



Sentencia 1388 de 2004 Consejo de Estado

ACCIÓN DE TUTELA - Protección del derecho al debido proceso

ACCIÓN DE TUTELA - Protección del derecho al debido proceso. No resolver nulidad en proceso disciplinario / INDAGACIÓN PRELIMINAR - Eventos de procedencia en proceso disciplinario / PROCESO DISCIPLINARIO - Oportunidad para resolver nulidades. Marco legal / DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Violación. No resolver nulidad procesal en proceso disciplinario.

La circunstancia que no se hubiese adelantado indagación preliminar no implica la violación del debido proceso, pues no constituye una etapa obligatoria dentro del procedimiento disciplinario y el investigador puede prescindir de la misma cuando de la queja o de la información recibida y de sus anexos surjan los elementos que permitan determinar la ocurrencia de una falta disciplinaria y la identificación o individualización del autor de misma. A contrario sensu, cuando no se evidencie con claridad la existencia de la conducta susceptible de ser sancionada ni su posible autor, es necesario adelantar esa actuación. En consecuencia, por este aspecto, no se advierte la violación del derecho al debido proceso; no obstante y con fundamento en falta de decisión sobre la nulidad que se propuso en su oportunidad, también se plantea su violación. Es cierto que la Ley 200 de 1995 no consagra norma que se ocupe de la forma y la oportunidad para resolver las nulidades que se propongan dentro del trámite del proceso disciplinario. De consiguiente, por remisión expresa del artículo 18 ibídem, para ese efecto debe acudir a las normas que sobre el particular consagran, en su orden, el Código de Procedimiento Penal y el Contencioso Administrativo. El artículo 410 del Código de Procedimiento Penal, comprende la petición de nulidad, pues, aunque no se refiere de manera específica a ella, alude en términos generales a las peticiones hechas por los sujetos procesales en el curso del juicio. Ahora, ese precepto, por razón de la remisión anotada, resulta aplicable a la etapa del proceso disciplinario asimilable al juicio del proceso penal. Esto significa que, ciertamente como lo plantea el Señor Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal, es aplicable a este caso, pues el proceso disciplinario se encuentra en la etapa previa al fallo. Por consiguiente, le corresponde al citado funcionario tomar la decisión sobre la solicitud de nulidad antes de dictar el fallo o diferirla para éste si considera que la decisión que debe tomar respecto de aquella no afecta sustancialmente el trámite del proceso, para lo cual, si opta por lo segundo, debe dictar auto de sustanciación adoptando esa determinación. Sin embargo, como se advierte demora en adoptar una u otra determinación en la forma señalada en el artículo 410 del Código de Procedimiento Penal, pues la solicitud de nulidad de la disciplinada Gloria Inés Zamora Gaitán, fue presentada el 29 de octubre de 2001, se ha incurrido en violación del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política. Por tanto, se revocará la sentencia impugnada y se accederá a la tutela para proteger ese derecho.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

CONSEJERO PONENTE: DARÍO QUIÑONES PINILLA

BOGOTÁ, D. C., VEINTIDÓS (22) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL CUATRO (2004).

RADICACIÓN NÚMERO: 25000-23-25-000-2004-1388-01(AC)

ACTOR: GLORIA INÉS ZAMORA GAITÁN

DEMANDADO: PROCURADURÍA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada contra la sentencia dictada el 7 de julio de 2004 por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, negó la solicitud de tutela formulada por la Señora Gloria Inés Zamora Gaitán.

I. ANTECEDENTES

1. LA SOLICITUD

A. PRETENSIONES

La Señora Gloria Inés Zamora Gaitán, actuando en su propio nombre, ejerció la acción de tutela contra la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, con el objeto de que se le protejan los derechos fundamentales de petición y al debido proceso. Al efecto, solicita que se le ordene corregir la actuación disciplinaria número 021-60261 adelantada en su contra y en la del ingeniero Ramiro Varela Marmolejo.

B. HECHOS

Como fundamento de la solicitud se exponen, en resumen, los siguientes hechos:

1º. La Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal conoce de la investigación disciplinaria número 021-60261 que se adelanta contra ella y contra el ingeniero Ramiro Varela Marmolejo por presuntas irregularidades en la celebración del contrato número 117-99 suscrito entre Ecosalud S.A. y Gtech Foreign Holdings Corporation, para explorar el juego de suerte denominado Loto en Línea - Baloto.

2º. En desarrollo de esa investigación se ha incurrido en diversas irregularidades que afectan el debido proceso, así:

- Incompetencia de la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública para adelantar el proceso disciplinario.- El 24 de mayo de 2000 el Procurador General de la Nación delegó a esa Procuraduría Delegada la función de adelantar el trámite de indagación preliminar y de la primera instancia sobre la queja presentada por el Señor César Augusto Patiño contra el Señor Ramiro Varela Marmolejo como Presidente de Ecosalud. Por auto de la misma fecha la Procuraduría Delegada abrió investigación disciplinaria, desbordando esa función, pues la misma hacía relación al adelantamiento de la indagación disciplinaria.

El 29 de mayo de 2000 el Procurador General de la Nación nuevamente delegó en la Asesora del Despacho Myriam González Quintero la función de adelantar indagación respecto de las posibles irregularidades de Ecosalud con ocasión de la contratación para el sistema Loto en Línea. No obstante dicha funcionaria continuó con la investigación disciplinaria y el 17 de septiembre siguiente dictó pliego de cargos en contra de la peticionaria.

- Se violó el derecho a la defensa por la falta de valoración de las pruebas favorables y por desconocer los principios de cosa juzgada y *non bis ibidem*. El Procurador Primero Delegado dispuso tener como pruebas el concepto emitido el 12 de octubre del 2000 por el Consejo de Estado, la Resolución dictada por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Tribunales Superiores en el proceso 176 y la sentencia dictada el 5 de noviembre de 1999 dentro del proceso 000104 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Esas pruebas le eran favorables en cuanto dejan en claro la legalidad del aludido contrato, pero al parecer no fueron tenidas en cuenta, pues, contrario a lo que ellas exponen, se persiste en asegurar la ilegalidad del contrato número 117-99.

- Se violó el derecho a la defensa por haber omitido la etapa de indagación preliminar. Del artículo 138 de la Ley 200 de 1995 se desprende que es deber del investigador adelantar indagación preliminar cuando existe duda sobre la viabilidad de iniciar la investigación disciplinaria. Además, para adelantar esa investigación es necesaria la existencia de una falta disciplinaria y de los implicados. En contravía de esa norma y desbordando la delegación impartida, se inició la investigación disciplinaria.

- El pliego contiene cargos y hechos que no fueron objeto de las quejas formuladas. Dispone el artículo 141 de la Ley 200 de 1995 que la indagación preliminar no se puede extender a hechos distintos de los que fueron objeto de denuncia. Las quejas con base en las cuales se inició la investigación no coinciden con los cargos formulados por la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal.

3º. Las anteriores irregularidades han sido planteadas ante la Procuraduría Delegada sin obtener resolución. Así, al presentar descargos solicitó la nulidad del proceso e insistió en esa pretensión mediante escritos del 15 de diciembre de 2002 (radicado 225884), 23 de febrero de 2004 (radicación 31355) y 12 de mayo de 2004 (radicado 83722). Todas esas peticiones reposan en el expediente pero hasta la fecha no aparece respuesta. Verbalmente se le ha informado que las mismas se decidirán al momento de fallar, actitud contraria al debido proceso, máxime si se tiene en cuenta lo previsto en el artículo 147 de la Ley 734 de 2002.

2. CONTESTACIÓN

El Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal contestó la solicitud de tutela para advertir, en primer término, que la Señora Gloria Inés Zamora Gaitán no ha ejercido el derecho de petición sino que propuso una solicitud de nulidad dentro del trámite de una investigación disciplinaria. Afirma que no existe violación del derecho al debido proceso, dado que no hay norma que ordene a esa entidad de control resolver en forma separada la solicitud de nulidad planteada en el escrito de descargos, a menos que se vaya a acceder a esa pretensión. Sostiene que la posición de esa Delegada tiene fundamento en el artículo 31 de la Resolución número 089 de 2004, que modifica y adiciona la Resolución 191 del 11 de abril de 2003, por la cual se adoptó la Guía del Proceso Disciplinario para la Procuraduría General de la Nación.

Agrega que la funcionaria a cargo del averiguatorio de manera verbal manifestó a la peticionaria que la nulidad propuesta será resuelta en la decisión de instancia.

La Jefe de la Oficina Jurídica de esa entidad igualmente contestó la solicitud de tutela para manifestar su oposición a las pretensiones de la misma. Afirma que no se ha incurrido en violación de los derechos invocados y en apoyo de esa afirmación transcribe el texto de la contestación rendida por el Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal. Agrega que según se deduce del expediente, la investigación disciplinaria se adelanta con sujeción al debido proceso, conforme a las leyes preexistentes al ato que se imputó a la disciplinaria, por la autoridad competente, con observancia de las formas propias de esa clase de actuaciones.

3. LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, negó la tutela solicitada por la Señora Gloria Inés Zamora Gaitán. Para adoptar esa decisión se refirió a cada uno de los cargos que propuso la peticionaria para sustentar la violación de los derechos al debido proceso, a la defensa y el de petición, y al efecto expuso los argumentos que se pueden resumir así:

1º. Abrir investigación disciplinaria sin que se hubiese adelantado el trámite de la indagación preliminar.

La Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del artículo 141 de la Ley 200 de 1995, sostuvo que "...la etapa de indagación preliminar no siempre debe surtirse, es decir, que no es imprescindible ni obligatoria", conclusión que fue reiterada en las sentencias C-728 de 2000 y C-175 de 2001.

Examinada la actuación se advierte que la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública ordenó la apertura de investigación disciplinaria con fundamento en las diligencias adelantadas por las Asesoras del Despacho del Señor Procurador General de la Nación según las cuales "Se advierten inconsistencias de tipo legal y económico financiero, con la posibilidad de que se tipifiquen conductas irregulares de tipo disciplinario".

En consecuencia, no era imprescindible la indagación preliminar, "... pues existían suficientes elementos de juicio para iniciar el proceso disciplinario".

2º. Falta de valoración de pruebas favorables y desconocimiento de los principios de la cosa juzgada y *nom bis in idem*.

La Corte Constitucional ha precisado que "las simples diferencias de interpretación que puedan existir con respecto al análisis del material probatorio con base en el cual se sustenten los cargos que se formulen, no pueden dar base para que se considere que existe una violación del debido proceso. ...". Además, el análisis de las pruebas allegadas al proceso se hará en la sentencia.

El Procurador para la Contratación Administrativa analizó y declaró desvirtuada la alegada violación del principio del *nom bis in idem* y de cosa juzgada.

3º. El pliego de cargos adiciona cargos y hechos que no fueron objeto de las quejas formuladas.

La investigación disciplinaria no ha finalizado y, por tanto, no se puede establecer el sentido en el que se va a definir el proceso disciplinario. Cualquier irregularidad que atente contra el debido proceso podrá ser alegada cuando se haga uso de la acción contenciosa administrativa contra el acto administrativo que imponga la sanción disciplinaria, pues a través de la misma se pueden controvertir tanto los actos de trámite o preparatorios, como los definitivos.

El juez de tutela no puede inmiscuirse en el trámite del proceso disciplinario en curso ni adoptar decisiones paralelas a las que cumple el funcionario que lo conduce, pues contrariaría los conceptos de autonomía e independencia funcional.

4º. No se han resuelto las nulidades planteadas.-

En el escrito de descargos la peticionaria solicitó la nulidad de lo actuado por incompetencia del funcionario, violación del derecho a la defensa por falta de valoración de pruebas favorables, desconocimiento del principio del *nom bis in idem*, omisión de la etapa de indagación preliminar, y adición de cargos y hechos que no fueron objeto de las quejas formuladas. Además, recusó al Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal.

Esa recusación fue resuelta negativamente por el titular del Despacho, decisión que fue ratificada por la Sala disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación. Además, se analizó y declaró desvirtuada la violación al principio del *nom bis in idem* y de cosa juzgada.

Por auto del 28 de octubre de 2002 se resolvió la solicitud de pruebas de la peticionaria y practicadas éstas se ordenó el traslado a las partes para alegar de conclusión.

Respecto de los tres escritos a través de los cuales la peticionaria insiste en la nulidad planteada, se precisa que el Título VII de la Ley 200 de 1995 no señala término para resolver las solicitudes de nulidad. Por tanto, por remisión expresa del artículo 18 *ibídem*, se puede acudir a la regla que consagra el artículo 410 del Código de Procedimiento Penal que dispone que las decisiones que deban tomarse respecto de las peticiones hechas por los sujetos procesales en el curso del juicio podrán diferirse para el momento de dictar sentencia cuando están no afecten sustancialmente el trámite.

Si bien no se han decidido las peticiones de nulidad propuestas por la peticionaria ni se ha dictado auto difiriendo la decisión, "...no es del caso disponer pronunciamiento al respecto, ya que de conformidad con el art. 410 la decisión que deba adoptarse es facultativa". Además, a la peticionaria se le ha informado verbalmente que se resolverán sus peticiones de nulidad al momento de fallar.

4. LA IMPUGNACIÓN

La Señora Gloria Inés Zamora Gaitán impugnó la sentencia del Tribunal. Solicita que se revisen los argumentos planteados en la solicitud de tutela en orden a que se revoque. Insiste en la irregularidad planteada en la solicitud de tutela respecto del desbordamiento de facultades precisas otorgadas por la delegación efectuada por el Procurador General, aspecto que no analizó la sentencia impugnada.

Advierte que el fallo de tutela se pronunció sobre la posibilidad de adelantar la investigación por razones diferentes a las consignadas en la queja, pero omitió analizar el hecho del desbordamiento de las facultades conferidas por la delegación.

Considera que no se pueden desconocer los derechos de petición, al debido proceso y a la defensa bajo el argumento de que aún no se ha proferido decisión de fondo, menos aún cuando la petición de nulidad se planteó hace más de dos años y no ha sido resuelta.

Afirma que a pesar de la insistencia en su defensa, no se ha emitido pronunciamiento alguno, como si al investigador disciplinario no le

interesara la dignidad y la preocupación de la investigada.

II. CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Carta Política establece que las personas pueden interponer acción de tutela para reclamar ante los jueces mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

En el caso en estudio, la Señora Gloria Inés Zamora Gaitán acude al mecanismo de la acción de tutela para solicitar la protección a sus derechos al debido proceso y el de petición. La vulneración de esos derechos la atribuye a la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal y la deriva de la investigación disciplinaria número 021-60261 que se adelanta en su contra y en la del señor Ramiro Varela Marmolejo por presuntas irregularidades en la celebración del contrato 117-99 suscrito entre ECOSALUD S.A. y GTECH FOREIGNH LOLDIGNS CORPORATION para la explotación del juego de suerte denominado 'Loto en línea - Baloto'.

La vulneración de los derechos invocados la sustenta con fundamento en los siguientes argumentos: 1º. Incompetencia de la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública para adelantar el proceso disciplinario; 2º. Desconocimiento del debido proceso por: 2.1 Falta de valoración de las pruebas favorables y desconocimiento de los principios de cosa juzgada y *nom bis in idem*; 2.2 Omisión de la etapa de indagación preliminar; 2.3 El pliego contiene cargos y hechos que no fueron objeto de las quejas formuladas. 3º. Falta de decisión respecto de la nulidad que propuso con apoyo en las irregularidades mencionadas en el numeral que antecede, petición que reiteró mediante escritos del 15 de diciembre de 2002 (radicado 225884), 23 de febrero de 2004 (radicación 31355) y 12 de mayo de 2004 (radicado 83722), sin obtener resolución, configurándose otra clara violación del debido proceso.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, negó la tutela solicitada en cuanto no advirtió la violación de los derechos invocados. La peticionaria impugnó esa decisión en orden a que se revisen nuevamente los argumentos planteados en la solicitud.

En consecuencia, con fundamento en los antecedentes administrativos del proceso disciplinario al que se refiere la peticionaria, remitidos en original por el Señor Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal en treinta y dos (32) cuadernos, procede la Sala a estudiar los cargos en el orden que fueron propuestos. Para ese efecto, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 223 de la Ley 734 de 2002, la Sala partirá del régimen legal previsto en la Ley 200 de 1995, pues se advierte que el auto de cargos en el proceso disciplinario que se adelanta en contra de la Señora Zamora Gaitán se dictó bajo la vigencia del Código Disciplinario Único expedido por ésta última.

El Libro III de la Ley 200 de 1995 se ocupa del procedimiento disciplinario; su Título V consagra los principios que rigen la actuación procesal, y su título VIII a la investigación, dentro de la cual se destacan, en lo principal, las siguientes etapas:

- 1ª. Indagación preliminar (artículo 138);
- 2ª. Investigación disciplinaria (artículo 144);
- 3ª. Evaluación de la investigación (artículo 149);
- 4ª. Formulación de cargos o archivo definitivo de la actuación (artículo 150);
- 5ª. Presentación de descargos (artículo 152);
- 6ª. Etapa para decretar y practicar pruebas (artículo 153);
- 7ª. Fallo (artículo 155).

Primer cargo.

Incompetencia de la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública y de la Asesora del Despacho para adelantar el proceso disciplinario y, consecuentemente, del funcionario para fallar. Afirma la peticionaria que la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública desbordó la asignación recibida del Señor Procurador General de la Nación, pues no obstante que solo se le facultó para adelantar el trámite de indagación preliminar y de la primera instancia, abrió la investigación disciplinaria que posteriormente continuó tramitando la Asesora del Despacho del Procurador, quien dictó pliego de cargos.

De los documentos que obran en el expediente se desprende lo siguiente:

1º. Mediante auto del 22 de septiembre de 1999, el Señor Procurador General de la Nación asignó a dos Asesoras de su Despacho para que respecto del proceso de contratación directa de ECOSALUD S.A. para adjudicación del Juego Lotto en Línea, adelantaran las diligencias señaladas en el artículo 2º, literales a), b) y c), de la Resolución 140 de 1998, inclusive, para avocar diligencias disciplinarias en términos del literal f) de ese acto. (folio 75, cuaderno principal 1).

2º. Con fundamento en el Informe de Gestión rendido por las aludidas Asesoras en el que, según se consigna en el auto del 15 de mayo de 2000, se indica que se "advirtieron inconsistencias de tipo legal y económico -financiero, con la posibilidad de que se tipifiquen conductas irregulares de tipo disciplinario" y que existen elementos suficientes para iniciar el proceso disciplinario correspondiente, el Señor Procurador General de la Nación ordenó remitir dicho informe a la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública "...para los fines que estime pertinentes" (folio 17,

cuaderno principal 1).

3º. Mediante auto del 24 de mayo siguiente, el Señor Procurador delegó a la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública "...para que adelante el trámite de indagación preliminar y la primera instancia a que haya lugar con ocasión de la queja presentada por el Señor César Augusto Quintero Patiño contra el Doctor Ramiro Varela Marmolejo en calidad de Presidente de Ecosalud" (folio 140 mismo cuaderno). El funcionario Delegado, mediante providencia del 24 de mayo de 2000, ordenó la apertura de investigación disciplinaria contra el Señor Varela Marmolejo y dispuso la práctica de pruebas (folios 141 a 148).

4º. Por auto del 29 de mayo del mismo año, el Señor Procurador General de la Nación asignó una Asesora de su Despacho para que si los medios de prueba que se practiquen acreditan la existencia de faltas disciplinarias, "...disponga la respectiva investigación, formule auto de cargos si fuere el caso, y profiera el respectivo fallo, si ostenta igual o superior jerarquía que el funcionario desplazado" (folio 15). En ejercicio de esa facultad, la Asesora del Despacho del Señor Procurador General adicionó el auto que ordenó la apertura de investigación disciplinaria, en el sentido de ordenar la vinculación, entre otros, de la Señora Gloria Zamora Gaitán (folios 152 a 155).

5º. A través de escrito presentado el 5 de septiembre de 2000, la Señora Zamora Gaitán solicitó ser escuchada en versión libre y espontánea dentro de la investigación (folio 82 cuaderno principal 2), diligencia que se surtió el día 20 del mismo mes (folios 132 a 161, cuaderno principal 3).

6º. Posteriormente, la Asesora asignada para adelantar la actuación, por auto del 24 de julio de 2001 y aludiendo a la directriz impartida por el Señor Procurador General de la Nación el 9 de julio de 2001, ordenó que se remitiera a la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal el proceso disciplinario "... número 154-41706-2000 donde se investiga disciplinariamente a servidores públicos de Ecosalud, por hechos relacionados con la licitación pública internacional 003 de 1999 y la suscripción del contrato de concesión No. 117 de 1999, a fin de que en ese Despacho continúen el trámite pertinente" (folio 233, cuaderno 6, parte I).

7º. Mediante providencia del 17 de septiembre de 2001, el Señor Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal evaluó la investigación disciplinaria en cuestión y, entre otras decisiones, resolvió formular cargos contra Lino Ramiro Varela Marmolejo y Gloria Inés Zamora Gaitán, en sus calidades de Presidente y Jefe del Departamento Jurídico de Ecosalud, respectivamente (folios 370 a 388, cuaderno 6, parte II).

8º. En escrito radicado el 29 de octubre de 2001 (folios 1 a 37 del anexo 26), la Señora Gloria Inés Zamora Gaitán presentó descargos y, además, (1) recusó al Doctor Benjamín Herrera Barbosa, Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal en orden a que se declare impedido para conocer del asunto; (2) solicitó que se revoque la decisión de formular cargos en su contra y se ordene el archivo provisional del asunto; y (3) propuso la nulidad de la actuación. Esta última petición la reiteró mediante escritos del 15 de diciembre de 2002 (radicado 225884), 23 de febrero de 2004 (radicación 31355) y 12 de mayo de 2004 (radicado 83722).

Lo señalado en precedencia permite deducir que el Procurador General de la Nación, inicialmente, designó a dos Asesoras de su Despacho para que adelantaran las diligencias señaladas en el artículo 2º, literales a), b) y c), de la Resolución 140 de 1998 respecto del proceso de contratación directa de ECOSALUD S.A. para adjudicación del Juego Lotto en Línea e, inclusive, para avocar diligencias disciplinarias en términos del literal f) de ese acto. Posteriormente, con base en el Informe de Gestión rendido por aquellas, en el que consideran que existen elementos suficientes para iniciar el proceso disciplinario, ordenó remitir dicho informe a la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública para los fines pertinentes. Luego, por auto del 24 de mayo de 2000, facultó a esa Delegada para adelantar indagación preliminar y la primera instancia a que haya lugar en el aludido caso. Después, por auto del 29 de mayo del mismo año, designó nuevamente una Asesora de su Despacho para que si se llegare a acreditar la existencia de faltas disciplinarias, dispusiera la apertura de investigación, formulara auto de cargos y profiera el respectivo fallo, si ostenta igual o superior categoría que el funcionario desplazado. Por último, la citada funcionaria, acatando la directriz del Procurador General de la Nación, ordenó remitir el proceso a la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal para que ese Despacho continúe el trámite pertinente.

De manera que no le asiste razón a la peticionaria cuando afirma que el Procurador Delegado para la Moralidad Pública y la Asesora del Despacho del Procurador General de la Nación desbordaron las funciones delegadas, pues actuaron dentro de los límites señalados por el Señor Procurador General de la Nación. Así, el Procurador Delegado para la Moralidad Pública fue designado para adelantar indagación preliminar y la primera instancia a que hubiera lugar. Y mediante auto del 24 de mayo de 2000 optó por ésta última actuación ordenando la apertura de investigación disciplinaria con fundamento en los resultados consignados en el Informe de Gestión rendido por las Asesoras del Despacho del Señor Procurador.

Por su parte, la Asesora del Despacho del Señor Procurador General de la Nación igualmente actuó dentro de los límites asignados, pues, como se anotó, recibió facultades para ordenar la respectiva investigación, formular auto de cargos y proferir el respectivo fallo "si ostenta igual o superior jerarquía que el funcionario desplazado".

Además, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es preciso señalar que la competencia que en materia disciplinaria consagra el artículo 277, numeral 6, de la Constitución Política no es exclusiva del Procurador General de la Nación sino que puede ser ejercida a través de sus delegados y agentes. En efecto, esa Corporación en sentencia T-456/01, se refirió a la competencia de la Procuraduría General de la Nación en materia disciplinaria y a la facultad de los Procuradores Delegados y agentes para adelantar investigaciones pertinentes. En esa oportunidad dijo la Corte:

"...una de las funciones asignadas por la Constitución al Procurador General de la Nación, para ser ejercida por sí o por medio de sus delegados y

agentes, es precisamente la de "ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley" (art. 277 -numeral 6- C.P.).

Se cuestiona en el presente caso por parte del accionante, la falta de competencia del Procurador Regional de Boyacá para dictar el auto del 22 de mayo de 2000, mediante el cual se le suspendió provisionalmente del cargo que venía desempeñando como gerente del Instituto de Tránsito de Boyacá.

Al respecto, hay que anotar que el artículo 277 constitucional consagra una cláusula general de competencia en materia disciplinaria, radicada en cabeza de la Procuraduría General de la Nación "para adelantar investigaciones disciplinarias con el propósito de ejercer la vigilancia superior que al Jefe del Ministerio Público se encomienda y, en últimas, para que él pueda cumplir el cometido básico de velar por el imperio y la efectividad del orden jurídico en todo el territorio de la República"².

El artículo constitucional mencionado no deja duda de que la competencia allí asignada en materia disciplinaria, no es de aquellas que se predicen exclusivamente del Procurador General, sino que el texto fundamental consagra la posibilidad de que sea ejercida, en los términos previstos en la ley, directamente por el mismo Jefe del Ministerio Público o por medio de sus delegados y agentes, que es precisamente lo que ocurrió en el asunto ahora analizado.

La misma Ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Único) en su artículo 62 consagra la competencia de la Procuraduría en materia disciplinaria y dispone que tales procesos se tramitarán "conforme a las competencias establecidas en la ley que determina la estructura y funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación".

En esta forma, queda desvirtuado el cargo de violación del derecho al debido proceso sustentado en la falta de competencia que alega la peticionaria.

Segundo cargo.

Violación del derecho a la defensa por lo siguiente:

1º. Falta de valoración de las pruebas favorables y desconocimiento de los principios de cosa juzgada y *nom bis in idem*.-

Para la Sala es infundado el argumento de la peticionaria para invocar la protección del derecho al debido proceso, pues en la investigación disciplinaria que se adelanta en su contra aún no se ha emitido fallo, es decir que no se ha adoptado una decisión de fondo en la que se hubiesen valorado las pruebas recaudadas en la etapa de investigación.

Significa lo anterior que en este momento no existen elementos que permitan el examen orientado a establecer si el funcionario investigador omitió valorar las pruebas que la favorecen o si se incurrió en la prohibición de haberla juzgado dos veces por el mismo hecho.

2º. Omisión de la etapa de indagación preliminar.

De los antecedentes de la actuación procesal que cuestiona la peticionaria se desprende que por auto del 22 de septiembre de 1999, el Procurador General de la Nación asignó a las Asesoras adscritas a su Despacho, doctoras Irma Noris Ortiz Legarda y Nohora Clemencia García de Senn, para que respecto del proceso de Contratación Directa de Ecosalud S.A. relacionado con la adjudicación del Juego Lotto en Línea adelantaran las diligencias previstas en los literales a), b) y c) del artículo 2º de la Resolución 140 de 1998" (folio 75, cuaderno principal uno).

El 21 de enero de 2000 las citadas funcionarias rindieron el Informe de Gestión en el que se consigna que "... advierten inconsistencias de tipo legal y económico-financiero, con la posibilidad de que se tipifiquen conductas irregulares de tipo disciplinario", y agregan que "... existen elementos suficientes para iniciar el proceso disciplinario correspondiente". (Folios 110 a 130, del mismo cuaderno).

Se desprende además que, efectivamente, mediante auto del 24 de mayo de 2000 el Procurador Delegado para la Moralidad Pública ordenó la apertura de investigación disciplinaria contra el Señor Ramiro Varela Marmolejo, sin que se hubiere adelantado la etapa de indagación preliminar. Igualmente se desprende que posteriormente la Asesora del Despacho del Señor Procurador General de la Nación, en ejercicio de la delegación por él otorgada, adicionó ese auto en el sentido de ordenar la vinculación, entre otros, de la Señora Gloria Zamora Gaitán.

Sin embargo, la circunstancia que no se hubiese adelantado indagación preliminar no implica la violación del debido proceso, pues no constituye una etapa obligatoria dentro del procedimiento disciplinario.

En efecto, el artículo 138 de la Ley 200 de 1995 dispone que "En caso de duda sobre la procedencia de investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar". Esa etapa procesal, en términos del artículo 139 *ibídem* señala que esa indagación tiene la finalidad de verificar "...la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria e identificar o individualizar al servidor". Por su parte, el artículo 144 siguiente señala que "Cuando de la indagación preliminar, de la queja o del informe y sus anexos el investigador encuentre establecida la existencia de una falta disciplinaria y la prueba del posible autor de la misma ordenará investigación disciplinaria".

Significa lo anterior que el investigador puede prescindir de la indagación preliminar cuando de la queja o de la información recibida y de sus anexos surjan los elementos que permitan determinar la ocurrencia de una falta disciplinaria y la identificación o individualización del autor de misma. A contrario sensu, cuando no se evidencie con claridad la existencia de la conducta susceptible de ser sancionada ni su posible autor, es necesario adelantar esa actuación.

Así lo advirtió la Corte Constitucional en sentencia C-728 de 2000 mediante la cual resolvió sobre la exequibilidad del artículo 141 de la Ley 200 de 1995, en la que sostuvo, en lo pertinente, lo siguiente:

"Lo anterior significa que la etapa de la indagación preliminar no siempre debe surtirse, es decir, que no es imprescindible ni obligatoria. Ella deberá cumplirse solamente cuando la autoridad disciplinaria no tenga certeza acerca de la existencia de los hechos, de sí ellos constituyen realmente una falta disciplinaria y de quién podría ser el servidor público que podría hacerse merecedor de una sanción disciplinaria. Al respecto se señaló en la sentencia C-430 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell: "La indagación disciplinaria es de carácter eventual y previa a la etapa de investigación, pues sólo tiene lugar cuando no se cuenta con suficientes elementos de juicio y, por lo tanto, existe duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria...".

Y en este caso debe entenderse que el funcionario investigador tuvo certeza sobre la existencia de la conducta constitutiva de falta disciplinaria y sus posibles autores y que, consecuentemente, podía prescindir de la etapa de indagación preliminar, pues del auto del 24 de mayo de 2000 se desprende que la investigación disciplinaria se abrió con fundamento en el informe de gestión rendido por las Abogadas Asesoras del Despacho del Señor Procurador General de la Nación, en el que se afirma que existen elementos suficientes para iniciar el proceso disciplinario correspondiente.

En consecuencia, por este aspecto, no se advierte la violación del derecho al debido proceso.

3º. El pliego de cargos adiciona cargos y hechos que no fueron objeto de las quejas formuladas.- Manifiesta la peticionaria que el pliego se refiere a unos contratos que no fueron mencionados en las quejas, en las pruebas aportadas, ni en la versión libre que se rindió, sino en el informe que rindió la Asesora del Despacho del Señor Procurador inicialmente asignada para adelantar la investigación.

Es cierto que, como lo sostiene la peticionaria, el artículo 141 de la Ley 200 de 1995 señala que "...la indagación preliminar no podrá extenderse a hechos distintos del que fue objeto de denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos". Del contenido literal de esa disposición se desprende que esa prohibición no opera frente a la investigación disciplinaria sino únicamente respecto de la indagación preliminar, etapa que no se surtió en el asunto objeto de reproche.

Por el contrario, el artículo 144 *ibídem* ordena abrir investigación disciplinaria "cuando de la indagación preliminar, de la queja o del informe y sus anexos, el investigador encuentre establecida la existencia de una falta disciplinaria y la prueba del posible autor de la misma". Es decir que el pliego de cargos puede extenderse a hechos que se desprendan de la indagación preliminar (cuando se adelante) o del informe que se rinda con ocasión de la queja, cuando de los mismos se deduzca la existencia de una falta disciplinaria y la identificación del servidor público que incurrió en la misma.

En esta forma se descarta la violación del derecho al debido proceso, sin que para ello resulte necesario adelantar el estudio orientado a establecer si el pliego de cargos formulado a la Señora Gloria Inés Zamora Gaitán dentro de la investigación disciplinaria número 021-60261 se extendió a contratos distintos de los mencionados en las quejas.

Tercer cargo.

Falta de decisión sobre la nulidad que se propuso con fundamento en las irregularidades referidas en el segundo cargo.

Se encuentra demostrado que mediante escrito radicado el 29 de octubre de 2001 (folios 1 a 37 del anexo 26), la Señora Gloria Inés Zamora Gaitán presentó descargos y, además, entre otras peticiones, propuso la nulidad de la actuación, petición que reiteró mediante escritos del 15 de diciembre de 2002 (radicado 225884), 23 de febrero de 2004 (radicación 31355) y 12 de mayo de 2004 (radicado 83722).

Sobre el particular el Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal manifiesta que no hay norma que ordene a la Procuraduría resolver las peticiones de nulidad en forma separada, cuando éstas se han presentado en el escrito de descargos, a menos que se vaya a acceder a esa pretensión. Sustenta esa posición en el artículo 31 de la Resolución número 089 de 2004, que modifica y adiciona la Resolución 191 del 11 de abril de 2003, por la cual se adoptó la Guía del Proceso Disciplinario para la Procuraduría General de la Nación. Agrega que verbalmente se informó a la peticionaria que la nulidad se le resolvería en la decisión de fondo.

Es cierto que la Ley 200 de 1995 no consagra norma que se ocupe de la forma y la oportunidad para resolver las nulidades que se propongan dentro del trámite del proceso disciplinario. De consiguiente, por remisión expresa del artículo 18 *ibídem*, para ese efecto debe acudir a las normas que sobre el particular consagran, en su orden, el Código de Procedimiento Penal y el Contencioso Administrativo.

Ocurre que el capítulo Único del Título VII del Código de Procedimiento Penal regula lo relativo a las causales de nulidad, su declaratoria oficiosa, la oportunidad para proponerlas, las formalidades de la solicitud, y los principios que orientan su declaración y convalidación (artículos 306 a 310). Pero tampoco señala expresamente la oportunidad en la que se deben resolver.

La Resolución 089 de 2004, expedida por el Procurador General de la Nación e invocada por el Señor Procurador Delegado, en el numeral 31 invocado dice lo siguiente:

"31. Modificar en el capítulo de "CONDICIONES GENERALES" del procedimiento "NULIDADES", el párrafo alusivo al pronunciamiento sobre la nulidad, el cual quedará así:

El pronunciamiento sobre la nulidad de la actuación debe ocurrir tan pronto se "advierta" por parte del competente o de los sujetos procesales la

causal que la genera, sin esperar el momento del fallo para pronunciarse sobre su existencia. No obstante, si el proceso se encuentra en la etapa del juicio, por virtud de lo dispuesto en el artículo 21 del C.D.U., por integración, cuando no se trate de un pronunciamiento urgente podrá diferirse la decisión para el momento de dictar fallo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 410 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el mismo puede efectuarse en la decisión final sin ningún traumatismo para el curso de la actuación.

No significa, si la petición de nulidad es resuelta en el fallo, que se trate allí de un pronunciamiento diferente a éste, pues todo fallo debe considerar la existencia de un proceso válido y por consiguiente desecha la presencia de una nulidad.

Así, igualmente, la parte del fallo que se pronuncia sobre la nulidad, negándola, no es algo diferente al fallo, sino el fallo mismo, por tanto en un proceso de doble instancia no tiene recurso de reposición sino de apelación (artículos 21 y 121 del C.D.U. y 412 del Código de Procedimiento Penal)".

Es cierto que esa regulación plantea la posibilidad de que si el proceso disciplinario se encuentra en la etapa del juicio, la decisión sobre la nulidad se difiera para el momento de dictar el fallo. Para ese efecto se remite al artículo 410 del Código de Procedimiento Penal. Y esta norma preceptúa lo siguiente:

"ARTICULO 410. DECISIONES DIFERIDAS, COMUNICACIÓN DEL FALLO Y SENTENCIA

A menos que se trate de la libertad, de la detención del acusado, de la variación de la calificación jurídica provisional o de la práctica de pruebas, el juez podrá diferir para el momento de dictar sentencia, las decisiones que deba tomar respecto de las peticiones hechas por los sujetos procesales en el curso del juicio, cuando éstas no afecten sustancialmente el trámite. La determinación de diferir la adoptará mediante auto de sustanciación contra el cual procede el recurso de reposición.

Finalizada la práctica de pruebas y la intervención de los sujetos procesales en la audiencia, el juez decidirá dentro de los quince (15) días siguientes".

De modo que la norma transcrita comprende la petición de nulidad, pues, aunque no se refiere de manera específica a ella, alude en términos generales a las peticiones hechas por los sujetos procesales en el curso del juicio. Ahora, ese precepto, por razón de la remisión anotada, resulta aplicable a la etapa del proceso disciplinario asimilable al juicio del proceso penal. Esto significa que, ciertamente como lo plantea el Señor Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal, es aplicable a este caso, pues el proceso disciplinario se encuentra en la etapa previa al fallo. Por consiguiente, le corresponde al citado funcionario tomar la decisión sobre la solicitud de nulidad antes de dictar el fallo o diferirla para éste si considera que la decisión que debe tomar respecto de aquella no afecta sustancialmente el trámite del proceso, para lo cual, si opta por lo segundo, debe dictar auto de sustanciación adoptando esa determinación.

Sin embargo, como se advierte demora en adoptar una u otra determinación en la forma señalada en el artículo 410 del Código de Procedimiento Penal, pues la solicitud de nulidad de la disciplinada Gloria Inés Zamora Gaitán, como ya se anotó, fue presentada el 29 de octubre de 2001, se ha incurrido en violación del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política. Por tanto, se revocará la sentencia impugnada y se accederá a la tutela para proteger ese derecho, para lo cual se dispondrá que el Señor Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal, en aplicación del citado artículo 410 del Código de Procedimiento Penal, en un término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de esta providencia, decida la mencionada solicitud de nulidad antes de dictar el fallo en el proceso disciplinario o, si opta por diferir la decisión para el momento del fallo, adopte esa determinación mediante auto de sustanciación.

De otra parte, ordenará que se tome fotocopia de las piezas del proceso disciplinario a las que se ha hecho referencia en este fallo para que formen parte del expediente, contenidas en los folios que a continuación se relacionan, y que se devuelva el expediente a la oficina de origen de manera inmediata:

Cuaderno principal 1: folios 17, 75, 110 a 130, 140 a 148, 151 a 155.

Cuaderno principal 2: folio 82.

Cuaderno principal 3: folios 132 a 161.

Cuaderno 6, Parte I: folio 233.

Cuaderno 6, Parte II: folios 370 a 388.

Anexo 26: folios 1 a 37.

III. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º. Revocase la sentencia dictada el 7 de julio de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A.

En su lugar, tutelase el derecho al debido proceso de la Señora Gloria Inés Zamora Gaitán. Para su protección se ordena al Señor Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal que, dentro del término de cinco (5) días contados a partir del siguiente a la notificación de esta sentencia, decida la solicitud de nulidad formulada mediante escrito radicado el 29 de octubre de 2001 o, si opta por diferir la decisión para el momento del fallo, adopte esa determinación mediante auto de sustanciación, como lo dispone el artículo 410 del Código de Procedimiento Penal.

La providencia que se expida en cumplimiento de lo anterior se pondrá en conocimiento del Tribunal de primera instancia de manera inmediata, Corporación que vigilará el cumplimiento de esta sentencia.

2º. Por la Secretaría expídase fotocopia de las piezas procesales del expediente disciplinario número 021-60261 indicadas en la parte motiva de esta sentencia para que obren en el expediente y devuélvase el original, de manera inmediata, a la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal.

3º. Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

4º. Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

PRESIDENTA

REINALDO CHAVARRO BURITICA

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

DARIO QUIÑONES PINILLA

MERCEDES TOVAR DE HERRÁN

SECRETARIA GENERAL

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Sentencia T-418/97.

2. Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-222 del 14 de abril de 1999. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Fecha y hora de creación: 2025-06-17 12:32:24