹⁵, y como consecuencia de su desatención, permitió que el Tesorero Municipal invirtiera la suma de \$6.000.000.000 correspondiente a los excedentes de liquidez en el encargo fiduciario FIDUCOR – TIG S.A. 732-0921, cuyo titular no era el municipio de Neiva, sino la entidad privada Toro Investment Group S.A., situándose en riesgo dichos recursos, de forma abiertamente contraria a la ley.

Afirmó que se interpuso recurso de apelación contra mencionado fallo disciplinario, el cual fue resuelto por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación mediante fallo de segunda instancia de 20 de diciembre de 2012¹⁶, donde se disminuyó la sanción a suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 6 meses, convertida en multa equivalente en salarios por dicho período, toda vez que ya había cesado el ejercicio del cargo.

Indicó que, en esta misma decisión se absolvió al señor Luis Aníbal López Rojas, quien ejerció el cargo de secretario de hacienda en el 2007, por cuanto las inversiones de excedentes reprochadas de julio y agosto de 2007 fueron efectuadas por quien desempeñó para la época dicho empleo, pues aquél se encontraba en una comisión por fuera del país, y en ese orden de ideas, no se le podían exigir deberes de control sobre quien lo reemplaza, dado que dicha función estaba en cabeza del alcalde conforme a la estructura administrativa del municipio.

Normas violadas

El demandante citó como violadas las siguientes disposiciones:

- Constitución Política, artículos 2, 4, 6, 13, 29, 83, 84, 85, 93, 94 y 209.
- Ley 489 de 1998, artículo 3º.
- Ley 734 de 2002, artículos 4, 5, 6, 8, 9, 13, 15, 17, 20, 21, 23, 24, 28, 94, 100, 101, 103, 109, 128, 129, 130, 140, 141, 142, 143 y 165.
- Ley 1437 de 2011, artículo 3º.

Concepto de violación¹⁷.

Señaló el apoderado del demandante que, la autoridad disciplinaria demandada vulneró el derecho al debido proceso y la garantía de defensa del disciplinado, pues los actos acusados adolecen de los siguientes vicios de nulidad:

i) Infracción de las normas superiores en que debió fundarse la decisión administrativa demandada. Señaló el apoderado del demandante que, la Procuraduría General de la Nación:

- Desconoció la garantía de defensa técnica del investigado (artículo 17 del CDU), a partir de la formulación del pliego de cargos, ya que en ningún momento le comunicó la necesidad de designar un abogado de confianza o de oficio para el ejercicio de la defensa de sus intereses dentro del proceso, así como tampoco reconoció personería adjetiva en su debida oportunidad al apoderado al rendir descargos el 28 de febrero

de 2011 o al impugnarse el auto por el cual se decretaron pruebas el 2 agosto del mismo año, por lo que se hizo necesario elevar un requerimiento en el escrito en el que se pronunció respecto de la variación del pliego de cargos.

- Invirtió la presunción de inocencia y buena fe del disciplinado, y dejó de valorar si la falta fue antijurídica, esto es, si la conducta investigada afectó el deber funcional sin justificación alguna ni tuvo en cuenta que toda duda favorable debe resolverse a favor del investigado; de ahí que la autoridad demandada debía demostrar la presunta culpa con la que supuestamente actuó el encartado con estricta garantía de los derechos fundamentales.

- No resolvió en el fallo de segunda instancia cada uno de los cuestionamientos planteados en el recurso de apelación ni realizó un análisis ponderado, racional e igualitario del comportamiento de los secretarios de hacienda para los años 2007 y 2008, y aún menos valoró de manera objetiva e integral el material probatorio.

- Omitió considerar que el actor no tenía la posición de garante ni era una autoridad jerárquicamente superior, y por ende, no ejercía ningún control de esa naturaleza respecto del Director de tesorería para la época de los hechos materia investigación, y además, independientemente del actuar irregular de este último, la firma FIDUCOR ya había realizado la devolución total de los recursos o depósitos efectuados, de manera que no se generó un detrimento del patrimonio público.

- No justificó desde el punto de vista jurídico las razones de la modificación del pliego de cargos mediante auto del 6 de octubre de 2011, pues no indicó en qué consistió el error en la calificación o cuál fue la prueba sobreviviente que fundamentó la variación en la imputación endilgada al entonces investigado.

- Quebrantó el derecho de igualdad, ya que el dominante fue investigado y sancionado por su condición de secretario de hacienda al igual que el Aníbal López Rojas quien tuvo la misma calidad; sin embargo, este último fue absuelto de responsabilidad disciplinaria, evidenciándose un trato diferenciado respecto de dichos funcionarios por parte de la Procuraduría justificado en las disímiles condiciones fácticas y jurídicas en que se encontraban al tiempo de los hechos investigados.

ii) Desviación de poder. Señaló el apoderado de la parte actora que, el operador disciplinario quebrantó los fines esenciales del Estado, al continuar el trámite disciplinario pese a las irregularidades advertidas por el apoderado del investigado y juzgarlo con base en una valoración probatoria sesgada que conllevó a declararlo responsable por medio de los actos demandados.

iii) Falsa motivación. Sostuvo que los fallos disciplinarios acusados se fundamentaron en razonamientos que no se compadecen con la realidad jurídica ni probatoria del proceso y desconocieron la estructura y funcionamiento interno de la alcaldía de Neiva, pues el demandante no era superior jerárquico del tesorero, tal como puede evidenciarse con base en las pruebas aportadas que dejaron de valorarse por la autoridad.

iv) Expedición irregular. Adujo que se desconoció la normativa constitucional y legal que rige el proceso disciplinario señalada en precedencia.

1.2 Contestación de la demanda¹⁸

La Procuraduría General de la Nación a través de apoderado, contestó la demandada oponiéndose a las pretensiones del libelo, con los siguientes argumentos:

Señaló que, los actos administrativos acusados no adolecen de ninguna irregularidad que tipifique alguna de las causales de nulidad invocada, sino que por el contrario, fueron expedidos con observancia plena de los presupuestos del debido proceso, el derecho de defensa y con apego a las exigencias constitucionales y legales que rigen el proceso disciplinario, razón por la cual, la sanción disciplinaria impuesta al demandante es producto de la investigación que la Procuraduría General de la Nación adelantó con absoluta observancia de los derechos de audiencia y contradicción.

Expuso que, con base en las pruebas arrimadas al proceso, se determinó la imputación fáctica y jurídica realizada, consistente en que el ahora demandante en su condición de secretario de hacienda del municipio de Neiva, omitió velar por el cumplimiento de las normas relativas a la inversión de los recursos correspondientes a los excedentes de liquidez, lo que permitió que la tesorería invirtiera entre los meses de marzo y octubre de 2008 la suma de \$6.000.000.000 en el encargo fiduciario 732-0921, cuyo titular fue una entidad particular sin respaldo alguno. A diferencia del señor Luis Aníbal López Rojas, quien pese a ostentar la misma calidad e investigarse por los mismos hechos, ejerció el cargo en épocas y circunstancias diferentes que condujeron a su absolución.

Aseveró que las razones que dieron lugar a la modificación del pliego de cargos fueron plasmadas en la providencia del 25 de enero de 2011, a saber: i) inicialmente al investigado se le reprochó incurrir a título de culpa grave en una falta grave derivada del incumplimiento del canon 34 (numeral 1º) de la Ley 734 de 2002; sin embargo, por encontrarse en posición de garante, se consideró que incurrió en la falta gravísima del artículo 48 (numeral 27), a título de culpa gravísima por desatención elemental de reglas de obligatorio cumplimiento; y ii) errores de digitación de fechas y normas, comoquiera que el legislador previó en el inciso final del artículo 165 *ejusdem*, la variación de los cargos después de la práctica de las pruebas solicitadas al rendir descargos. Por lo anterior, con el fin de garantizarles a los sujetos investigados los derechos de defensa y contradicción, se les otorgó un nuevo término para presentar descargos y solicitar pruebas.

Argumentó que, en la segunda instancia también se resolvió el desacuerdo del disciplinado en relación con la posición de garante frente al actuar del director administrativo de tesorería del ente territorial, puesto que quien debió ejercer primeramente los deberes de control y supervisión era el secretario de hacienda, en la medida en que según el organigrama del municipio, la dirección administrativa de tesorería depende jerárquicamente de la Secretaría de hacienda, aunado a que el mismo manual de funciones determina que las inversiones de excedentes de liquidez recaen directamente en esa dependencia, razón por la cual, no es de recibo el argumento atinente a que se encontraban en el mismo nivel jerárquico, por el simple hecho de que los servidores que las dirigen son nominados por el alcalde, ya que los secretarios de despacho son funcionarios más cercanos a dicha autoridad, por ende, les corresponde coordinar el conjunto de funciones y actividades de las diferentes dependencias.

Manifestó que por lo anterior, no es cierto que la segunda instancia dejara de pronunciarse frente a los argumentos planteados en el recurso de apelación, máxime cuando se acogió el cargo de la defensa que conllevó a modificar el grado de culpabilidad atribuido al disciplinado, de gravísima a grave, y como consecuencia de ello se disminuyó la sanción.

Indicó que, al señor dominante se le garantizó el derecho a la defensa técnica, pues su defensor de oficio presentó escrito de descargos y posteriormente su apoderado de confianza *-a quien reconoció personería adjetiva mediante auto del 18 de mayo de 2011-* se pronunció frente al proveído de variación de cargos, quien solicitó el decreto y práctica de pruebas que fueron atendidas oportunamente, e igualmente, presentó alegatos de conclusión e interpuso el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia.

Alegó que, lo pretendido por el accionante es reabrir el debate probatorio surtido en el proceso disciplinario, toda vez que busca controvertir la comprobación de su falta y de su responsabilidad a título culposo, sin tener en cuenta la inviabilidad de extender a la sede contenciosa administrativa esa discusión¹⁹. Esto, sumado a que la apreciación de los medios probatorios se realizó conforme a derecho y la sana crítica, valorándose todos los elementos recaudados durante el proceso disciplinario, con base en los cuales se determinó la comisión del ilícito disciplinario endilgado al demandante.

1.3 La sentencia apelada²⁰

El Tribunal Administrativo del Huila, en sentencia de primera instancia de 25 de junio de 2018, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte vencida dentro del proceso, con base en los siguientes argumentos:

Explicó que, respecto de los derechos fundamentales al debido proceso, contradicción y defensa del demandante, no existió ninguna vulneración, habida consideración que a partir del momento en que se dio apertura de la investigación, la entidad demandada le informó al actor su derecho a designar defensor y en ella insistió al comunicarle la formulación del pliego de cargos mediante oficio 176 de 1º de febrero de 2011, y notificado personalmente el 15 de febrero siguiente, frente a lo cual el investigado decidió ejercer inicialmente por sí mismo su defensa material, y posteriormente designó un defensor de confianza, quien presentó la contestación de los cargos inicialmente formulados y la modificación, por lo que le fue reconocida personería adjetiva a través de auto de 18 de mayo de 2011 y todas las actuaciones procesales le fueron debidamente puestas en conocimiento al encartado.

Sostuvo que, a partir de la lectura sistemática de los artículos 17, 155 y 165 del CDU, se establece que si bien existe el deber de informar al investigado su derecho a nombrar un defensor, en el proceso disciplinario -a diferencia del penal-, no es obligatoria la representación por parte de un profesional del derecho, ya que es potestativo del investigado si desea o no ser asistido por un abogado que asuma su defensa técnica, pues así lo ha establecido el precedente de la Corte Constitucional²¹ y el Consejo de Estado²².

Indicó que, en cuanto a la variación del pliego de cargos efectuada por la demandada, esta encuentra plena justificación en las específicas circunstancias en que acaecieron los hechos, pues del análisis probatorio que realizó la autoridad, se establece que el actor fungía como secretario de hacienda, y de acuerdo con el Manual de Funciones vigente para la época de los hechos investigados (Decreto 0339 de 2006), le correspondía velar por el cumplimiento de las normas relativas a la inversión de los recursos correspondientes a los excedentes de liquidez de regalías en entidades financieras con bajo riesgo crediticio, sin que lo hubiera efectuado, omisión que derivó en que el tesorero lo hiciera a su arbitrio, tipificándose por omisión la falta gravísima prevista en el artículo 48 numeral 27 del estatuto disciplinario²³.

Expuso que por lo anterior, no es de recibo la afirmación de la parte actora, consistente en que la entidad demandada al modificar los cargos omitió justificar el error en la calificación jurídica o prueba sobrevenida que la fundamentara, pues de la simple lectura de la decisión es claro que en la calificación inicial el operador disciplinario no analizó la posición de garante del investigado ni la comisión por omisión como modalidad de realización de la falta disciplinaria, elementos jurídicos determinantes para la estructuración de los cargos imputados que permitían en mejor medida garantizar el derecho de defensa implicado, de modo que se corrigió una irregularidad sustancial que pudo generar la nulidad de lo actuado, en los términos del artículo 143 del CDU²⁴.

Señaló que, frente a la indebida valoración de las pruebas, a contrario sensu de lo alegado por el accionante, a partir el acervo probatorio del proceso disciplinario, la entidad demandada concluyó que se configuraron los elementos necesarios para declarar la responsabilidad disciplinaria del actor, pues se demostró que el demandante ostentaba la calidad de garante respecto del tesorero, en atención a que según el Manual de Funciones del municipio de Neiva - Decreto 0339 de 2006, es función del secretario de hacienda velar por el cumplimiento de las normas orgánicas institucionales y demás disposiciones que regulan los procedimientos y trámites administrativos (numeral 5); ordenar la inversión de los excedentes de liquidez en títulos de deuda pública o en títulos que contaran con una alta calificación de riesgo crediticio (numerales 19 y 20). Además, le correspondía ordenar la inversión de los excedentes de liquidez sin que hubiera ejercido control y vigilancia sobre su dependiente y ordenado dicha inversión, actuar omisivo del cual emanó la falta disciplinaria por la cual fue sancionado al incumplir su deber funcional sin justificación alguna, atentando contra el buen funcionamiento del Estado.

Agregó que, la imputación jurídica efectuada al disciplinado, imponía que se acreditara el deber funcional de supervisión y control de la Secretaría de Hacienda respecto a la Dirección Administrativa de Tesorería, razón por la cual, la autoridad disciplinaria otorgó mayor mérito probatorio al manual de funciones y al organigrama del municipio que a los testimonios practicados, puesto que constituyen actos administrativos que se presumen legales y producen plenos efectos según los artículos 88 y 89 del CPACA, y que en todo caso no resultan desvirtuados por la prueba testimonial y el estudio técnico para la modernización de la planta de personal del municipio de Neiva.

Sostuvo que, respecto de la vulneración del principio de igualdad frente al caso del señor Luis Aníbal López Rojas, no había mérito para sancionarlo por encontrarse en comisión por fuera del país para los meses de julio y agosto de 2007, período en que se realizaron las inversiones, y por haberse imputado la conducta reprochada de diciembre del mismo año bajo una modalidad equivocada; a diferencia del ahora demandante si era responsable por omitir sus deberes de vigilancia y control como superior y garante del tesorero que efectuó inversiones de excedentes riesgosas.

Adujo que, no es cierto que el fallador de segunda instancia omitiera resolver los cargos de la apelación, pues ésta se limitó a los precisos cuestionamientos invocados por el disciplinado, tras advertir que debió formularse un solo cargo en contra del investigado y encontrar acertado que la Procuradora Segunda Delegada para la Contratación hubiera declarado que no existe prueba del incumplimiento del deber del actor consistente en ordenar las inversiones de excedentes de manera irregular, pero sí consideró que había omitido velar el cumplimiento de las normas que regulan dicha materia al no ejercer control y vigilancia sobre el tesorero.

Argumentó que, por cuanto la entidad demandada debió acudir al proceso a través de un profesional del derecho que atendiera esa instancia y conforme lo previsto en el artículo 188 del CPACA, era procedente condenar en costas al demandante dado que sus pretensiones no fueron acogidas

El apoderado del demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia del 25 de junio de 2018 del Tribunal Administrativo del Huila, con base en los siguientes argumentos:

Señaló que el A Quo omitió referir que la etapa de decreto y prácticas de pruebas se desarrolló sin otorgarle personería adjetiva al apoderado del investigado y por ende, sin la posibilidad de ejercer la defensa técnica desde la expedición del auto de 18 de mayo de 2011, ya que el Procurador Delegado para la Economía y Hacienda Pública efectuó dicho reconocimiento al abogado designado después de transcurridos 2 meses y 18 días de haberse aportado el poder, sin que se le comunicara o notificara en debida forma al profesional del derecho, por lo que al avanzar la actuación disciplinaria sin defensa, este se vio obligado a insistir con requerimientos para que le permitieran actuar durante la etapa probatoria.

Sostuvo que si bien el Tribunal de instancia reconoció la variación de cargos, no identificó el error en la *calificación de la falta endilgada o la prueba sobreviviente* que justificara esa modificación por parte de la autoridad disciplinaria, situación que generaba la nulidad de la actuación desde la etapa inicial; no obstante de esa forma justificó la sanción impuesta exclusivamente al actor y la absolución del señor Luis Aníbal López Rojas, sobre la base de una culpa grave en la modalidad de omisión impropia que configuraba una supuesta falta grave, sin que se garantizara el debido proceso y la garantía de defensa del investigado.

Manifestó que la sentencia controvertida no indicó si el Decreto 0339 de 16 de marzo de 2006 expedido por la alcaldesa de Neiva, fue publicado en la gaceta o Diario municipal, por ende, no hizo referencia a la ineficacia de ese acto de carácter general con base en el cual, en su criterio, se estableció la posición de garante del secretario de hacienda respecto del director de tesorería, aunado a que por medio de este, el alcalde delegó la competencia de la ordenación de gastos y contratación “en todos los secretarios de Despacho, menos en el Secretario de Hacienda, así como tampoco la inversión de regalías”, sin que se constituyera póliza de manejo para la ordenación de gastos. Por ende, no existe prueba de la delegación de dichas competencias en el actor, como erróneamente lo interpretó el ente demandado y la providencia impugnada.

Adujo que se desconoció que el cargo de director de tesorería, sustancial y materialmente no existe, ya que el empleo desempeñado por quien fungía como tesorero, era el de profesional especializado adscrito al despacho del alcalde y no al de la Secretaría de hacienda, autoridad última ésta, igualmente responsable de la contratación en la entidad territorial, conforme a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, artículos 11 (ordinales 1 y 3 literal b) y 26 (numeral 5). Empero, si se hubiera delegado esa función -aún cuando no existe prueba de ello-, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal, civil y penal al agente principal²⁶.

Sostuvo que de acuerdo con la declaración del señor Alberto Calderón Gómez (Director de Tesorería Municipal), se demostró que éste fue quien ejecutó las conductas investigadas, sin informar o dar a conocer al actor sobre la colocación de los excedentes de regalías materia de investigación, así como aquella rendida por el señor Luis Aníbal López Rojas (secretario de hacienda en la vigencia de 2007), quien sí tuvo conocimiento y se enteró de ese hecho realizado por parte de Yesid Orlando Perdomo Llano (Director de Tesorería Municipal durante esa vigencia), al punto que renovó esa operación y pese a ello, se le absolvió porque para la fecha específica de colocación estaba retirado temporalmente del cargo.

Afirmó que no se realizó una valoración de todas las pruebas obrantes en el proceso, concretamente del acta de visita especial practicada por la autoridad disciplinaria y el estudio técnico para la modernización y reorganización del municipio de Neiva, por el cual se estableció que aunque existía un esquema o estructura interna de la administración municipal de Neiva meramente formal, ésta no se soportaba en el referido Decreto 0339 de 16 de marzo de 2006 expedido por la alcaldesa de Neiva, y a partir del cual se constató que las denominadas direcciones administrativas (como la de tesorería), realmente eran inexistentes y además no existía una correcta comunicación y coordinación entre éstas y las secretarías, por lo que en virtud del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, deberán valorarse la totalidad de los elementos probatorios obrantes dentro del *sub judice*.

Agregó que, tampoco existe prueba alguna a partir de la cual se evidencia que la conducta del demandante haya afectado el interés general, los fines del Estado a cargo del municipio o los bienes jurídicamente tutelados que justifiquen y soporten la exigencia de la ilicitud sustancial de una falta disciplinaria, pues la misma administración certificó que todas las inversiones fueron devueltas por FIDUCOR S.A. e inclusive existe un estudio financiero de la Contraloría General de la República que prueba la ausencia de daño o detrimento patrimonial y que dio lugar a la terminación del proceso de responsabilidad fiscal sin condena alguna.

Por último, sostuvo que el control que ostenta la jurisdicción contencioso administrativo es pleno e integral sobre los administrativos disciplinarios y reiteró en su totalidad los cargos de violación planteados en el libelo y en los alegatos de conclusión de la parte actora.

1.5 Alegatos de segunda instancia y concepto del Ministerio Público

- La parte recurrente *-demandante-* reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

- La entidad demandada insistió en que en efecto como lo señaló la sentencia objeto de controversia, el demandante en su calidad de secretario de hacienda de Neiva tenía el deber funcional de salvaguardar la correcta inversión de los excedentes en Títulos de Deuda Pública Interna de la Nación, ya que la finalidad del legislador al establecer el artículo 17 de la Ley 819 de 2003, fue evitar que los excedentes de liquidez de las entidades territoriales sean invertidos en entidades financieras carentes de una alta calificación de riesgo y que no ofrezcan seguridad respecto de los recursos del erario.

- El Ministerio Público no presentó concepto²⁷.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Planteamiento del problema jurídico

Revisada la demanda, la contestación y los argumentos del recurso de apelación, encuentra la Sala que para resolver de fondo el presente asunto deberá atender los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Se vulneró el debido proceso del disciplinado por desconocimiento a la defensa material y a la designación de un abogado, incongruencia del pliego de cargos y del fallo de segunda instancia?

- ¿El demandante incurrió en la descripción típica endilgada por la autoridad disciplinaria, de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso?

Para efectos de resolver los problemas en cuestión, la Sala considera pertinente hacer referencia a: i) el derecho al debido proceso en actuaciones administrativas; ii) el pliego de cargos en el curso de un procedimiento administrativo disciplinario y la oportunidad para modificarlo; para finalmente, iii) resolver los cargos de la apelación.

2.2 RESOLUCIÓN DEL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO RELACIONADO CON LA PRESUNTA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO.

El debido proceso administrativo

La Constitución Política de 1991, en su artículo 29 consagró el derecho fundamental al debido proceso, en virtud del principio de legalidad,²⁸ el cual constituye uno de los fundamentos esenciales del Estado Social de Derecho, toda vez que impone un límite al ejercicio del poder público, en especial, a la aplicación del *ius puniendi*, teniendo en cuenta que las funciones del Estado deben ser desarrolladas, con la estricta observancia de los lineamientos o parámetros establecidos previamente por el legislador. Adicionalmente, representa un mecanismo de protección a los derechos de los ciudadanos, pues su ejercicio no puede cercenarse por las autoridades de manera arbitraria o deliberada.

En el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho fundamental objeto de estudio en el presente acápite ha sido denominado por la jurisprudencia, como debido proceso administrativo, que hace referencia a la aplicación de los procedimientos legalmente establecidos por parte de las entidades del Estado en el curso de cualquier actuación administrativa, con el propósito de garantizar los derechos de las personas que puedan resultar afectadas por las decisiones de la administración. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en reiteradas oportunidades ha sostenido que el debido proceso administrativo está constituido por las siguientes prerrogativas:

“(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”.²⁹

Entonces, el debido proceso administrativo impone a las entidades del Estado adelantar cualquier actuación o procedimiento administrativo, cuyo propósito sea crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, con la estricta observancia de los lineamientos previamente consagrados por el legislador, esto con el objeto de garantizar a los ciudadanos que puedan verse afectados por el ejercicio de la función pública, la protección de sus derechos de contradicción y defensa.

Cabe destacar en este punto, que no toda irregularidad dentro del procedimiento administrativo o inobservancia de los requisitos formales por parte de la administración pública, constituye por sí sola, una causal para declarar la nulidad de los actos administrativos producto de una actuación administrativa. Estos solo podrán ser anulados, cuando los vicios dentro de procedimiento, impliquen el desconocimiento de las garantías fundamentales de contradicción y defensa de quien pueda resultar afectado con su expedición, es decir, que la nulidad de un acto administrativo por desconocimiento del debido proceso administrativo puede ser decretada únicamente cuando dentro del proceso para su elaboración se presenten las irregularidades sustanciales o esenciales, que desconozcan las garantías constitucionales del titular de la decisión.

Las irregularidades o vicios, que puedan presentarse en el desarrollo del proceso de expedición de un acto administrativo, que no impliquen el desconocimiento de las garantías constitucionales del afectado, no tienen la relevancia para generar la nulidad del mismo, pues esto no desconoce la finalidad del debido proceso administrativo, es decir, la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, entonces tales vicios de procedimiento son considerados como irregularidades intrascendentes o irrelevantes, los cuales están consagradas por el legislador en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³⁰.

Aunado a lo anterior, es de gran relevancia señalar que el derecho de defensa es una garantía fundamental que, en tratándose del disciplinado fue prevista en el artículo 17 del CDU, en los siguientes términos:

“Artículo 17. Derecho a la defensa. Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente.” (Se resalta).

De la norma transcrita, se establece que este *ius* fundamental del disciplinado comprende la designación de un abogado y, en los eventos en que el encartado se encuentre ausente, para ser juzgado se requiere de la representación a través de apoderado judicial, por ende, en caso de que no cuente con un representante, se le designará un defensor de oficio.

“Artículo 165. Notificación del pliego de cargos y oportunidad de variación. El pliego de cargos se notificará personalmente al procesado o a su apoderado si lo tuviere.

Para el efecto inmediatamente se librárá comunicación y se surtirá con el primero que se presente.

Si dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación no se ha presentado el procesado o su defensor, si lo tuviere, se procederá a designar defensor de oficio con quien se surtirá la notificación personal.(...)”

-

En esta etapa procesal, conforme la norma transcrita, el pliego de cargos podrá notificarse personalmente al procesado o a su apoderado si lo tuviere, y en el evento en que ninguno de los dos compareciere dentro de los cinco (5) días siguientes ha sido notificado, se procederá a designar defensor de oficio con quien se surtirá la notificación personal.

- Del pliego de cargos y la oportunidad para modificarlo

La formulación del pliego de cargos constituye una de las actuaciones con especial relevancia en el trámite del proceso disciplinario, pues en dicho acto se realiza la imputación inicial de la comisión de una falta disciplinaria al investigado, este se encuentra regulado en el capítulo tercero de la Ley 734 de 2002, cuyo artículo 163 consagra los elementos que se deben incluir en el acto de formulación de cargos, así:

“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.
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.”

Con la decisión de formulación de cargos, se impone un límite claro a la actuación sancionatoria por parte de la autoridad disciplinaria, pues esta deberá concentrarse únicamente en la conducta cuyas circunstancias de tiempo, modo y lugar se describen en dicho acto administrativo, que constituye una falta disciplinaria, consagrada como tal por el legislador, y que de conformidad con las pruebas recaudadas hasta dicha etapa del procedimiento administrativo es atribuible al investigado.

Así mismo, con la notificación del acto de formulación de cargos,³¹ se le pone de presente al investigado la conducta presuntamente realizada objeto de reproche disciplinario, el análisis de las pruebas, la culpabilidad y demás elementos esenciales del proceso disciplinario promovido en su contra, con lo que se busca garantizar el derecho de contradicción y defensa del mismo, pues con la actuación objeto de estudio se da acceso a la investigación, la oportunidad de solicitar copias de la misma³² y la posibilidad de rendir descargos o argumentos de oposición;³³ mediante los cuales puede controvertir los elementos de juicio obrantes en el proceso y allegar pruebas en su beneficio, justificar la licitud de la conducta disciplinariamente reprochada, solicitar la nulidad de la actuación, presentar alegatos de conclusión,³⁴ e inclusive, guardar silencio sobre el particular.

Por otra parte, es necesario precisar que, el acto de formulación de cargos no constituye la imputación definitiva que se efectúa en el transcurso del proceso disciplinario; por el contrario, es apenas una adecuación típica provisional, pues en dicha instancia de la actuación administrativa, no

se ha escuchado al disciplinado y seguramente no se habrá recaudado la totalidad de los elementos de juicio que otorguen certeza al fallador disciplinario de la comisión de la falta disciplinaria investigada, dado que, el pliego de cargos cumple la finalidad específica de limitar o concretar el ámbito de la actuación disciplinaria y permitir al investigado ejercer su derecho de contradicción y defensa.

Ahora bien, toda vez que la decisión de formulación de cargos constituye un acto provisional, el fallador disciplinario puede variar algunos de los elementos esenciales inicialmente incluidos en el citado acto administrativo, si así a bien lo tiene en el trascurso de la actuación disciplinaria, con miras a salvaguardar los derechos fundamentales del disciplinado y obtener la verdad material en el referido procedimiento sancionatorio. El inciso final del artículo 165 de la Ley 734 de 2002, contempla una oportunidad para tales efectos, cuyo texto dispone:

“El pliego de cargos podrá ser variado luego de concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única instancia, por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente. La variación se notificará en la misma forma del pliego de cargos y se otorgará un término prudencial para solicitar y practicar otras pruebas, el cual no podrá exceder la mitad del fijado para la actuación original.

De la norma transcrita se colige que, la imputación provisional realizada en el pliego de cargos podrá variarse una vez finalizada la práctica de las pruebas a las que haya lugar, y hasta antes de proferir fallo de primera o única instancia. Dicha modificación tendrá lugar en dos eventos concretos, a saber, cuando se encuentre que ha habido un error en la calificación jurídica de la falta, o se allegue al proceso una prueba nueva que obligue a la autoridad disciplinaria a realizar cambios en la decisión de cargos. Realizada dicha variación, la misma norma prevé una oportunidad para que el investigado solicite nuevas pruebas o controvierta los nuevos elementos de la imputación, esto con el propósito de salvaguardar el debido proceso, especialmente el derecho de contradicción y defensa del disciplinado.

Una vez agotadas las oportunidades procesales antes señaladas, la autoridad disciplinaria no podrá modificar elementos esenciales de la imputación disciplinaria, como la conducta reprochada, la ilicitud sustancial o la culpabilidad, por ejemplo, en el fallo de primera o única instancia, pues esto implicaría la vulneración del principio de congruencia entre la imputación efectuada en el trámite disciplinario, la cual pudo ser controvertida por el investigado; y la realizada en el fallo disciplinario, toda vez que dicho acto constituiría una evidente vulneración del derecho al debido proceso administrativo del disciplinado, el cual no tendría oportunidad alguna para controvertir los aspectos objeto de la variación.

Sobre el particular, la jurisprudencia edificada por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal en múltiples oportunidades ha resuelto un problema afín en el ámbito del derecho penal, cuyas garantías –según se señaló anteriormente- son aplicables, *mutatis mutandi*, al proceso disciplinario en la medida en que este también es una manifestación del poder punitivo del Estado. El problema jurídico-penal en cuestión es el de la relación existente entre la calificación jurídica de una conducta efectuada por la Fiscalía en la resolución de acusación –*Ley 600 del 2000*- o el escrito de acusación –*Ley 906 de 2004*-, con la que se inicia la fase de juzgamiento penal, por una parte, y la calificación jurídica efectuada por el juez penal llamado a establecer la responsabilidad del acusado al finalizar el proceso, por otra.

El primer pronunciamiento en este sentido fue proferido el 27 de julio de 2007³⁵, en donde sostuvo lo siguiente:

“La congruencia, pues, exige correspondencia o identidad entre la sentencia y los cargos imputados en la acusación, concepto más o menos general y no discutido y sobre el cual existe, en dicha medida conformidad.

No sucede igual cuando se intenta precisar, de una parte, cuál es el elemento jurídico-material condicionante del fallo, esto es, si inexorablemente la acusación señala de manera definitiva sus límites o si ella puede ser susceptible de variación por parte de la Fiscalía, con forzosa incidencia en la sentencia, o si, inclusive, puede el juez apartarse de la acusación y emitir un fallo acorde con lo que determina probado en el debate oral.

Para dar una respuesta sobre el particular es necesario recordar cómo en los Estatutos precedentes a la Ley 906 de 2004, siempre se asumió que la calificación jurídica de los hechos era en el pliego de cargos eminentemente provisional. En principio, dicho entendimiento provenía del hecho de afirmarse que la definición del caso siempre estaba en cabeza del juez en la sentencia.

(...) en vigencia la Ley 600 de 2000, se vino a contemplar la posibilidad de introducirle a la acusación una variación por la Fiscalía, exclusivamente también respecto de la imputación jurídica en ella contenida -esto es, la denominada imputación subjetiva, las circunstancias en que se cometió el comportamiento y la calificación jurídica de éste, o lo que es igual, su adecuación típica-, manteniendo, como en el anterior Estatuto, la intangibilidad del núcleo básico o entorno fáctico que le servía de fundamento.

Dicha modificación en la adecuación típica, como no podía ser de otro modo bajo el supuesto de preverse solamente para hacer más gravosa la condición del imputado, se encontraba expresamente reglada para brindar la oportunidad a los diversos sujetos procesales de ejercer sus derechos, podía hacerse en vigencia de la Ley 600 de 2000 sin restricción alguna por título o capítulo del Código Penal, siempre y cuando no implicara la imputación de un nuevo delito concursando con el anterior y en tanto la variante dada conllevara la imputación de un punible más grave, pues si el Fiscal estimaba que el acusado debía ser condenado pero por una especie delictiva de menor gravedad, o que era dable reconocer una circunstancia específica de atenuación o, en general, que se le debía aminorar la responsabilidad, así lo debía alegar y no proceder a modificar la calificación.

-

Con todo, en plena dinámica del método acusatorio a que dio lugar la Ley 906 de 2004, cabe sin embargo recabar e inquietar sobre lo que ocurre si la Fiscalía en desarrollo del juicio oral y una vez practicadas las pruebas tiene una visión diferente de los hechos y consiguientemente de la entidad típica de ellos o de circunstancias agravantes concurrentes o de mayor punibilidad.

Como ya se recordó, en vigencia del Código de Procedimiento Penal contemplado en la Ley 600 de 2000, que se adujo comportaba una inicial tendencia acusatoria, sólo era viable la variación a la calificación jurídica para imputar agravantes o un delito más grave al procesado, pues nada obstaba que si la modificación jurídica lo era para degradar la entidad típica, simplemente así lo deprecara del juez, o que éste, ante dicha variante motu proprio pudiera impartir sentencia por un delito con menor rigor punitivo, o, en todo caso, excluyendo una agravante, alternativa de variabilidad de los cargos que sólo se hizo viable por estar legalmente prevista y por contemplar un trámite que la regularizaba e integraba al procedimiento.

Para destacar esta postura, basta simplemente con evocar diversas hipótesis en las cuales pese a ser respetuoso con el presupuesto de identidad fáctica o de los hechos, propiciar la posibilidad de que la Fiscalía modifique los cargos en pleno juicio oral podría ver avocado al procesado a ser sorprendido con conductas punibles de mayor gravedad y en relación con las cuales, desde luego, dada la oportunidad en que se produce la variación, ya no podría ejercer el contradictorio, lo que sucede por antonomasia en el sistema acusatorio en el juicio a través de las pruebas en que se sustenta la defensa.

La Corte ha tenido oportunidad de señalar, inclusive, que no obstante tratarse de delitos pertenecientes a un mismo capítulo, existir identidad en el bien jurídico tutelado y de la sanción punitiva, como quiera que los argumentos defensivos se encaminan a desvirtuar los presupuestos que la descripción típica del delito imputado contiene, una variación en torno de ella que suponga la existencia de elementos delictivos diversos, de contenido jurídico, o extrajurídico y en relación con los cuales, en todo caso, no se habría ocupado de ser desvirtuados a través de las pruebas con dicho cometido solicitadas en el juicio, dado que no hacían parte de la acusación, es incuestionable la vulneración del derecho de defensa que en estos casos se presenta, como sucedió en la sentencia 19.628, al casar el fallo toda vez que la acusación lo había sido por contrato sin cumplimiento de requisitos legales y la condena lo fue, sin embargo, por interés ilícito en la celebración de contratos.

No obstante, es muy claro que así como la Fiscalía carece de disponibilidad de la acusación, en el entendido de que le sea dable desistir de la misma o retirarla -pues solicitar la absolución está dentro de sus facultades y deberes pero configura un supuesto evidentemente distinto-, encuentra la Corte que nada de ello se opone a que bien pueda solicitar condena por un delito de igual género pero diverso a aquél formulado en la acusación -siempre, claro está, de menor entidad-, o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, siempre y cuando -en ello la apertura no implica una regresión a métodos de juzgamiento anteriores- la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, pero además, que no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes.

Clarificado dentro del esquema del Código de Procedimiento Penal vigente y por consiguiente, bajo los principios orientadores del modelo de juzgamiento acusatorio con la fisonomía y características que ha recogido la Ley 906 de 2.004 y la preponderancia otorgada al principio de legalidad que siempre está en manos del juez, no sería jurídicamente válido que se exacerbara su rol y que al propio tiempo quedara desligado de los términos de la acusación -aún dentro de la fluctuación o variabilidad reconocida por parte de la Fiscalía- para entrar a declarar la culpabilidad del imputado por hechos que no consten en la acusación o, con el alcance fijado, por delitos por los cuales no se ha solicitado condena, pues existe una limitante estricta en la regulación que sobre el particular previó el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal³⁶,

estableciendo un concepto de consonancia estricto -apenas consecuente con el sistema de enjuiciamiento adoptado-, en forma tal que, desde luego, está dentro de las facultades del juez, por ejemplo, reconocer cualquier clase de atenuante, genérica o específica, el delito complejo en lugar de un concurso delictivo, la tentativa, la ira o intenso dolor, etc., entre tanto respete la intangibilidad límite de la acusación, con la variación a que se ha hecho referencia, estándole vedado, desde luego, suprimir atenuantes reconocidas al procesado adicionar agravantes y en general, hacer más gravosa su situación.” (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

La segunda decisión se profirió el 16 de marzo de 2011³⁷, oportunidad en la cual sostuvo que la congruencia exhibe un trípode hermenéutico, en tres aspectos (i) *personal* -partes o intervinientes-, (ii) *fáctico* -hechos y circunstancias- y (iii) *jurídico* -modalidad delictiva, cuyos contenidos se desestabilizan, en los siguientes supuestos:

“(i).- en la sentencia se condena con alteración de lo fáctico o jurídico de aquella, *salvo que se trate de otro delito del mismo género y de menor entidad*.(ii).- se condena no obstante la solicitud de absolución por parte del fiscal. (iii).- cuando se altera el anuncio del sentido del fallo y la sentencia, y en los siguientes eventos:

1.- Por acción:

a.- Cuando se condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, según el caso.

b.- Cuando se condena por un delito que nunca se hizo mención fáctica ni jurídica en el acto de formulación de la imputación o de la acusación, según el caso.

c.- Cuando se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la acusación, según el caso, pero se deduce, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad.

2.- Por omisión.-

Cuando en el fallo se suprime una circunstancia genérica o específica, de menor punibilidad que se hubiese reconocido en las audiencias de formulación de la imputación o de la acusación, según el caso.

Conforme a lo anterior, se tiene que en el postulado de congruencia, convergen la imputación fáctica y la jurídica, entendidas en su amplitud y complejidad, la cual abarca con respecto a esta última todas las categorías sustanciales que valoran la conducta punible, y se integran de manera inescindible dos eslabones, valga decir, los hechos y los delitos, los cuales en la sentencia no podrán ser distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, según el caso.

Pues bien, en lo que dice relación con la imputación fáctica, es claro que los jueces de instancia bajo ningún pretexto se pueden apartar de los hechos y menos cuando estos no constan en la acusación en los términos de que trata el artículo 448 ejusdem.

No ocurre lo mismo tratándose de la imputación jurídica, de la cual se pueden apartar los jueces cuando se *trate de otro delito del mismo género y de menor entidad* como lo ha planteado la jurisprudencia³⁸, entendiéndose que aquél no se circunscribe de manera exclusiva y excluyente a la denominación específica de que se trate, sino que por el contrario hace apertura en sus alcances hacia la denominación genérica, valga decir, hacia un comportamiento que haga parte del mismo *nomen iuris* y que desde luego sea de menor entidad, ejercicio de degradación el cual reafirma el postulado en sentido de que si se puede lo más, se puede lo menos, insístase en la dimensión que viene de referirse, esto es, valga precisarlo que esa degradación opera siempre y cuando los hechos constitutivos del delito menor hagan parte del núcleo fáctico contenido en la acusación.”

Por último, en la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2016³⁹, se consagró, en definitiva, que dicho escenario procede siempre y cuando: i) no se modifique el núcleo fáctico de la acusación; ii) el nuevo delito sea de menor entidad; y iii) no se lesionen los derechos de las partes e intervinientes. Dice la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, lo siguiente:

“(…) la identidad del bien jurídico no es un presupuesto insoslayable del respeto al principio de congruencia y, por ende, de la posibilidad de condenar por una conducta punible distinta a la definida en la acusación. Ya en múltiples decisiones se ha insistido en que «*La modificación de la adecuación típica de la conducta puede hacerse dentro de todo el Código Penal, sin estar limitada por el título o el capítulo ni, por ende, por la naturaleza del bien jurídico tutelado*», por cuanto «*En la ley procesal actual –Ley 600 de 2000-, a diferencia de la anterior, la imputación jurídica provisional hecha en la resolución acusatoria es específica (art. 398.3), (por ejemplo, homicidio agravado previsto en los artículos 103 y 104.1 del Código Penal), sin que se exija el señalamiento del capítulo dentro del correspondiente título, lo que significa que para efectos del cambio de la adecuación típica o de la congruencia, esos límites desaparecieron*»⁴⁰.

Claro, cierto es que esas consideraciones se han realizado frente a procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000; sin embargo, nada obsta para que, igualmente, sean predicables de los que, como el presente, obedezcan a la ritualidad establecida por la Ley 906 de 2004, pues en ésta la imputación jurídica también es específica y provisional, por lo que ninguna razón habría para que se mantuviera una exigencia que respondía, como se vio, a las formas restringidas que para ese acto procesal preveía el código de 1991 (Decreto 2700). Eso sí, no sobra reiterar que la inmutabilidad fáctica sigue siendo presupuesto inamovible de la legalidad de la sentencia, en cuanto garantía esencial del derecho a la defensa." (Se resalta).

En igual sentido, la Subsección homóloga de esta Sala de decisión consideró de manera reciente mediante sentencia proferida el 12 de septiembre de 2019⁴¹, que el acto de formulación de cargos constituye una adecuación típica provisional, cuya variación solo procede por error en la calificación jurídica o por la aparición de una prueba sobreviniente, así:

"La formulación de cargos impone un límite claro a la actuación sancionatoria por parte de la autoridad disciplinaria, pues esta deberá concentrarse únicamente en la conducta constitutiva de falta, cuyas circunstancias de tiempo, modo y lugar se describen en dicha decisión, y que, de conformidad con las pruebas recaudadas hasta esa etapa del procedimiento administrativo, sea atribuible al investigado. Se destaca, que el acto de formulación de cargos no constituye la imputación definitiva que se efectúa en el transcurso del procedimiento disciplinario, toda vez que esta es apenas una adecuación típica provisional, pues en dicha instancia de la actuación administrativa sancionatoria, no necesariamente se ha escuchado al disciplinado y seguramente no se habrá recaudado la totalidad de los elementos de juicio que otorguen certeza al fallador disciplinario de la comisión de la falta investigada, dado que el pliego de cargos cumple la finalidad específica de limitar o concretizar el ámbito de la actuación y permite al investigado ejercer su derecho de contradicción y defensa⁴².

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

Una vez agotada la oportunidad procesal antes señalada, la autoridad disciplinaria no podrá modificar en la decisión sancionatoria elementos esenciales de la imputación tales como la conducta reprochada, la ilicitud sustancial o la culpabilidad. Esto implicaría la vulneración del principio de congruencia entre la imputación que pudo ser controvertida por el investigado y la realizada en el fallo disciplinario. Dicho acto constituiría una evidente vulneración del derecho al debido proceso administrativo del disciplinado, el cual no tendría oportunidad alguna para controvertir los aspectos objeto de la variación⁴³."

En virtud de lo expuesto, se establece que entre el acto de formulación de cargos y el fallo disciplinario de primera instancia, podrá mutar la calificación jurídica de la conducta, sin que ello constituya una vulneración del principio de congruencia y, en consecuencia, del debido proceso, siempre y cuando no se modifique el núcleo fáctico de la acusación, ya que este postulado es estricto en cuanto al aspecto fáctico y personal.

- Resolución de los cargos de apelación, referidos al primer problema jurídico.

Revisado el acto de formulación de cargos proferido el 25 de enero de 2011,⁴⁴ observa la Sala que mediante éste, se imputó al demandante la comisión de la siguiente falta disciplinaria:

"(...) CARGO PRIMERO: No velar por el cumplimiento de las normas relativas a la inversión de los recursos correspondientes a los excedentes de liquidez, lo que permitió que la Tesorería Municipal invirtiera entre los meses de marzo y octubre de 2008 la suma de \$6.000.000.000 de pesos de los excedentes de liquidez de regalías en el encargo fiduciario 32-0921 cuyo titular era Toro Investment Group S.A. en situaciones de riesgo, sin respaldo alguno y con beneficio a terceros.

Con este comportamiento se observa un incumplimiento al deber contenido en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002⁴⁵, al incumplir

el Manual de Funciones contenido en el numeral 5 del Decreto Municipal 339 de 2006⁴⁵ para el cargo de Secretario de Hacienda, norma vigente para la época de los hechos.

(...)

CARGO SEGUNDO: En su calidad de Secretario de Hacienda incumplió su deber de ordenar la inversión de los excedentes de liquidez en los términos de la Ley 819 de 2003, lo que permitió que la Alcaldía Municipal invirtiera \$6.000.000.000 de pesos de los excedentes de liquidez de regalías en el encargo fiduciario 32-0921 cuyo titular era Toro Investment Group S.A. en situaciones de riesgo, sin respaldo alguno y con beneficio a terceros entre los meses de marzo y octubre de 2008.

Con este comportamiento se observa un incumplimiento al deber contenido en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, al incumplir el artículo 17 de la Ley 819 de 2003⁴⁷ y el numeral 19 del Decreto Municipal 339 de 2006⁴⁸ para el cargo de Secretario de Hacienda, norma vigente para la época de los hechos.”

En razón de lo anterior, se calificó la conducta como falta grave a título de culpa grave, en razón del nivel de jerarquía dentro de la administración, la falta eficiencia, eficacia y probidad en el desempeño de su labor.

Frente al anterior pliego de cargos, el entonces investigado presentó escrito de descargos por medio de abogado de confianza y mediante auto de 24 de junio de 2011, se decidió sobre la solicitud de pruebas. Posteriormente, a través de Resolución 334 del 22 de agosto de 2011, el Procurador General de la Nación designó como funcionario especial al Procurador Segundo Delegado para la Contratación Estatal, autoridad que a través de proveído 6 de octubre siguiente *-notificado personalmente el 26 de octubre de 2011-*, sostuvo que se encontraba en desacuerdo frente a la calificación de la falta disciplinaria endilgada, puesto que, en principio, por encontrarse en posición de garante, de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 inciso final de la Ley 734 de 2002⁴⁹, bajo la figura de la comisión por omisión, de modo que se les debió calificar provisionalmente las faltas gravísimas, en razón de que por sus omisiones impropias pudieron eventualmente quebrantar el artículo 48 del CDU (numerales 20, 27 y 31) a título de culpa gravísima, por la desatención elemental de reglas de obligatorio cumplimiento, bajo el siguiente argumento:

“(…) como secretario de hacienda, a quien de acuerdo con el Manual de Funciones del ente territorial, Decreto 339 del 16 de marzo de 2006 de la Alcaldía de Neiva numerales 5, 19 y 20, le correspondía como función propia: “5. Velar por el cumplimiento de las normas orgánicas institucionales y las demás disposiciones que regulan los procedimientos y trámites administrativos internos para que se acaten lo dispuesto en ellas... 19. Ordenar la inversión de los excedentes transitorios de liquidez, en títulos de deuda pública interna de la nación en títulos que cuenten con una alta calificación de riesgo crediticio o que sean depositados en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 819 de 2003... 20. Ordenar la colocación de los excedentes de liquidez en instituciones de fomento y desarrollo, siempre y cuando estos obtengan la calidad de bajo riesgo crediticio, para acatar las disposiciones legales pertinentes.”

El anterior ilícito disciplinario, le fue endilgado al demandante con base en el mismo supuesto fáctico inicialmente reprochado en su calidad de Secretario de Hacienda, esto es: cargo primero. No velar por el cumplimiento de las normas relativas a la inversión de los recursos correspondientes a los excedentes de liquidez; y cargo segundo. Incumplir su deber de ordenar la inversión de los excedentes de liquidez en los términos de la Ley 819 de 2003⁵⁰.

Por medio de auto de 1º de noviembre de 2011⁵¹, la autoridad le designó al demandante un apoderado de oficio, en razón de que transcurrieron más de cinco días desde la fecha de envío de la citación para la notificación de la formulación de cargos en su contra, sin que este compareciera. Al respecto, el defensor de oficio rindió descargos el 9 de noviembre de 2011⁵², en donde manifestó que la responsabilidad endilgada carecía de sustento fáctico y jurídico por cuanto obró bajo el amparo de la confianza legítima de que las inversiones realizadas por la administración anterior eran acordes a la ley, y estaba delimitado por las órdenes impartidas por el alcalde.

Posteriormente, rindió descargos a través de abogado de confianza⁵³, oportunidad en la que alegó la ausencia del elemento cognitivo y volitivo de los tipos disciplinarios enrostrados, debido a la inexistencia del deber jurídico de actuar y la posición de garante, ya que en virtud del Estatuto Orgánico del Presupuesto, aplicable a nivel territorial, a cargo de la Dirección de Tesorería se encuentra la función de velar por el cumplimiento

de las normas orgánicas institucionales, realizar estudios acerca de la situación económica del municipio para servir de apoyo en la decisiones, así como analizar y evaluar las inversiones de la administración, por lo que esa dependencia era la competente para realizar la conducta que por omisión, se le reprocha al actor, desconociéndose además que en materia disciplinaria está proscrita la responsabilidad objetiva.

Por medio de auto de 5 de marzo de 2012, se corrió traslado para alegar de conclusión⁵⁴, oportunidad en la que el actor, representado por su apoderado de confianza, insistió en que a su mandante le era imposible ejercer el control administrativo sobre la dirección de tesorería o sobre el tesorero, más aún en la posición de garante que se le exige, pues era previsible conocer el comportamiento de este respecto de la inversión de los excedentes de liquidez, pues de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, se encuentra demostrado que el secretario de hacienda siempre exhortó al tesorero a que las inversiones financieras se hicieran dentro del marco legal.

Ahora bien, revisado en su integridad el fallo de primera instancia,⁵⁵ observa la Sala que el fallador disciplinario consideró, respecto del primer cargo que, el actor era el responsable directo de ordenar la inversión de los excedentes transitorios de liquidez, por ende, su omisión derivó en que el tesorero realizará la inversión de dichos recursos del erario, los cuales deben ser cuidados y manejados con la mayor vigilancia y protección, pues su gestión debe cumplir con los fines del Estado, el bienestar de los ciudadanos y los proyectos registrados en el programa de gobierno, por lo que graduó la culpabilidad como se le endilgó en el pliego de cargos inicial, esto es, a título de culpa gravísima; y respecto del segundo fue absuelto, al considerar que no existía material probatorio suficiente que acreditara haber ordenado la inversión de excedentes de liquidez de la alcaldía.

El disciplinado interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, a través de abogado de confianza⁵⁶, con base en el cuestionamiento atinente a que no existía una dependencia jerárquica de la tesorería hacia la Secretaría de hacienda, por el contrario el funcionario que allí se desempeñaba era un profesional especializado dependiente del despacho del alcalde municipal, con funciones de manejo de recursos en recaudo en pagos y colocación; a diferencia del demandante, quién no estaba facultado para el manejo de los recursos, desvirtuándose la desatención elemental propia de la culpa gravísima. Al respecto, la sala disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación por medio de fallo de 20 de diciembre de 2012, sostuvo lo siguiente:

“ (...) pues del recibo que se diga que las direcciones administrativas estaban en el mismo nivel jerárquico que la secretarías por el simple y puro hecho de que los servidores que las dirigen son nominados por el alcalde del municipio. La forma en que se desenvuelve la estructura administrativa de un municipio es que los secretarios de despacho son funcionarios que están más cercanos al alcalde y son ellos quienes deben dirigir y coordinar más de cerca el conjunto de funciones y actividades que les concierne a las diferentes dependencias como son las direcciones que se encuentran asignadas a dicha secretarías.

En ese orden de ideas, debe concluirse que el señor Andrés Camacho secretario de hacienda, si estaba en posición de garante respecto de la actual del señor Alberto Calderón Gómez, como director administrativo de tesorería. Por ello, tenía unos deberes de control y supervisión los cuales lo hacen responsable disciplinariamente a título de omisión impropia, título de imputación que fue atribuido correctamente por la primera instancia.

(...)

En efecto, la sal lástima que cuando se determina que hay responsabilidad disciplinaria a título de omisión impropia la regla general, a menos que ocurra en circunstancias excepcionales, es que la culpabilidad corresponde a la inobservancia el cuidado necesario que cualquier servidor público imprimen sus actuaciones.

En el presente caso, si se revisa el fallo de primera instancia, no existe la suficiente carga de argumentación que permita concluir el porqué de la conducta del disciplinado obedeció a una desatención elemental, la cual tiene una cualificación mucho mayor sobre la simple desatención hoy no observancia del cuidado necesario. En este punto es darle a reconocer que el disciplinado no tuvo conocimiento de la actuación del director administrativo de tesorería, tal como lo reconoció en la primera instancia, y precisamente esta es la razón principal para considerar que hubo una inobservancia el cuidado necesario por lo que hacía el tesorero, aspecto que es dable aceptárselo al señor apelante.

Es cierto que los deberes de vigilancia y control estaban a cargo del secretario de hacienda, y más aún cuando éste y no otro funcionario tenían

asignadas directamente de las funciones relacionadas con las inversiones de los excedentes de liquidez. Sin embargo, no habiendo circunstancias especiales es pertinente concluir que la falta de vigilancia y control no se podrá separar con el reproche que le asiste al servidor público que directamente cometió la conducta contraria derecho sin que haya mediado conocimiento o, cuando menos, representación de la irregularidad que se había cometido. (Resaltado fuera del texto original).

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Subsección establece que en el presente caso no existió una vulneración del debido proceso del procesado, en la medida en que debido a que en un principio no se presentó al proceso, se le designó un defensor de oficio y posteriormente, fue representado por un abogado de confianza a través del cual rindió descargos, se pronunció frente a las actuaciones emanadas de la autoridad e interpuso recurso de apelación, por lo que se le garantizó durante la actuación disciplinaria la defensa material.

Igualmente, concluye la Sala que en la variación del pliego de cargos se modificó la calificación jurídica de la conducta, se mantuvo incólume el aspecto personal y fáctico de la imputación, máxime si se tiene en cuenta que este puede variar inclusive en el fallo, siempre que no se desconozca el marco general de la acusación fáctica, como se expuso en el acápite precedente, pues el demandante siempre conoció y tuvo claridad que se le estaba investigando por cuanto en su condición de Secretario de Hacienda de Neiva en el lapso comprendido entre marzo y octubre de 2008, le correspondía ordenar las inversiones de los excedentes de liquidez y ejercer vigilancia y control sobre la actividad del tesorero, dada su posición de garante, conforme lo previsto en el Manual de Funciones de la entidad territorial; sin embargo, debido a su omisión permitió que aquel efectuara inversiones correspondientes a los excedentes de liquidez sin atender los requisitos legales establecidos al efecto. Acusación esta de la que se defendió de ello en los escritos de descargos, de alegatos y de apelación, al aducir que no existía una dependencia jerárquica de la tesorería hacia la Secretaría respectiva.

En virtud de lo expuesto, entiende la Sala que en el presente asunto, la actuación disciplinaria controvertida fue adelantada con observancia del principio del debido proceso, en consecuencia, se procederá a analizar el siguiente problema jurídico, atinente a determinar si se configuró la falta disciplinaria reprochada por el operador disciplinario al ahora demandante.

2.3 RESOLUCIÓN DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO, REFERIDO A LA TIPICIDAD DE LA CONDUCTA DISCIPLINARIA IMPUTADA AL AHORA DEMANDANTE.

La parte recurrente adujo que el A quo incurrió en una indebida valoración de las pruebas obrantes en el proceso, toda vez que el Decreto 339 de 2006 (Manual de Funciones) no fue publicado y por ende, no surtió efectos jurídicos, además debía tenerse en cuenta el estudio técnico a partir del cual se constató que las denominadas direcciones administrativas (como la de tesorería), realmente eran inexistentes y además no había una correcta comunicación y coordinación entre éstas y las secretarías, e igualmente, el acta de visita especial, así como el testimonio del señor Alberto Calderón Gómez (Director de Tesorería Municipal), quien manifestó fue quien ejecutó las conductas investigadas, sin informar o dar a conocer al actor sobre la colocación de los excedentes de regalías materia de investigación. Al respecto, se observan los siguientes elementos de prueba, a saber:

- Resolución 0297 del 11 de julio de 2006⁵⁷ expedido por la alcaldesa de Neiva, por el cual se establece el organigrama de ese municipio, así:

Ver imagen:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/documentos/imagen-sentencia.pdf>

De acuerdo con el organigrama, se establece que la dirección de tesorería se encuentra adscrita a la Secretaría de Hacienda del municipio de Neiva.

La Sala observa a su vez el Decreto 0339 de 16 de marzo de 2006 “Manual específico de funciones y competencias laborales de la Alcaldía de Neiva”⁵⁸, en el que se establece como propósito principal y funciones esenciales de la Secretaría de Hacienda a los que se hizo alusión en los fallos disciplinarios son las siguientes:

"I. Propósito principal.

Responder por el manejo financiero del municipio, la consolidación, presentación, ejecución y control presupuestal, la consolidación de las operaciones financieras y demás funciones del tesoro, para cumplir con las políticas y procedimientos establecidos por la ley y los reglamentos.

II. Descripción de funciones esenciales

(...) 5. Velar por cumplimiento de las normas orgánicas institucionales y las demás disposiciones que regulan los procedimientos y trámites administrativos internos para que se acaten lo dispuesto en ellas.

(...) 19. Ordenar la inversión de los excedentes transitorios de liquidez, en títulos de deuda pública interna de la Nación o en títulos que cuenten con una alta calificación de riesgo crediticio o que sean depositados en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 819 de 2003.

20. Ordenar la colocación de los excedentes de liquidez en institutos de fomento y desarrollo, siempre y cuando estos obtengan la calificación de bajo riesgo crediticio, para acatar las disposiciones legales pertinentes."

De acuerdo con el decreto en cita, se observa que en efecto, conforme el Manual de Funciones vigente para la época de los hechos materia de investigación, que como se expuso en los fallos disciplinarios acusados, la conducta reprochada al demandante consistió en que precisamente omitió el cumplimiento de estas obligaciones, el cual en criterio del recurrente no le es oponible por cuanto no se aportó la constancia de publicación.

Al respecto, la Subsección señala que en efecto conforme el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 (norma vigente durante la ocurrencia de los supuestos fácticos objeto de reproche) "Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados". En efecto, el "Manual específico de funciones y competencias laborales de la Alcaldía de Neiva" se encuentra publicado en la página web de la alcaldía de Neiva⁵⁹, por lo que no es de recibo que el actor pueda excusarse en el mencionado argumento para alegar su incumplimiento.

Por otra parte, el demandante afirmó que la parte actora no valoró el estudio técnico para la modernización de la planta de personal local que demostraba que las direcciones administrativas (como la de tesorería), realmente eran inexistentes y además no había una coordinación entre éstas y las secretarías. Sobre el particular, es necesario señalar que como lo expuso el Tribunal de instancia, pese a que este medio de prueba fue decretado en el curso del proceso disciplinario mediante auto de 13 de diciembre de 2011 éste no fue allegado al sub judice, por lo que en efecto el sujeto procesal que la solicitó debió insistir en su petición. No obstante, aquel documento es solo una propuesta de reestructuración entregada por la Oficina de Talento Humano al alcalde en el 2008, en la que en modo alguno puede excusarse el disciplinado para el cumplimiento de la obligación legal⁶⁰ y reglamentaria⁶¹ previamente establecida a su nombramiento y posesión.

Ahora bien, obra también el acta de visita especial por la Procuraduría segunda delegada para la contratación estatal el 21 de febrero de 2012⁶² en la Fiscalía General de la Nación, por el cual se allegó copia de la confesión y aceptación de cargos del señor Yesid Orlando Perdomo Llanos del delito de peculado culposo, tesorero de la administración municipal de Neiva en el 2007, quien al respecto en interrogatorio practicado el 18 de enero de 2011, manifestó lo siguiente:

"(...) siempre ejercí mis funciones bajo el decreto 0339 del 16 de marzo de 2006 donde me facultaban en general para realizar inversiones y colocar excedentes de tesorería, además Ley 819 en su artículo 17 me brinda la posibilidad de colocar excedentes de liquidez en entidades financieras calificadas como bajo riesgo crediticio. (...) Ante la necesidad que yo tenía como tesorero de invertir los excedentes de regalías y de recursos propios acudí a mi oficina a comienzos del mes de julio de 2007 el doctor Luis Aníbal López para entonces el secretario de hacienda municipal quien era mi jefe directo y me presentó al señor Jorge Toro, mi jefe me dijo que este señor era hermano del representante legal de TIG S.A. Quién es eran una firma comisionista idónea para estos efectos. El señor Jorge Toro me hizo la presentación de la empresa, me presentó la documentación correspondiente tanto de ellos como de FIDUCOR para demostrar la relación que tenían, además del contrato fiduciario 732-0921 del 5 de julio de 2007 encargo fiduciario en el cual se invertiría en los excedentes de regalías. Días después llegó a las oficinas de la Secretaría de hacienda municipal a nombre de Luis Aníbal López la propuesta formal que nos hizo, me lo entregó personalmente el señor Aníbal López para que procediera a hacer las inversiones, me dijo ahí está relacionado todo: el banco, la cuenta y todo lo relacionado para tal fin. El día 27 de julio llega mi oficina Jorge Toro con el contrato de sesión ya firmado por Raul Toro para hacer las inversiones del 27 de julio por valor de tres mil millones por un término de cinco meses que se vencían el 21 de diciembre de 2007. Yo procedí a firmar como tesorero una vez revisé de

nuevo toda la documentación verificando que todo estuviera en regla y confiando en la presentación que esta persona me había dicho mi jefe inmediato. Procedí a realizar el giro correspondiente, para esa fecha yo era secretario de hacienda encargado cuánto mi jefe estaba en el exterior, tan pronto él llegó en esos primeros días de agosto mi jefe Luis Aníbal López me visitó para confirmar la inversión, yo se lo confirmé. El día 2 de agosto de 2007 sucedió lo mismo a diferencia que la inversión fue de 1000 millones y con un vencimiento de cuatro meses, es decir hasta el 21 de diciembre del mismo año, también respecto de esta inversión el doctor Aníbal me preguntó acerca de ella confirmando que se había procedido de conformidad. Aunque no me lo pregunten yo si quiero manifestar que en la misma modalidad se hicieron inversiones de recursos propios por el orden de 2000 millones de pesos que fueron devueltos oportunamente por TIG S.A. junto con los rendimientos prometidos sin embargo cuando intenté hacer lo mismo con los excedentes de regalías mi jefe directo me dijo que firmara la renovación de esas dos inversiones de excedentes de regalías llevaba el contrato de renovación listo con mi nombre, eso fue en el mes de diciembre de 2007 y me puse a firmarlo porque yo ya estaba entregando a mi cargo como tesorero. Después de que yo no quiso firmar el contrato él se lo llevó enterándose días después vía telefónica por el señor Jorge Toro que el señor Aníbal López había firmado la renovación de ese contrato los cuál es mi monstruo el propio Aníbal López desentendiendo me entonces yo de ese asunto. (...)"

Igualmente sostuvo la parte actora que no fue debidamente valorado el testimonio del señor Alberto Calderón Gómez (Director de Tesorería Municipal en la vigencia 2008), quien al rendir versión libre en el proceso disciplinario, afirmó lo siguiente:

"(...) Procedimiento como están, pero si se mira con la Superfinanciera y que tenga una calificación triple AAA de los establecimientos financieros donde se colocarán esos excedentes financieros". Que dicha que le corresponde a la tesorería municipal, quien no tiene autorización directa del secretario de hacienda, presentando informes mensuales sobre las inversiones realizadas dirigidas al secretario de hacienda y el alcalde municipal. " como anteriormente había dicho que las funciones del tesorero son las de colocación y resguardo del dinero del municipio no se recibió autorización de nadie, estudio de la propuesta en la que nos daban unos márgenes de interés muy superiores a los de los bancos del país. Si hay un contrato de intermediación firmado por el representante de TIG SA Y yo como tesorero ", afirmando que ellos no colocaron los dineros en TIGSA sino en FIDUCOR directamente siendo TIGSA intermediario. Afirma que conocía el Decreto 1525 de 2008 y la Ley 819 de 2003. (...)"

Por lo anterior, el demandante adujo que se le desconoció el derecho a la igualdad, puesto que fue sancionado por su condición de secretario de hacienda, calidad que también es tanto el señor Luis Aníbal López Rojas, quien pese a ello sí fue absuelto de responsabilidad disciplinaria, justificado en las visibles condiciones fácticas y jurídicas en que se encontraba en el tiempo de los hechos investigados.

Sobre el particular, observa la Sala que en la segunda instancia administrativa la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación sancionó al demandante, bajo el argumento que en su condición de secretario de hacienda municipal en el lapso comprendido entre marzo a octubre de 2008, incumplió las obligaciones relativas a ordenar las inversiones de los excedentes de liquidez y ejercer vigilancia y control sobre el tesorero; a diferencia del señor Luis Aníbal López Rojas, quien pese a ocupar el mismo cargo en el 2007, durante el periodo en que se efectuaron las inversiones de excedentes reprochadas se encontraba en una comisión, tal como lo afirmó el mismo Director de Tesorería, razón por la cual, al encontrarse separado temporalmente del cargo, no le era exigible ese deber de control.

Así las cosas, no es de recibo el aserto del accionante relativa a que le fue vulnerado el derecho a la igualdad, habida consideración que se encontraban en supuestos fácticos diferentes, de manera que no podían juzgarse en igualdad de condiciones.

Ahora bien, señala por otro lado la parte demandante que no se configuraron los elementos de la responsabilidad disciplinaria pues la entidad demandada no logró acreditar que mediante esta, se haya ocasionado algún perjuicio al erario pues los recursos invertidos en el encargo fiduciario fueron devueltos.

Encuentra la Sala, que dicho argumento tampoco tiene vocación alguna de prosperar, porque contrario a otras manifestaciones del ius puniendi del Estado, como el derecho penal, en materia disciplinaria la antijuridicidad o ilicitud sustancial se materializa con la afectación al deber funcional por parte del servidor público sin justificación legal, independientemente si mediante la conducta objeto de reproche disciplinario se produjo o no un daño, esto de conformidad con lo previsto en el artículo 5º del Código Disciplinario Único - Ley 734 de 2002.

Así las cosas, en el caso objeto de análisis, la conducta del ahora demandante resulta ser sustancialmente ilícita, por cuanto pese a que no se acreditó un perjuicio a los recursos del tesoro público, sí incumplió con las funciones propias del cargo de Secretario de Hacienda con la debida diligencia y cuidado requeridos por dicho empleo público, en consecuencia, para acreditar el citado elemento estructurante de responsabilidad disciplinaria, la entidad demandada no necesitaba acreditar la causación de daños o perjuicios, sino el desconocimiento de los deberes funcionales, contrario a lo expuesto en la demanda.

Es claro entonces, que la conducta reprochada a la accionante resulta ser sustancialmente ilícita, pues con esta se desconoció el deber funcional de llevar a cabo las funciones del cargo con diligencia y eficiencia, por no -velar por el cumplimiento de las normas orgánicas institucionales que regulan la inversión de los excedentes transitorios de liquidez, al no ejercer control y vigilancia sobre el tesorero- incurrió en la falta disciplinaria contenida en el artículo 48 (numeral 27) a título de culpa grave -inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones- en la modalidad de omisión impropia derivada de su posición de garante, y le impuso la suspensión de 6 meses. Además, no encuentra la Sala que la conducta reprochada al demandante esté contenida en alguna de las causales de justificación previstas en el artículo 21 de la Ley 734 de 2002.

Finalmente, observa la Sala que el tribunal de primera instancia condenó en costas al demandante aplicando una tesis objetiva *-pues no se refirió a la conducta desplegada por el demandado en el curso del proceso judicial-*, por lo cual se precisa que esta no puede ser impuesta por el simple hecho de resultar vencida alguna de las partes y, además deben estar plenamente probadas en el proceso. En el *sub lite*, no se observa que el demandante haya realizado una conducta temeraria o de mala fe, lo que conlleva a que deba revocarse la condena en costas impuesta en la providencia apelada.

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

III. FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE, la sentencia de 25 de junio de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor Andrés Camacho Cardozo contra la Procuraduría General de la Nación, por haber proferido los fallos disciplinarios de 25 de abril y 20 de diciembre de 2012, a través de los cuales fue sancionado con 6 meses de suspensión en el ejercicio del cargo de Secretario de Hacienda de Neiva, convertida en multa por ese mismo período.

SEGUNDO: REVÓCASE el numeral segundo de la sentencia apelada que condenó en costas al demandante, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

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

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

(Firmado electrónicamente)

(Firmado electrónicamente)

-

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

(Firmado electrónicamente)

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folio 486 del expediente, cuaderno principal.

2. Ley 1437 de 2011, artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: (...).

3. Folio 1 del cuaderno principal 1, del expediente.

4. Ley 1437 de 2011, artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. (...).

5. Fallo disciplinario de primera instancia, que sancionó al demandado con destitución del cargo de Secretario de Hacienda del municipio de Neiva e inhabilidad general por el término general de 11 años.

6. Fallo disciplinario de segunda instancia, por el cual se modificó la calificación de la falta de gravísima a grave y la graduación de la culpabilidad de gravísima a grave, y en consecuencia, varió la sanción a suspensión por el término de 6 meses en el ejercicio del cargo, convertida en multa equivalente en salarios por dicho período, toda vez que había cesado en el ejercicio del cargo.

7. Correspondientes a gastos procesales, fotocopias, remisión de documentos, entre otros.

8. El señor Luis Aníbal ejerció el cargo desde el 16 de agosto de 2004 al 1º de enero de 2008, y el señor Andrés Camacho Cardoso desde el 2º de enero de 2008 en adelante.

9. Artículo 34, Numeral 1º. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

10. Al señor Luis Aníbal López Rojas en los meses de julio a diciembre de 2007, y al actor en marzo y octubre de 2008.

11. Artículo 48, Numeral 27. Efectuar inversión de recursos públicos en condiciones que no garanticen, necesariamente y en orden de precedencia, liquidez, seguridad y rentabilidad del mercado.

12. Conforme lo previsto en el inciso final del artículo 27 de la Ley 734 de 2002, que establece lo siguiente:

“Artículo 27. Acción y omisión. Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones.

Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.”

13. Establecido en el Decreto 339 del 16 de marzo de 2006.

“ 5.Velar por el cumplimiento de las normas orgánicas institucionales y las demás disposiciones que regulan los procedimientos y trámites administrativos internos para que se acate lo dispuesto en ellas.

(...)

19. Ordenar la inversión de los excedentes transitorios de liquidez, en títulos de deuda pública interna de la nación o en títulos que cuenten con una alta calificación de riesgo crediticio o que sean depositados en el día si nacieras calificadas como debajo riesgo crediticio, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 819 de 2003.

(...)

20. Ordenar de los excedentes de liquidez en instituciones de fomento y desarrollo, siempre y cuando estos obtengan la calidad de bajo riesgo crediticio, para acatar las disposiciones legales pertinentes.”

14. Folios 34 - 71 del expediente -cuaderno principal-.

15. “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.”

16. Folios 107 - 178 del mismo cuaderno.

17. Para efectos permitir una resolución ordenada de los argumentos de nulidad planteados por el actor en la demanda, estos se agruparán en diferentes ítems.

18. Folio 269 del expediente -cuaderno principal-.

19. Al respecto citó: Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección B. Sentencia del 26 de enero de 2012. Rad. 2009-00101 01 (1453-09).

20. Folio 392 cuaderno principal del expediente.

21. Sentencia C-328/03, por la cual se declaró exequible la expresión “si lo tuviere” contenida en el inciso 1º del artículo 165 y artículo 224 de la Ley 734 de 2002.

22. Sentencia de 7 de noviembre de 2013. Rad. 2008-00078-01 (2263-10). C.P. Alfonso Vargas Rincón.

23. “Efectuar inversión de recursos públicos en condiciones que no garanticen, necesariamente y en orden de precedencia, liquidez, seguridad y rentabilidad del mercado.”

24. Al respecto citó la sentencia de tutela del Consejo de Estado de 6 de abril de 2006. Rad. 2005-02126-01 (AC). C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

25. Folio 414 del expediente, cuaderno principal.

26. De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política, artículo 211 y Ley 489 de 1998, artículo 12.

27. Ver a folio 486 del expediente -cuaderno principal-, informe de la Secretaría de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el cual señala que el Ministerio Público no presentó concepto.

28. El principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador. Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas. Corte Constitucional, sentencia C-710 de 2001, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

29. Corte Constitucional, sentencia C-980 de 2010, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

30. “Ley 1437 de 2011. (...) Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.

2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.

3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.

4. Cuando la ley lo consagre expresamente.

(...)”

31. La cual debe efectuarse personalmente de conformidad con el artículo 165 inciso 1.º de la Ley 734 de 2002.

32. Prevista en el artículo 92 numerales 1.º y 7º de la Ley 734 de 2002.

33. Prevista en el artículo 92 numeral 5º de la Ley 734 de 2002.

34. Prevista en el artículo 92 numeral 8º de la Ley 734 de 2002.

35. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Sentencia SP-27 de julio de 2007. Rad. 26468. M.P. Alfredo Gómez Quintero

36. “Congruencia.- El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.”

37. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Sentencia. SP-16 de marzo de 2011. Rad. 32685. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

38. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de julio de 2007, Rad. 26.468, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 3 de junio de 2009, Rad. 28.649, sentencia del 31 de julio de 2009, Radicado 30.838.

39. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Sentencia SP17352-2016. Rad. 45589. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

40. Sentencias del 16 de marzo de 2016 (SP3339), rad. 44288; del 8 de noviembre de 2011, rad. 34495, y del 14 de septiembre de 2011, rad. 33688, ratificaron lo dicho originalmente en el auto del 14 de febrero de 2002, rad. 18457 y reproducido en las sentencias del 24 de enero de 2007, rad. 23540, y del 2 de julio de 2008, rad. 25587.

41. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Rad. 11001-03-25-000-2011-00314-00 (1194-11). C.P. William Hernández Gómez. En el mismo sentido, sentencia proferida por la misma Subsección el 16 de mayo de 2019. Rad. 11001-03-25-000-2011-00108-00(0348-11). C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

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

43. *Ibidem*.

44. Visible a folios 70 y 71 del cuaderno 13.

45. “Artículo 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente. (...)”

46. “5. Presentar oportunamente al Concejo los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas, presupuesto anual de rentas y gastos y los demás que estime convenientes para la buena marcha del municipio.”

47. “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.

(...)

ARTÍCULO 17. COLOCACIÓN DE EXCEDENTES DE LIQUIDEZ. Las entidades territoriales deberán invertir sus excedentes transitorios de liquidez en Títulos de Deuda Pública Interna de la Nación o en títulos que cuenten con una alta calificación de riesgo crediticio o que sean depositados en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio.

PARÁGRAFO. Las Entidades Territoriales podrán seguir colocando sus excedentes de liquidez en Institutos de Fomento y Desarrollo mientras estos últimos obtienen la calificación de bajo riesgo crediticio, para lo cual tendrán un plazo de un (1) año a partir de la vigencia de la presente ley.”

48. “19. Ordenar la inversión de los excedentes transitorios de liquidez, en títulos de deuda pública interna de la nación en títulos que cuenten con una alta calificación de riesgo crediticio o que sean depositados en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 819 de 2003.”

49. “ARTÍCULO 27. ACCIÓN Y OMISIÓN. Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones.

Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.” (Resaltado de la autoridad disciplinaria para destacar la conducta endilgada al demandante.

50. “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.”

51. Folio 74 del mismo cuaderno.

52. Folios 75 - 79 del cuaderno principal del expediente.

53. Folios 156 - 181 del cuaderno 14.

54. Folios 184 - 189 del cuaderno 15.

55. Visible a folios 3 - 57 del cuaderno principal del expediente.

56. Folios 224 - 244 del cuaderno 15.

57. Folios 62 y 63 del cuaderno 17 del expediente.

58. Folios 32 - 37 del cuaderno 18.

59. Consultado en el link: <https://www.alcaldianeiva.gov.co/Gestion/Paginas/Gestion-Humana.aspx>

60. Ley 819 de 2003 “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones. (...). Artículo 17. Colocación de excedentes de liquidez. Las entidades territoriales deberán invertir sus excedentes transitorios de liquidez en Títulos de Deuda Pública Interna de la Nación o en títulos que cuenten con una alta calificación de riesgo crediticio o que sean depositados en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio.

PARÁGRAFO. Las Entidades Territoriales podrán seguir colocando sus excedentes de liquidez en Institutos de Fomento y Desarrollo mientras estos últimos obtienen la calificación de bajo riesgo crediticio, para lo cual tendrán un plazo de un (1) año a partir de la vigencia de la presente ley.”

61. Decreto 0339 de 2006 – Manual de Funciones.

62. Folios 150 – 152 del cuaderno15.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 12:43:50