



Sentencia 00062 de 2013 Consejo de Estado

CADUCIDAD DE LA ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO EN SANCION DISCIPLINARIA - Conteo del término. Desde el día siguiente a la notificación del acto de ejecución.

Si se tiene como referente para el cómputo del término de caducidad la fecha en que le fue notificado al actor el acto administrativo mediante el cual se hizo efectiva la sanción en su contra, se tiene que el plazo de 4 meses a que hace referencia el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A., venció el 20 de febrero de 2005, que correspondió a un domingo, por lo que de conformidad con el artículo 62 de la Ley 4 de 1913, el plazo se extendió hasta el primer día hábil siguiente, el 21 de febrero de 2005, que corresponde al día en que el actor presentó la demanda

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136

ACTO DE EJECUCION DE SANCION DISCIPLINARIA - No es susceptible de control judicial. Falta de legitimación en la causa por pasiva.

Únicamente las decisiones de la Administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hacen imposible continuar dicha actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de tal modo que los actos de ejecución de una decisión administrativa o jurisdiccional se encuentran excluidos del referido control, toda vez que a través de ellos no se decide definitivamente una actuación, pues sólo son expedidos en orden a materializar o hacer efectivas esas decisiones, sin contener decisión alguna de la Administración, y su relevancia conforme a la jurisprudencia arriba citada es sólo para efectos del conteo del término de caducidad de la acción. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, le asiste razón al Departamento de Nariño al considerar que el Decreto 1148 de 2004, simplemente hace efectiva la sanción impuesta en primera y en segunda instancia por la Procuraduría Provincial de Pasto y la Procuraduría Regional de Nariño respectivamente, por lo que constituye un acto de ejecución que no es susceptible de control ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

DESTITUCION DE ALCALDE POR INCREMENTO INJUSTIFICADO DEL PATRIMONIO - Incumplimiento de la obligación de afiliarse al régimen contributivo de salud.

Como quedó acreditado en el proceso disciplinario, se afilió al Régimen Contributivo, al ISS, el 8 de octubre de 2002, motivo por el cual con anterioridad durante el tiempo en que se desempeñó como alcalde no realizó en debida forma los aportes correspondientes al Sistema de Seguridad Social en Salud, a pesar de que estaba obligado a ello por desempeñarse desde el 1° de enero de 2001 como Alcalde de Taminango, y por consiguiente ostentar la condición de servidor público, que de conformidad con el artículo 157, numeral 1° de la Ley 100 de 1993, le imponía la obligación de afiliarse al Régimen Contributivo. Las anteriores consideraciones fueron realizadas de manera pormenorizada en los fallos disciplinarios demandados, en los cuales se indicaron las sumas de dinero que el actor debió aportar al Sistema de Seguridad Social en Salud durante los años 2001 y 2002, y por consiguiente, en las obtuvo un indebido incremento patrimonial.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B"

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., once (11) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00062-00(1052-09)

Actor: RODRIGO JURADO RENDON

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION Y DEPARTAMENTO DE NARIÑO

Decide la Sala la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada a través de apoderado, por Rodrigo Jurado Rendón contra la Nación – Procuraduría General de la Nación y el Departamento de Nariño.

ANTECEDENTES

1. La demanda.

El señor Rodrigo Jurado Rendón por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demanda la nulidad de los fallos disciplinarios del 29 de junio y 5 de agosto de 2004, proferidos por la Procuraduría Provincial de Pasto y la Procuraduría Regional de Nariño respectivamente, mediante los cuales se le sancionó con destitución del empleo de Alcalde de Taminango, e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de cinco años.

Adicionalmente solicita la nulidad del Decreto 1148 del 14 de septiembre de 2004 del Gobernador de Nariño, mediante el cual se hizo efectiva la sanción antes señalada.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene a la Procuraduría General de la Nación cancelar los antecedentes disciplinarios en su contra.

Asimismo, pretende que la parte demandada sea condenada en costas y que la misma dé cumplimiento a la sentencia respectiva de conformidad con los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Los hechos de la demanda se resumen así:

Afirma la parte demandante que en contra del señor Rodrigo Jurado Rendón, que se desempeñó como Alcalde de Taminango del 1 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2003, se presentó una denuncia ante la Procuraduría General de la Nación, por presuntamente haber abusado de su condición de alcalde para continuar afiliado junto con su familia en el Régimen Subsidiado de Salud.

Relata que la mencionada queja fue repartida al Procurador Provincial de Pasto, quien mediante auto del 6 de agosto de 2003 abrió investigación disciplinaria contra el señor Rodrigo Jurado Rendón, y que el 5 de noviembre de 2003 le notificó a éste el pliego de cargos por haber incurrido en *"posible falta disciplinaria al haber abusado del Régimen Subsidiado de Salud"*.

Destaca que el señor Rodrigo Jurado Rendón el 20 de noviembre de 2003 realizó los descargos correspondientes, a través de los cuales aclaró lo siguiente:

*Que venía afiliado al Régimen Subsidiado de Salud desde el año 1996, que se posesionó como Alcalde de Taminango el 1 de enero de 2001, y que el carnet del SISBEN que tenía se le adjudicó el 28 de agosto del mismo año al menor José Rojas Angulo, motivo por el cual como lo certificó la Coordinadora de Facturación del Hospital San Juan Bautista, mientras desempeñó el cargo antes señalado, no recibió los servicios del Régimen Subsidiado de Salud.

*Que desde el 8 de octubre de 2002 se afilió al ISS para hacer parte el Régimen Contributivo de Salud.

*Que su esposa desde el 1 de agosto de 1996 se encontraba afiliada al Régimen Subsidiado de Salud, y que aquella como lo certificó la Coordinadora de Facturación del Hospital San Juan Bautista, no recibió ningún servicio de salud desde el 1 de enero de 2001, día en el que se posesionó como alcalde.

*Que sus hijos son mayores de edad y que por dicha circunstancia los mismos no figuran como sus beneficiarios en el sistema de salud, y además que no debe responder por los actos de los mismos.

*Que su afiliación y la de su núcleo familiar al Régimen Subsidiado de Salud, no tiene relación alguna con el hecho de que se haya posesionado como Alcalde de Taminango, lo que refleja la ausencia de dolo en la conducta reprochada.

Indica que el señor Rodrigo Jurado Rendón al alegar de conclusión en la primera instancia del proceso disciplinario reprochó que durante el mismo no se hayan valorado las pruebas de demuestran la ausencia de dolo en la conducta investigada, y que su afiliación y la de su núcleo familiar al Régimen Subsidiado de Salud no tiene relación alguna con el hecho de que se haya posesionado como alcalde.

Señala que a pesar de la anterior circunstancia la Procuraduría Provisional de Pasto mediante fallo N° 0017 del 29 de junio de 2004, sancionó al señor Rodrigo Jurado Rendón, en su condición de Alcalde de Taminango, con destitución del cargo e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de 5 años.

Subraya que su poderdante presentó recurso de apelación contra la anterior decisión, argumentando que no se demostró que haya aprovechado su condición de alcalde para permanecer junto con su familia en el Régimen Subsidiado de Salud, y por ende, que se le aplicó un régimen de responsabilidad objetiva para sancionarlo.

Narra que la referida decisión fue confirmada totalmente a través del fallo N° 040 del 5 de agosto de 2004, de la Procuraduría Regional de Nariño, que a su vez le fue notificado a su poderdante el 30 de agosto de 2004.

Asevera que el Gobernador de Nariño mediante el Decreto N° 1148 del 14 de septiembre de 2004, notificado a su representado el 19 de octubre del mismo año, en cumplimiento de las decisiones disciplinarias, hizo efectiva la sanción de destitución e inhabilidad para ocupar cargos público por el término de 5 años.

2. Normas violadas y concepto de violación.

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política los artículos 1, 2, 6, 13, 21, 29, 121, 124, y 267 inciso 3.

De la Ley 734 de 2002 los artículos 4, 5, 6, 9, 13, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 73, 97, 128, 129, 141, 142, 162 y 164.

Del Código Contencioso Administrativo el artículo 36.

Al explicar el concepto de violación en la demanda, realiza algunas consideraciones respecto al contenido de los artículos antes señalados, destacando que en desconocimiento de los mismos en los fallos disciplinarios no se realizó una valoración adecuada y conforme a las reglas de la sana crítica de las pruebas aportadas al proceso, en especial de aquellas a través de las cuales el señor Rodrigo Jurado Rendón destacó que él y su núcleo familiar desde el año 1996 se encontraban en el Régimen Subsidiado de Salud, que durante el tiempo en que fue alcalde no utilizaron el servicio médico, que se reasignó el cupo del sistema subsidiado del señor Jurado a un menor edad, y por ende, que su poderdante no hizo uso del cargo que ocupaba para lograr beneficios en el Sistema de Salud.

Sostiene que *“su representado no sacó ningún lucro de dicha afiliación, pues lo que simplemente ocurrió es que hubo una omisión de su parte al no reportar de inmediato su desafiliación, omisión que no puede llevar a una sanción disciplinaria de inhabilidad de derechos y funciones públicas, si en cuenta se tiene que dicha sanción repercute en el futuro laboral del disciplinado, ahora demandante, al privarle de su derecho de acceder a la función pública, por espacio de cinco años”*.

En ese orden de ideas argumenta que al señor Rodrigo Jurado Rendón se le aplicó un régimen de responsabilidad puramente objetivo, en contra de lo establecido en artículo 13¹ de la Ley 734 de 2002, en tanto no se demostró en el proceso disciplinario adelantado que su poderdante haya actuado de manera dolosa, ni que haya hecho uso *“de los recursos del Régimen Subsidiado para obviar su cotización al Régimen Contributivo y menos haber obtenido un incremento patrimonial”*.

Añade que lo único que aparece probado en el proceso son algunas afiliaciones del señor Jurado y su núcleo familiar al Régimen Subsidiado de Salud, las cuales se realizaron con anterioridad a que aquél se posesionara como Alcalde de Taminango, y que ninguno de los involucrados hizo uso del servicio médico después de dicha posesión, hechos que estima fueron totalmente desconocidos en el proceso disciplinario.

Argumenta que una sanción como la impuesta tendría lugar *“en el evento que mi patrocinado hubiese hecho uso de los servicios de salud, pues en tales circunstancias existiría un enriquecimiento injustificado a favor de mi representado, situación que no ha acontecido”*.

Por las anteriores razones sostiene que la sanción controvertida se emitió sin que obren pruebas en el proceso que conduzcan a la certeza de la falta y a la responsabilidad del disciplinado, desconociendo los artículos 73², 142³ y 162⁴ de la Ley 734 de 2002; que es falsa la motivación de los actos demandados; y que la valoración de las pruebas realizadas desconoció las reglas de la sana crítica y vulneró el derecho fundamental al debido proceso.

TRÁMITE

Se destaca por la Sala que la demanda inicialmente fue admitida por el Tribunal Administrativo de Nariño mediante auto del 4 de abril de 2005 (Fls. 60-61), que adelantó el proceso correspondiente hasta la apertura de etapa probatoria, en tanto con ocasión a la entrada en funcionamiento de los Juzgados Administrativos, el presente asunto fue remitido para su conocimiento al Juzgado Quinto Administrativo de Pasto (Fls. 171 y siguientes), que mediante sentencia del 8 de febrero de 2008 (Fls. 203-219) accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando probada la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva de la Gobernación de Nariño; declarándose inhibido para pronunciarse de fondo respecto de la legalidad del Decreto 1148 del 14 de septiembre de 2004 del Gobernador de Nariño; declarando la nulidad de los fallos disciplinarios proferidos en contra del demandante; y, en consecuencia, condenando a la Procuraduría General de la Nación a cancelar los antecedentes disciplinarios del actor.

La sentencia del 8 de febrero de 2008 del Juzgado Quinto Administrativo de Pasto fue apelada por la Procuraduría General de la Nación (Fls.

220-227), por lo que el presente asunto fue conocido por el Tribunal Administrativo de Nariño, que mediante auto del 17 de abril de 2008 admitió el recurso de alzada (Fl. 234), y con posterioridad, el 27 de mayo del mismo año, corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (Fl. 235).

No obstante lo anterior, el Tribunal antes señalado mediante providencia del 5 de mayo de 2009 (Fls. 250-255), declaró la nulidad de todo lo actuado desde el auto del 24 de febrero de 2005 del mismo Tribunal, a través del cual antes de decidir sobre la admisibilidad de la demanda (lo que tuvo lugar el 4 de abril de 2005), ofició al Alcalde de Taminango para que informara la fecha en que le fue notificado al actor el Decreto N° 1148 de 14 de septiembre de 2004 (Fl. 51). Asimismo, mediante el auto del 5 de mayo de 2009, el Tribunal Administrativo de Nariño dispuso el envío del expediente al Consejo de Estado, por considerar a éste el juez competente.

En síntesis el referido Tribunal argumentó como causal de nulidad, su incompetencia para conocer del asunto, dado que el objeto del litigio es una sanción disciplinaria que origina el retiro del servicio y, en tal virtud, estimó que el competente para conocer de la legalidad de los fallos que la impusieron es el Consejo de Estado en única instancia. Dicha decisión se sustentó en las providencias proferidas por esta Corporación el 12 de octubre de 2006⁵ (expediente 2005-00333-00(799-06)) y el 4 de octubre de 2007⁶ (expediente 2003-00119-01(0623-03)).

Remitido el expediente de la referencia al Consejo de Estado, mediante auto del 26 junio de 2009 de la Sección Segunda, Subsección B, se admitió la demanda presentada por el señor Rodrigo Jurado Rendón contra la Nación – Procuraduría General de la Nación y el Departamento de Nariño, por lo que también se dispuso la notificación correspondiente a las entidades antes señaladas (Fls. 262-263).

CONTESTACIÓN

- El apoderado del Departamento de Nariño contestó la demanda y se opuso a las pretensiones del actor manifestando lo siguiente (Fls. 320-323):

Precisa que no le corresponde pronunciarse respecto a la solicitud de nulidad de las decisiones sancionatorias emitidas en contra del demandante por la Procuraduría General de la Nación, por lo que únicamente se pronunciará respecto a la pretensión de nulidad del Decreto 1148 de 2004 del Gobernador de Nariño, mediante el cual se hace efectiva la sanción impuesta al actor.

En tal sentido precisa que el decreto antes señalado no es susceptible de demandarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en tanto constituye un acto de ejecución, que no contiene una decisión que cree, modifique o extinga una situación jurídica particular.

Estima que en el caso de autos las entidades llamadas a responder son las Procuradurías que emitieron los actos sancionatorios en contra del accionante, y de ningún modo el Departamento de Nariño que se limitó a ejecutar dicha sanción.

Precisa que el Decreto 1148 de 2004 del Gobernador de Nariño, mediante el cual se hace efectiva la sanción impuesta al actor, no forma parte de las decisiones sancionatorias como un acto complejo, por lo que no resulta procedente llamar a juicio a la referida entidad territorial.

Por las anteriores circunstancias propone como excepción de mérito la falta de legitimación en la causa por pasiva, y añade *“que la vinculación del Departamento de Nariño y la demanda de nulidad del Decreto 1148 de 2004 además de ser improcedente resulta inocua, puesto que de ser declarado nulos los actos sancionatorios proferidos por la Procuraduría Provisional de Pasto el acto de ejecución perdería fuerza ejecutoria porque habrían desaparecidos sus fundamentos de hecho y derecho”*.

- Por su parte la Procuraduría General de la Nación se opuso a la demanda presentada por las razones que a continuación se sintetizan (Fls. 329-343):

En cuanto a los hechos que se exponen en la demanda, la Procuraduría General de la Nación precisa, que no es cierto que el fallo disciplinario que se profirió en contra del demandante en segunda instancia, se haya notificado el 30 de agosto de 2004, en tanto el mismo fue dado a conocer al actor el 25 de agosto del mismo año, como puede apreciarse a folio 299 del proceso disciplinario.

En síntesis frente a los cargos elevados por el actor señala que el mismo alega que se han vulnerado sus derechos al debido proceso y a la honra, que se desconoció el principio de legalidad, que las sanciones impuesta en su contra no son adecuadas a los fines que le sirven de causa, y que no habían pruebas para determinar su responsabilidad, sin desarrollar o probar sus afirmaciones sobre el particular.

Respecto a la violación del derecho al debido proceso resalta que al demandante dentro del trámite disciplinario se le brindaron todas las garantías legalmente previstas para ejercer la defensa de sus intereses, y precisa que el mismo fue sancionado en tanto *“permaneció afiliado al régimen subsidiado de salud y permitió que sus beneficiarios, Mary Moreno de Jurado, Mauricio Jurado Moreno y Rodrigo Jurado Moreno, también lo hicieran, en los términos de esta providencia, pese a que a partir del mes de enero de 2001; tomó posesión del cargo de Alcalde del Municipio, dejando de realizar aportes al sistema como servidor público, lo que pudo haber generado un enriquecimiento indebido, hasta agosto de 2002, cuando se vinculó al ISS (...)”*.

Sostiene que el demandante se equivoca al indicar que por no haber hecho uso del Régimen Subsidiado de Salud durante el tiempo en que se desempeñó como alcalde, implica que la conducta por la que fue investigado debe desaparecer, en tanto no fue investigado y sancionado por usar los servicios de salud en dicho régimen, sino por permanecer en él, por no realizar los aportes al Régimen Contributivo y por haberse enriquecido injustificadamente al dejar de cancelar aquéllos.

siguientes:

*Que el demandante y su hijo Mauricio Jurado Rendón desde el año 1999 se afiliaron al Régimen Subsidiado de Salud, mientras la esposa de aquél, la señora Mary Moreno y su hijo Rodrigo Jurado Moreno, se afiliaron al mismo régimen desde el año 1996.

*Que *“el investigado sólo se afilió al régimen contributivo a través del ISS en el mes de octubre del 2002, lo que significa que entre enero de 2001 y septiembre de 2002 dejó de hacer aportes a salud desconociendo la obligación legal en su condición de servidor público (se exceptúan los meses de marzo y abril 2001 y mayo a agosto 2002)”*.

**“Los valores aportados al régimen de salud no se compadecieron con el porcentaje establecido en la ley, dejando de aportar para el año 2001 la suma de \$585.067.00 y la suma de \$ 604.700.00 para el año 2002”*.

**“Los argumentos de defensa del investigado relacionados con que su carnet de afiliación al régimen subsidiado se entregó al menor José Rojas, se desestimaron porque tal afiliado fue rechazado por la EPS Condor, ya que tal empresa lo desmintió indicando que tal afiliación correspondió a la reasignación según Resolución 341 del 15/09/2001 y además porque la Ley 100 de 1993 prioriza la reasignación de cupos en determinados rangos de población”*.

En cuanto a los hechos que se dieron por probados en el proceso disciplinario relaciona las pruebas correspondientes, precisando que las mismas se pusieron a disposición del demandante para que ejerciera su derecho de contradicción, que considera no fue ejercido por aquél de manera diligente.

Respecto a la afirmación que realiza el demandante consistente en que fue juzgado bajo un régimen de responsabilidad objetiva, la Procuraduría alega que *“el funcionario investigado de manera consciente y voluntaria dejó de hacer deducciones a su salario, pues como ordenador del gasto en su condición de Alcalde Municipal autorizó y mensualmente firmó las liquidaciones mensuales de salarios y aportes a los regímenes de salud, desconoció reiteradamente su condición de servidor público con su deber funcional de cumplir la ley debiendo afiliarse al régimen contributivo con todas y cada una de sus implicaciones, él como funcionario público tenía la obligación de cotizar al régimen contributivo y como Alcalde Municipal tenía la doble obligación de cumplir la normatividad pertinente sobre la materia de seguridad social, el investigado tenía el deber de conocer la norma y el deber de cumplirla, sólo hasta el mes de octubre de 2002 se afilió al régimen contributivo, por lo tanto es de inferir que hasta ese momento quiso el resultado de su conducta (...) el demandante conoció la existencia del hecho típico y antijurídico y quiso su realización, por ser conocedor de la situación fáctica, su pleno dominio sobre ella y pudiendo y debiendo actuar de otra forma optó por apartarse de la ley, con fin consciente perseguido y obtenido, no simplemente por un actuar negligente (...)”*.

Luego de realizar algunas consideraciones sobre la presunción de legalidad y acierto de los actos administrativos, destaca que el actor no ha desvirtuado dicha presunción respecto a la sanción que le fue impuesta, que el mismo en esta oportunidad expone argumentos que no invocó en el proceso disciplinario, y que pretende ante el Consejo de Estado propiciar una tercera instancia para controvertir las decisiones adversas a sus intereses, las cuales tienen una naturaleza especial por haberse emitido en desarrollo de la potestad disciplinaria que constitucionalmente le ha sido conferida a la Procuraduría General de la Nación.

De otro lado como excepciones a la demanda presentada formula las siguientes:

*Caducidad de la acción. Argumenta que el fallo disciplinario en segunda instancia le fue notificado al actor el 25 de agosto de 2004, venciendo por consiguiente el término para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el 25 de diciembre de 2005. Resalta que la vacancia judicial se extendió hasta el 18 de enero de 2005, por lo que el actor tan pronto finalizó la misma debió presentar la demanda, sin embargo, presentó ésta hasta el 21 de febrero de 2005.

*Carencia del derecho sustantivo. Indica que al demandante *“no le asisten normas sustantivas que avalen sus peticiones, en la medida en que la expedición de los actos demandados se ciñeron a los preceptos de orden constitucional y legal”*.

*Excepción de buena fe. Señala que la actuación que adelantó en ejercicio de la potestad disciplinaria se ciñó al principio antes señalado.

*Innominada o genérica. Solicita que se declare toda excepción que resulte acreditada en el presente proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría General de la Nación solicita que se declare la caducidad la acción ejercida por la parte demandante, o en su defecto, se nieguen las pretensiones de la demanda por las siguientes razones (FIs. 359-366):

Trae a colación algunos apartes de las sentencias del 17 de abril de 2008 de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷ y del 21 de noviembre de 1991 de la Sala Plena de la misma Corporación⁸, para resaltar de un lado, que el término de *“caducidad debe contarse a partir de la fecha en que el interesado tiene conocimiento del acto por efecto de la notificación, comunicación o publicación del mismo”*, y de otro, que *“legalmente informado el acto empieza a contarse el término para que el afectado pueda accionar independientemente de su firmeza o de que se ejecute o no, sin que pueda entenderse prorrogado por el término que debe correr para que se quede en firme ni interrumpido por su ejecución”*.

Lo anterior para destacar que en el caso de autos el término de caducidad debe contarse desde el día en que el demandante conoció de la decisión que lo sancionó, y no como éste pretende, desde la fecha en que se hizo efectiva la sanción en su contra, en tanto *“las actuaciones del operador disciplinario son independientes de las que ejecutan las medidas allí impuestas”*.

En ese orden de ideas indica que el fallo disciplinario emitido el 5 de agosto de 2004 en contra del demandante, le fue notificado a éste el día 30 del mismo mes y año, por lo que el actor tenía desde el día siguiente a la fecha antes señalada 4 meses para presentar la demanda correspondiente, los cuales en principio vencían el 1 de enero de 2005, pero que dicho plazo por razones de vacancia judicial y por aplicación del artículo 62 de la Ley 4 de 1913, se extendió para el primer día hábil, en este caso, el 12 de enero de 2005, a pesar de lo cual el accionante acudió a la jurisdicción de manera tardía el 21 de febrero de 2005.

De otro lado argumenta que los actos a través de los cuales se sancionó al demandante se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico y son producto de la adecuada valoración de las pruebas aportadas al proceso disciplinario, insistiendo sobre el particular en los argumentos expuestos al contestar la demanda, relativos a la presunción de legalidad que ampara los actos acusados, que en su criterio no ha sido desvirtuada por la parte accionante, respecto de quien estima que con la presente demanda pretende provocar una tercera instancia.

El Departamento de Nariño. Reitera los argumentos que expuso al contestar la demandada sobre su falta de legitimidad en la causa por pasiva, en tanto las entidades llamadas a responder son las Procuradurías que emitieron los actos sancionatorios en contra del actor, y de ningún modo la entidad territorial, que se limitó a ejecutar dicha sanción mediante el Decreto 1148 de del Gobernador, que estima no es susceptible de demandarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en tanto constituye un acto de ejecución, que no contiene una decisión que cree, modifique o extinga situaciones jurídicas sancionatorias para el actor (Fls. 368-369).

Concepto del Ministerio Público. El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, solicita denegar las pretensiones de la demanda, porque en su criterio se acreditó que el demandante permaneció en el Régimen Subsidiado de Salud, *“pese a que partir del mes de enero de 2001, era servidor público del Alcalde del Municipio de Taminango, Nariño, y la ley le obligaba a afiliarse al régimen contributivo, a partir del momento de su posesión como servidor público”*.

Destaca que el numeral 1° del artículo 157 de la Ley 100 de 1993 es claro en señalar que todo servidor público debe afiliarse al Régimen Contributivo del Sistema de Salud, pero que el actor como alcalde durante casi dos años permaneció afiliado al Régimen Subsidiado, que está previsto para quienes no tienen capacidad de pago y hacen parte de la población más pobre y vulnerable del país.

En ese orden de ideas estima que dentro del proceso disciplinario adelantado en contra del actor, se demostró objetiva y fehacientemente su responsabilidad (Fls. 370-374).

CONSIDERACIONES

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a decidir con fundamento en las siguientes consideraciones.

I. Cuestión previa. De las excepciones propuestas

Antes de estudiar el fondo del asunto procede la Sala definir lo relacionado con la excepción propuesta en este proceso por la Procuraduría General de la Nación, consistente en la presunta caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y por parte del Departamento de Nariño, respecto a su supuesta falta de legitimidad en la causa por pasiva.

1. Estudio de la caducidad de la acción

La Procuraduría General de la Nación argumenta que el demandante permitió que venciera el término de 4 meses previsto en el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A., para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los fallos disciplinarios mediante los cuales se le impuso sanción de destitución del cargo de Alcalde de Taminango e inhabilidad de 5 años para ejercer cargos públicos.

En la contestación de la demanda la Procuraduría indica que el fallo de segunda instancia que sancionó al actor le fue notificado a éste el 25 de agosto de 2004, por lo que el plazo de 4 meses vencía el 25 de diciembre de 2005, sin embargo precisa que para la fecha antes señala tuvo lugar la vacancia judicial, que se extendió hasta hasta el 18 de enero de 2005, por lo que el actor tan pronto finalizó la misma debió radicar la demanda, sin embargo, presentó ésta hasta el 21 de febrero de 2005 (Fl. 342).

No obstante lo anterior, la misma entidad en los alegatos de conclusión argumenta que el fallo disciplinario de segunda instancia, emitido el 5 de agosto de 2004 en contra del demandante, le fue notificado a éste el día 30 del mismo mes y año, por lo que el actor tenía desde el día siguiente a la fecha antes señalada 4 meses para presentar la demanda correspondiente, los cuales en principio vencían el 1 de enero de 2005, pero que dicho plazo por razones de vacancia judicial y por aplicación del artículo 62 de la Ley 4 de 1913, se extendió para el primer día hábil, en este caso, el 12 de enero de 2005, a pesar de lo cual el demandante acudió a la jurisdicción de manera tardía el 21 de febrero de 2005 (Fl. 362).

Se observa que la diferencia entre lo argumentando por la Procuraduría General de la Nación al contestar la demanda y al alegar de conclusión, consiste en que un primer momento indica que el fallo disciplinario de segunda instancia proferido en contra del demandante, se le notificó a éste el 25 de agosto de 2004, pero con posterioridad afirma que dicha decisión se le dio a conocer al actor hasta el 30 de agosto de 2004.

Sobre el particular se observa a partir de las copias de la investigación disciplinaria adelantada en contra del demandante, que éste fue notificado de manera personal del fallo de segunda instancia del Procurador Regional de Nariño, el día 25 de agosto de 2004 (Fl. 227), por lo que dentro del razonamiento de la Procuraduría General de la Nación, la fecha antes señalada constituye el punto de referencia para contabilizar el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

No obstante lo anterior, se advierte que la entidad antes señalada al contestar la demandada como al alegar de conclusión, estima que el momento que debe tenerse en cuenta para contabilizar el término de caducidad, es la fecha de notificación del fallo disciplinario de segunda instancia, sin embargo se observa, que el actor considera que el mencionado plazo no debe contarse desde dicho momento, sino desde la notificación del acto mediante el cual se ejecutó la sanción en su contra, el Decreto 1148 del 14 de septiembre de 2004 del Gobernador de Nariño.

El decreto antes señalado, aportado por el Departamento de Nariño (Fls. 268-269), de acuerdo a la certificación de dicha entidad territorial del 12 de marzo de 2005 y a los documentos que allega con la misma (Fls. 52-58), se notificó el 19 de octubre de 2004, lo que coincide con la indicado en la demanda a folio 8.

En ese orden de ideas, si se tiene como referente para el cómputo del término de caducidad la fecha en que le fue notificado al actor el acto administrativo mediante el cual se hizo efectiva la sanción en su contra, se tiene que el plazo de 4 meses a que hace referencia el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A., venció el 20 de febrero de 2005, que correspondió a un domingo, por lo que de conformidad con el artículo 62° de la Ley 4 de 1913, el plazo se extendió hasta el primer día hábil siguiente, el 21 de febrero de 2005, que corresponde al día en que el actor presentó la demanda (Fl. 1).

De las consideraciones hasta aquí realizadas se desprende, que si se tiene en cuenta para efectos del cómputo del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el día en que el actor fue notificado del fallo disciplinario de segunda instancia (el 25 de agosto de 2004), dicha acción caducó, mientras si se tiene en cuenta el día en que se notificó al demandante del acto mediante el cual se hizo efectiva la sanción controvertida (el 19 de octubre de 2004), la demanda se interpuso en tiempo.

Respecto a las dos interpretaciones antes señaladas se destaca, que de conformidad con la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, el término de caducidad debe contarse teniendo en cuenta la fecha de notificación del acto que ejecuta la sanción, y no desde la notificación de ésta. En tal sentido pueden apreciarse las siguientes consideraciones de la sentencia del 14 de febrero de 2013 proferida por esta Subsección, C.P. Gerardo Arenas Monsalve¹⁰:

“(…) conviene precisar que la jurisprudencia de esta Corporación, en los casos en que se controvierte la legalidad de sanciones de naturaleza disciplinaria, ha admitido de manera consistente la existencia de una íntima conexidad entre los actos administrativos que concluyen la actuación administrativa sancionatoria, esto es, los fallos sancionatorios propiamente dichos y los actos que con posterioridad pudiera expedir la administración para hacer efectiva la respectiva sanción, la que bien puede implicar el retiro del servicio.

Dicha conexidad está dada en el hecho de que el acto de ejecución encuentra su causa en los actos sancionatorios, expedidos por la autoridad disciplinaria, sin que ello signifique que formen un todo o una unidad toda vez que, el primero de ellos esto es, el de ejecución no crea, modifica o extingue situación jurídica alguna del disciplinado. Al respecto, debe decirse que, la única connotación que la Sala¹¹ le ha conferido a los actos de ejecución en estos casos se reputa frente al cómputo del término de caducidad con el que cuenta el interesado para acudir ante esta jurisdicción con el fin de controvertir la legalidad de la actuación administrativa sancionatoria, en la medida en que el referido término se empieza a contar desde la firmeza del acto de ejecución, en lo que se entiende constituye una interpretación amplia del artículo 136¹² del Código Contencioso Administrativo.

Lo anterior, ha sostenido la Sala constituye una garantía para el disciplinado, en primer lugar, porque cuenta con la posibilidad de acudir ante el juez administrativo en el momento en que queden en firme los actos de ejecución, lo que frente a una eventual declaratoria de nulidad, en sede judicial, conllevaría a la pérdida de fuerza ejecutoria del acto conexo y, en segundo lugar, porque se impide el fraccionamiento del conteo del término de caducidad en la medida en que se toma un solo término para demandar la nulidad de la totalidad de actos que integran la actuación disciplinaria, en aquellos casos en que el mismo nominador ejecuta la sanción impuesta.”¹³

En ese orden de ideas, le asiste razón al actor al considerar que el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho debe contabilizarse teniendo en cuenta la notificación del acto mediante el cual se hizo efectiva la sanción en su contra, contrario a lo indicado por la Procuraduría General de la Nación, motivo por el cual la excepción propuesta por ésta no está llamada a prosperar, de manera tal que es procedente el análisis de fondo del asunto, para lo cual previamente se analizará la excepción formulada por el Departamento de Nariño.

2. De la presunta falta de legitimidad en la causa por pasiva del Departamento de Nariño.

Argumenta la entidad territorial demandada, que el Decreto 1148 de 2004 del Gobernador de Nariño, mediante el cual se hace efectiva la sanción impuesta al actor, no es susceptible de demandarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en tanto constituye un acto de ejecución, que no contiene una decisión que cree, modifique o extinga una situación jurídica particular.

Estima que en el caso de autos la entidad llamada a responder es la Procuraduría General de la Nación que emitió los actos sancionatorios en contra del accionante, y de ningún modo el Departamento de Nariño que se limitó a ejecutar dicha sanción.

Precisa que el Decreto 1148 de 2004 del Gobernador de Nariño, mediante el cual se hace efectiva la sanción impuesta al actor, no forma parte de las decisiones sancionatorias como un acto complejo, por lo que no resulta procedente llamar a juicio al Departamento.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta el artículo 135 del C.C.A., subrogado por el artículo 22 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989, que señala lo siguiente:

"La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo." (Destacado fuera de texto).

De conformidad con lo establecido en el artículo transcrito, los actos administrativos objeto de control de legalidad por la vía jurisdiccional son aquellos que ponen término a un proceso administrativo.

A su vez, el artículo 50 *ibídem*, preceptúa lo siguiente:

"Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla."

La disposición citada definió que son actos definitivos, los que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, y que los actos de trámite sólo ponen fin a una actuación cuando por su contenido, se hace imposible continuarla.

En ese orden de ideas, se advierte que únicamente las decisiones de la Administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hacen imposible continuar dicha actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de tal modo que los actos de ejecución de una decisión administrativa o jurisdiccional se encuentran excluidos del referido control, toda vez que a través de ellos no se decide definitivamente una actuación, pues sólo son expedidos en orden a materializar o hacer efectivas esas decisiones, sin contener decisión alguna de la Administración, y su relevancia conforme a la jurisprudencia arriba citada es sólo para efectos del conteo del término de caducidad de la acción.

En reiterada jurisprudencia esta Corporación¹⁴ ha sido uniforme en señalar que los actos que se expiden para darle cumplimiento a una decisión administrativa u orden judicial no son susceptibles de los recursos en la vía gubernativa ni de acciones judiciales, a menos que creen situaciones jurídicas nuevas o distintas.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, le asiste razón al Departamento de Nariño al considerar que el Decreto 1148 de 2004, simplemente hace efectiva la sanción impuesta en primera y en segunda instancia por la Procuraduría Provincial de Pasto y la Procuraduría Regional de Nariño respectivamente, por lo que constituye un acto de ejecución que no es susceptible de control ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por la anterior circunstancia, tampoco se advierte en el caso de autos que el Departamento de Nariño tenga responsabilidad alguna respecto a la sanción impuesta en contra del demandante, en tanto no intervino en la emisión de dicha decisión ni en el proceso disciplinario que dio lugar a la misma, simplemente procedió a darle cumplimiento, emitiendo para tal efecto el referido decreto, que por las razones antes señaladas no es susceptible de control ante esta Jurisdicción.

Cuestión distinta, es que en el evento que se declare la nulidad de los fallos disciplinarios, el Decreto 1148 de 2004 del Gobernador de Nariño, que dio cumplimiento a los mismos, pierda su fuerza ejecutoria al desaparecer sus fundamentos de derecho (artículo 66 numeral 2° del C.C.A).

Por lo tanto, le asiste razón a la entidad territorial demandada al proponer como excepción la falta de legitimidad en la causa por pasiva, situación que se declarará en la parte motiva de esta providencia.

II. Análisis del caso en concreto

Resueltas las excepciones propuestas por la parte demandada, procede la Sala a analizar el fondo de la controversia planteada, que gira alrededor de la legalidad de fallos disciplinarios del 29 de junio y 5 de agosto de 2004, proferidos por la Procuraduría Provincial de Pasto y la Procuraduría Regional de Nariño respectivamente, mediante los cuales se sancionó al actor con destitución del empleo de Alcalde de Taminango, e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el término de cinco años.

Para tal efecto y con el fin de lograr una mayor comprensión de las decisiones cuya nulidad se solicita, se estima pertinente destacar las principales actuaciones y decisiones que dieron lugar a los actos administrativos controvertidos, teniendo en cuenta los antecedentes que dieron lugar a los mismos, allegados en 232 folios por la Procuraduría Provisional de Pasto mediante oficio del 5 de febrero de 2009 (Fl. 247), con los cuales se conformó un cuaderno independiente.

1. De las principales actuaciones al interior del proceso disciplinario

A). Catorce ciudadanos el día 9 de junio de 2003, presentaron ante la Procuraduría General de la Nación una queja contra el demandante, Alcalde de Taminango, entre otras circunstancias, porque éste, su esposa la señora Mary Luz Moreno de Jurado y sus hijos Rodrigo y Mauricio Jurado Moreno, presuntamente se encontraban afiliados a los Regímenes Subsidiado y Contributivo de Salud, aunque aquél sólo está previsto para la población más pobre de la entidad territorial¹⁵.

B). El 6 de agosto de 2003 la Procuraduría Provincial de Pasto¹⁶ dispuso abrir investigación disciplinaria en contra el demandante, en su calidad de Alcalde de Taminango, al advertir de los documentos que aportaron los ciudadanos que presentaron la referida queja, *"que el señor Rodrigo Jurado Rendón, efectivamente está vinculado al régimen subsidiado a través de CONDOR a partir del mes de abril de 2000, en dicha condición se*

afilió al ISS desde noviembre de 2002. Su esposa, la señora Mary Moreno está afiliada en el régimen subsidiado a EMSSANAR desde el mes de agosto del 96, y sus hijos, RODRIGO (y MAURICIO) están afiliados en el régimen subsidiado y en el contributivo con EMSSANAR y en COOMEVA en el primer caso y con CONDOR en el segundo."

Consideró la mencionada Procuraduría que el demandante "servidor del Municipio de Taminango, habría vulnerado el ordenamiento legal toda vez que en su calidad de Alcalde se afilió al régimen subsidiado en salud, aún cuando por su misma condición, percibe salarios, se afilió al contributivo a través del ISS al tiempo, afilió a su hijo MAURICIO JURADO RENDÓN al régimen subsidiado y mantiene en el mismo sistema a su esposa y a su otro hijo".

Estimó que dicha situación atenta contra lo previsto en el artículo 157 numerales 1° y 2° de la Ley 100 de 1993 y el artículo 163 de la misma ley.

Asimismo se destaca que la referida Procuraduría comisionó al Personero de Taminango, para que verificara los descuentos realizados por nómina al demandante, a partir de su vinculación al cargo de alcalde de la entidad territorial antes señalada.

C). En cumplimiento de la mencionada comisión, el Personero de Taminango el 3 de septiembre de 2003, realizó una visita especial a la Secretaría de Hacienda de dicho municipio, de la cual obtuvo varios de los comprobantes de pago de nómina del despacho del alcalde, a fin de verificar los descuentos realizados a éste por concepto de salud (Fls. 44 a 51 del proceso disciplinario).

D). El 5 de noviembre de 2003 la Procuraduría Provincial de Pasto formuló pliego de cargos en contra del actor en los siguientes términos (Fls. 86 a 89 del proceso disciplinario):

"Los soportes probatorios predicen que el disciplinado se vinculó al régimen subsidiado en el mes de abril de año dos mil, conjuntamente con uno de sus hijos afiliándose a CONDOR EPS; que su señora esposa y su otro hijo, (a) través de EMSSANAR lo habían hecho en agosto y diciembre del año 96, respectivamente.

Posteriormente, el primero de sus hijos se afilió a COOMEVA el 23 de junio de 1999 y el burgomaestre lo hizo al ISS el día 8 de octubre de 2002.

Obran de autos las certificaciones que permiten la anterior presentación de los hechos, los que se resumen de la siguiente manera:

ISS	EPS CONDOR	EMSSANAR	COOMEVA
Rodrigo Jurado R. 081002	Reg. Sub. 010400		260401-260401
Mary Moreno de Jurado		Reg. Sub. 010896	
Rodrigo Jurado M.		Reg. Sub. 011296	230699
Mauricio Jurado M.	Reg. Sub. 010400		

A folio 42 aparece el registro civil de matrimonio de los señores Rodrigo Jurado Rendón y Mary Luz Moreno, celebrado el día 30 de diciembre de 1972.

De conformidad con las nóminas que se recogieron en el plenario, al investigado se le dedujeron de su sueldo, valores con destino al ISS para salud (junio y marzo de 2003 y diciembre de 2002). No así entre los meses de enero a diciembre de 2001. (fs. 45 a 51).

Lo anterior, lleva a este Despacho a consideración la posible vulneración del orden jurídico, por los hechos expuestos, motivo por el cual, EL SUSCRITO PROCURADOR PROVISIONAL DE PASTO,

RESUELVE

Primero: Formular el presente pliego de cargos al señor RODRIGO JURADO RENDÓN; identificado con C.C. N° (...), en calidad de Alcalde del Municipio de Taminango (N), porque eventualmente,

Permaneció afiliado al régimen subsidiado en salud y permitió que sus beneficiarios, Mary Moreno de Jurado, Mauricio Jurado Moreno y Rodrigo Jurado Moreno, también lo hicieran, en los términos de esta providencia, pese a que a partir del mes de enero de 2001 tomó posesión del cargo de Alcalde del municipio, dejando además de realizar aportes al sistema como servidor público, lo que pudo haber ocasionado un enriquecimiento indebido, hasta agosto de 2002 cuando se vinculó al ISS.

La anterior conducta podría vulnerar el artículo 25.4 de la Ley 25 (sic) de 1995, reiterada por el artículo 48.3 in fine de la Ley 734 de 2002.

De la Ley 100 de 1993, pudieron desconocerse, además, los preceptos consagrados en los artículos 157 numerales 1 y 2, también en lo relacionado con la cobertura familiar según voces del artículo 163 lb.

Así mismo, pudo haber desconocido el mandato contenido en el artículo 174 lb.

Son deberes de los servidores públicos, los contenidos en los artículos 40 y 34 de las Leyes 200 de 1995 (hasta su vigencia), y 734 de 2002. De la primera:

"1. Cumplir y hacer que se cumpla la Constitución... las leyes...

2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto... que implique abuso... del cargo”

La postura se califica provisionalmente como GRAVÍSIMA Y DOLOSA toda vez que está tipificada en el artículo 25 de la Ley 200 de 1995 y 48 de la Ley 734 de 2002, amén que la intencionalidad se hace presente según se desprende de las nóminas que obran de autos y las certificaciones expedidas por las entidades de salud, además que, en su condición de servidor público, conoce la norma que le imponía su contribución al sistema general de seguridad social en salud.

(...)”.

E) El 20 de noviembre de 2003 el actor presentó los descargos correspondientes argumentando en síntesis lo siguiente (Fls. 92 a 100 del proceso disciplinario):

- De las pruebas aportadas a la actuación disciplinaria lo único que se encuentra establecido son algunas afiliaciones al Régimen Subsidiado de Salud, pero de ninguna manera que haya actuado con dolo frente a la conducta reprochada por la Procuraduría, que estima ha realizado una valoración inadecuada del acervo probatorio, a partir del cual insiste no se puede deducir que su afiliación y la de su núcleo familiar al Régimen Subsidiado, tuvo relación directa con el hecho de que se haya posesionado como Alcalde de Taminango, teniendo en cuenta de que antes de esta circunstancia se encontraban afiliados al mencionado régimen, y que mientras se desempeñó como burgomaestre no recibieron el servicio de salud.

- En tal sentido destaca que de conformidad con la constancia del 13 de noviembre de 2003 del Coordinador del SISBEN del Municipio de Taminango, venía afiliado al Régimen Subsidiado de Salud desde el año 1996; y que después de que fue electo alcalde, el carnet del SISBEN que tenía se le adjudicó el 28 de agosto de 2001 al menor José Rojas Angulo, mediante la Resolución RV 284 de la Alcaldía de Taminango, motivo por el cual como lo certificó la Coordinadora de Facturación del Hospital San Juan Bautista, mientras desempeñó el mencionado cargo, no recibió los servicios del Régimen Subsidiado de Salud.

- Añade que finalmente mediante Resolución AV 0118 del 2 de junio de 2003, el carnet a su nombre fue anulado, y se afilió a la señora Soledad Bolaños Ojeda

- Resalta que desde el 8 de octubre de 2002 se afilió al ISS para hacer parte del Régimen Contributivo de Salud.

- Que su esposa desde el 1° de agosto de 1996 se encontraba afiliada al Régimen Subsidiado de Salud, según la certificación del 15 de abril de 2003 de la “Oficina de Planeación del IDSN”, y además que la misma no recibió ningún servicio de salud en el Régimen Subsidiado desde el año 2001 a la fecha (de presentación de los descargos), de acuerdo a la constancia de la Coordinadora de Facturación del Hospital de Taminango.

- Que sus hijos son mayores de edad y que por dicha circunstancia los mismos no figuran como sus beneficiarios en el sistema de salud, además que no debe responder por los actos de los mismos. No obstante lo anterior precisa, que de conformidad con la certificación de la Oficina de Planeación que obra en el proceso disciplinario, su hijo Rodrigo está en el Régimen Subsidiado desde el 1° de diciembre de 1996, y su hijo Mauricio desde abril de 2000, es decir, cuando aún no había sido elegido alcalde, y que en todo caso los mismos desde el año 2001 no han recibido el servicio de salud de acuerdo a la constancia de la Coordinadora de Facturación del Hospital de Taminango.

- En ese orden de ideas reitera que su vinculación y la de sus familiares al Régimen Subsidiado no tiene relación alguna con su elección como alcalde, y que su afiliación a dicho régimen se subsanó desde el día en que se reasignó su carnet del SISBEN a otro ciudadano y desde que pertenece al Régimen Contributivo de Salud.

F). El día 13 de enero de 2004¹⁷ la Procuraduría Provisional de Pasto declaró abierta la etapa probatoria, para lo cual indicó que se incorporaban a la actuación disciplinaria los documentos que allegó al actor con sus descargos, relacionados con la afiliación propia y de sus familiares al Régimen Subsidiado de Salud antes de que fuera elegido alcalde, y que no recibieron el servicio médico mientras se desempeñó como burgomaestre.

Para la práctica de las múltiples pruebas que decretó la Procuraduría, se destaca que comisionó a la Personería de Taminango, para que verificara ante la autoridad competente, si el accionante durante el tiempo en que ocupó el cargo de alcalde realizó mes a mes las cotizaciones correspondientes al Sistema de Salud, y que visitara la Coordinación del SISBEN del referido municipio, a fin de establecer la fecha de afiliación del actor y sus familiares, y si los señores “Angulo Arteaga José Rojas y Bolaños Soledad Ojeda”, fueron “*debidamente sisbenizados*”.

G). De las visitas llevadas a cabo por la Personería de Taminango, se resalta la realizada el 21 de febrero de 2004 a la Secretaría de Hacienda de dicho municipio, a partir de la cual se obtuvieron las liquidaciones de pago de nómina de la alcaldía al actor, correspondiente a los años 2001 a 2003 (Fls. 120 – 150 del proceso disciplinario). De la referida visita el personero dejó constancia de lo siguiente:

“En el lugar fuimos atendidos por el señor CARLOS AFRANIO VILLOTA, Secretario de Hacienda del Municipio de Taminango, quien una vez enterado del objetivo de la diligencia manifestó que revisada la nómina de pago del año 2001 donde aparece el señor RODRIGO JURADO RENDÓN, no se encuentra ningún descuento por concepto de salud, en la nómina del año 2002, sólo aparece descuento para salud a partir del mes de octubre al Instituto de Seguro Social; en la nómina del 2003 aparecen mes a mes los descuentos al ISS (...)”.

(Fl. 120 del proceso disciplinario).

H). Concluida la etapa probatoria, la Procuraduría Provincial de Pasto mediante fallo N° 0017 del 29 de junio de 2004¹⁸, sancionó al demandante con destitución del cargo de Alcalde de Taminango e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de 5 años. A continuación se transcriben las consideraciones más relevantes que expuso la Procuraduría para sancionar al actor:

"La Ley 200 de 1995, vigente a la época de los hechos, tipifica como falta gravísima el enriquecimiento a favor propio o de terceros (art. 25.4), reiterado por la Ley 734 de 2002 en su artículo 48.3 in fine.

Los deberes posiblemente desconocidos son los relacionados con los artículos 40 de la Ley 200 de 1995 y 34 de la Ley 734 de 2002, en lo relativo a cumplir y hacer que se cumpla la Constitución y la ley, y hacerlo con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto que implique abuso del cargo.

(...)

De la información recaudada dentro del informativo, se tiene claro que el señor Rodrigo Jurado Rendón ingresó al régimen subsidiado en salud en el año 1999 a través de la EPS CONDOR; su cónyuge lo hizo en el año 1996, en la misma empresa; su hijo Rodrigo Jurado Moreno lo hizo en diciembre de 1996 a EMSSANAR, en 1999 al contributivo para Coomeva y en abril de 2003 a CONDOR sistema subsidiado. Finalmente Mauricio Jurado Rendón en abril de 1999 al subsidiado, y al contributivo en Coomeva en febrero de 2002. Así lo reporta la base de datos del Instituto Departamental de Salud de Nariño con corte a julio de 2002, condición que al parecer hizo valer, el disciplinado, para dejar de aportar al sistema de seguridad social en salud, cuando ya no tenía derecho para ello, tal y como lo evidencian las nóminas que reposan en el plenario.

El servidor público sólo se afilió al régimen contributivo a través del Instituto de Seguro Social en el mes de octubre de 2002, lo que significa que entre enero de 2001 y septiembre de 2002 (a excepción de los meses de marzo y abril de 2001 y mayo a agosto de 2002), dejó de hacer los aportes a salud, como le correspondía de conformidad con su condición oficial, gozando del beneficio subsidiado en salud.

Para el bimestre marzo-abril aportó a salud \$11.733, mientras que en los de mayo-junio y julio-agosto la suma de \$152.000, cada uno a Coomeva, a donde se afilió también el 26 de abril de 2001, de donde el reporte dice que se desafilió el mismo día.

Los primeros valores no compadecen el porcentaje aportado por el trabajador (Art. 203 de la Ley 100 (de) 1993), es decir, el 4%, toda vez que con base en su salario, devengado en el año 2001, equivalente a \$1.760.000 (los dos primeros meses) y \$1.900.000 (los restantes) su aporte ascendía \$70.000.400(sic) y \$76.000 respectivamente. Para el año 2002 su sueldo era de \$1.853.000, y aplicando el 4%, su aporte ascendía a \$74.120, que lo hizo por descuento de nómina, a partir del mes de noviembre de 2002. Es decir,

Salario 2001 \$1.760.000 x 4% x 2 meses	\$140.800
\$1.900.000 x 4% x10 meses	\$760.000
Total Causación aporte salud	\$900.000
Recaudación a salud 2001	\$315.733
Diferencia dejada de aportar a salud 2001	\$585.067
Salario 2002 \$1.853.000 x4% x 12 meses	\$889.400
Deducción para salud	\$284.700
Diferencia dejada de aportar a salud 2002	\$604.700
Total dejado de aportar a salud enero 2001 a septiembre 2002	<u>\$1.189.767</u>

Ahora bien, su hijo Rodrigo Jurado Moreno, a la fecha de posesión de su padre, contaba con 25 años y 8 meses y Mauricio Jurado Moreno con 17 años y 8 meses (fs 118 y 119, es decir, serían beneficiarios en los términos del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, puesto que el primero superaba los 18 años de edad, pero dependía económicamente del padre y el segundo era menor de edad.

De otra parte no resulta creíble el hecho que el carné otorgado al señor Rodrigo Jurado Rendón en el año de 1999 por parte del régimen subsidiado en salud, le fuera entregado al menor Rojas Arteaga el día 28 de agosto de 2001, ordenada con Resolución 284, quien no pudo gozar de beneficios porque fue rechazado por la EPS CONDOR; primero, porque la Empresa lo desmiente, indicando que la afiliación del niño obedeció a reasignación según Resolución 341 del 15 de septiembre de 2001 y segundo, porque la Ley 100 de 1993 prioriza reasignación de cupos, amparando a los niños de 10 años, después de haber cubierto necesidades más imperiosas, como las mujeres en parto, posparto, lactancia, madres comunitarias, cabeza de familia, menores de un año, etc.

Además que, el mencionado carné, tampoco fue a beneficiar a la señora SOLEDAD BOLAÑOS OJEDA, porque como lo certifica el Instituto Departamental de Salud de Nariño, dicha persona no registra afiliación alguna al sistema durante los años 2001,2002 y 2003.

De igual manera, debe clarificarse que la desafiliación del régimen subsidiado no opera de manera automática cuando hay traspaso al régimen contributivo. Este tiene efectos una vez el servidor público reporta su nueva condición, de ahí el deber del trabajador es lograr la afiliación a una EPS para la atención de su salud personal y de su familia. Así lo ha explicado el Instituto Departamental de Nariño.

Así las cosas, demostrado como queda la omisión del señor Rodrigo Jurado Rendón en el aporte al sistema general de seguridad social en salud, y en consecuencia, su incremento patrimonial en la suma establecida en precedencia, al permanecer en el régimen subsidiado en salud, por no haber tramitado oportunamente su ingreso al régimen contributivo, de manera conjunta con su núcleo familiar, obligación que le asistía de acuerdo con la ley, resulta imperativa la imposición de una sanción disciplinaria.

Sanción que encuentra respaldo toda vez que el servidor público de manera consciente y voluntaria, dejó de hacer las deducciones a su nómina, pues no se olvide que como alcalde municipal autorizó y firmó las liquidaciones mensuales de los salarios y aportes a salud que como trabajador le correspondía, pretermitiendo de esta manera una función propia de su posición oficial, causando perjuicio a quienes pretendía(n) ingresar, con todo derecho, a ese beneficio establecido por el SGSSS como un forma de solidarizarse con la población más vulnerada.

Uno de los elementos del sistema general de seguridad social, es del de garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema. Es por ello que de conformidad con la Ley 100 de 1993, artículo 157 Num. 1°, cc. Con los artículos 202 y 203, al funcionario le asistía el deber de afiliarse al sistema contributivo, y dejar de pertenecer al sistema subsidiado entre otras cosas porque la escogencia de EPS es libre y voluntaria por disposición legal, sin que en ello pueda tener injerencia el empleador.

El régimen contributivo está permitido respecto del cónyuge o compañero permanente, los hijos menores de 18 años que dependan económicamente del aportante, o mayores hasta 24 que tengan alguna incapacidad media (Art. 163). Su condición de asalariado le permitía unos ingresos provenientes de su relación laboral, por lo que le correspondía afiliarse directamente, para que los aportes y descuentos participen del sistema general.

El trabajador-empleador debía estar al tanto del cumplimiento efectivo de tales aportes, precisamente para generar el beneficio social que establece la Constitución Política a alguien de esa población, pobre y sin oportunidad de acceso a la salud. Se ha impedido el cumplimiento de la finalidad del sistema que como se recuerda es de rango constitucional, pues comporta la seguridad social (Art. 29).

(...)

La sanción que se impondrá, corresponde con la gravedad del hecho, la tipificación que de él hace tanto la Ley 200 de 1995, como la Ley 734 de 2002, y la calificación provisional, misma que cobre vigencia después del análisis probatorio realizado, es decir, resulta como GRAVÍSIMA Y DOLOSA.

DOSIFICACIÓN DE LA SANCIÓN

Por disposición del artículo 32 de la Ley 200 de 1985, las faltas gravísimas se sancionarán con destitución del cargo y de manera accesoria inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas hasta por el término de 5 años.

Esta misma modalidad de indisciplina, en los términos de la Ley 734 de 2002, vigente a partir del 6 de mayo de 2002, se sanciona con destitución e inhabilidad general entre diez y veinte años, de acuerdo con el artículo 44 Num. 1°; empero, ateniéndonos al principio de favorabilidad, según el cual en materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, la sanción será la que consagra el CDU de 1995, en el entendido que la conducta se originó en enero de 2001 pero, se extendió en el tiempo, hasta incursionar en la Ley 734 de 2002, falta que es sancionable de manera más rigurosa”.

l). El demandante mediante escritos del 12 de julio y 4 de agosto de 2004, apeló la anterior decisión, reiterando los argumentos que expuso al realizar los descargos correspondientes (arriba descritos) y agregando los siguientes (Fls. 180 a 186, 193 a 197 del proceso disciplinario):

- Reprocha que la Procuraduría Provincial de Pasto insista en que es responsable por la afiliación de sus hijos Rodrigo y Mauricio al Régimen Subsidiado de Salud, aún cuando los mismos son mayores edad, y aún más, que afirme sin prueba alguna, que ellos dependen económicamente de él.

- Reitera que cualquier circunstancia que pudo presentarse por su afiliación al Régimen Subsidiado, se subsanó al reasignarse su carnet a José Rojas Angulo Artega, como puede constatarse en la Resolución RV 284 del 28 de septiembre de 2001 de la Alcaldía de Tuminango, es decir, en un acto administrativo que la Procuraduría no puede desconocer.

- Insiste en que a partir de las pruebas del proceso disciplinario no se ha acreditado que haya actuado con dolo, por lo que estima fue juzgado bajo un régimen puramente objetivo. En tal sentido argumenta lo siguiente:

“Precisamente uno de los principios de mayor relevancia en material disciplinaria, que guarda relación directa con un debido proceso material, lo recoge el artículo 14 del anterior Código Único Disciplinario -Ley 200 de 1995- y 13 del estatuto actual -Ley 734 de 2002-, el principio de culpabilidad, según el cual en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y, por ello las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa, principio que guarda a su vez congruencia con el consignado en el artículo 9 de la Ley 734 de 2002, por el cual a quien se atribuya falta disciplinaria, se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado”.

- Considera que en aplicación del principio de investigación integral *“debe averiguarse con igual celo tanto las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta reprochable, como las que la agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado, y las que tiendan a demostrar su inocencia”*.

- Argumenta que de conformidad con las pruebas aportada al proceso disciplinario él y su núcleo familiar desde el año 1996 se encontraban en el Régimen Subsidiado de Salud, que durante el tiempo en que fue alcalde no utilizaron el servicio médico, que se reasignó el cupo del sistema subsidiado que tenía a un menor edad, y por ende, que no hizo uso del cargo que ocupaba para lograr beneficios en el Sistema de Salud, por lo que no puede predicarse que ha actuado de manera dolosa.

- Estima que como no hizo uso del Sistema Subsidiado de Salud durante el tiempo en que fue alcalde, no puede predicarse que se haya generado un perjuicio que sea objeto de censura y sanción disciplinaria.

- Agrega que con la conducta reprochada no logró un incremento patrimonial, en tanto ello hubiere ocurrido si *“hubiese retardado su afiliación al régimen contributivo para que se le subsidien los servicios de salud, situación que como se encuentra acreditado dentro del plenario en ningún momento ha ocurrido”*.

- Expone que *“la realidad procesal indica es que hubo un retardo en realizar la afiliación al régimen contributivo (folio 10 del expediente obra certificación del Departamento Comercial del Seguro Social donde consta la afiliación al Seguro Social el 8 de octubre de 2002), pero en ningún momento intención de lograr un beneficio económico que vaya en detrimento del Sistema de Seguridad Social en Salud, como lo entrevé el a quo, ante lo cual iría en contra del principio de proporcionalidad de la pena, la sanción impuesta por la primera instancia, pues con ella se impide por cinco años el derecho fundamental a la función pública y sobre todo en un proceso en el cual el material probatorio demuestra que la conducta endilgada no existió”*, y que no tenía relación directa con el ejercicio de sus funciones como alcalde.

J). Finalmente, mediante el fallo N° 040 del 5 de agosto de 2004, la Procuraduría Regional de Nariño confirmó la sanción impuesta al actor argumentando lo siguiente (Fls. 205 a 219 del proceso disciplinario):

- Luego de realizar algunas consideraciones sobre el tipo de participantes en el Sistema de Seguridad Social en Salud, resaltando que de conformidad con el numeral 1° del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, los servidores públicos deben afiliarse al Régimen Contributivo, señala los períodos en que el actor, su esposa y sus hijos Mauricio y Rodrigo estuvieron afiliados al Régimen Subsidiado, destacando aquellos que transcurrieron durante el tiempo en que el actor se desempeñó como alcalde, para destacar a renglón seguido que al actor de conformidad con los reportes de nómina allegados al proceso disciplinario, no se le realizaron deducciones por concepto de salud *“en el lapso de enero a diciembre de 2001”*.

- Resalta que conformidad con la Ley 100 de 1993 el Régimen Subsidiado está previsto para brindarle el servicio de salud a la población que no tiene capacidad de pago, a la población más pobre y vulnerable del país.

- En ese orden de ideas argumenta que *“del señor Jurado Rendón no solamente ha de predicarse responsabilidad disciplinaria por el hecho de no haber aportado como obligado al régimen contributivo, sino porque tenía ante sí el deber de acatar, y hacer que se acate, el ordenamiento jurídico vigente (ref. Artículo 40.1 de la Ley 200 de 1995)”*.

- Indica que *“de conformidad a lo que se expresa a fs. 85, el señor Rodrigo Jurado Rendón solamente se afilió al ISS (régimen contributivo) el 8 de octubre de 2002 y en razón de que su desempeño funcional como alcalde ocurrió el 1 de enero de 2001, lo certificado por el Jefe del Departamento Comercial, Afiliación y Registro del ISS Nariño hace inferir de manera fundada y cierta que el disciplinado no efectuó aportes en el periodo enero de 2001 a septiembre de 2002, tal y como debía hacerlo en su condición de servidor público, siendo necesarios aclarar que, respecto a tal lapso, las nóminas indican aportes únicamente respecto de los meses marzo y abril de 2001 y mayo a agosto de 2002. Según los porcentajes obtenidos, en el año de 2001 se omitió aportar \$585.067 y en 2002 \$604.700, para un gran total de \$1.189.767, sin desconocer un hecho fundamental y es el de que como alcalde debía autorizar las nóminas de pago, particularidad de la cual se deduce sin el menor asomo de duda la actitud consciente de su ilegal proceder, siendo válida la determinación de la culpabilidad en la modalidad dolosa, pues el servidor público que así actúa conoce el deber y voluntariamente deja de cumplirlo”*.

Añade que *“vistas las cifras en lo que toca con los aportes que se dejaron de hacer, aportes que provenía de su asignación mensual como funcionario público, es natural que se desprenda el hecho de un indebido provecho patrimonial, pues tales dineros, que debían destinarse a los fines propios de la seguridad social en salud, beneficiaron de ilícita forma al servidor público”*.

Por la anterior circunstancia dispuso compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación.

- En cuanto a los argumentos que el actor desarrolló respecto a la responsabilidad que se le endilga por la afiliación de sus hijos Rodrigo y Mauricio al Régimen Subsidiado de Salud durante el tiempo en que fue alcalde, y especialmente, a que él dejó de pertenecer a dicho régimen una vez su carnet fue asignado al menor José Rojas, la Procuraduría Regional de Nariño indica lo siguiente:

“Aun colocándose en duda la situación de sus hijos, respecto a la dependencia económica, no son atendibles los restantes argumentos del disciplinado en cuanto a que su carnet del régimen subsidiado le fue asignado al menor José Rojas Arteaga y con ello Jurado Rendón demuestre “su intención de cesar la anómala situación” toda vez que el menor ingresó apenas el 18 de septiembre de 2001 y tampoco lo que concierne a la señora Soledad Bolaños Ojeda, de quien el acusado expresa recibió los beneficios de los que él disfruta en el régimen subsidiado, porque es el Instituto Departamental de Salud el que informa a 12 de abril de 2004 (con corte a julio de 2002) que la citada señora no registra afiliación alguna en el lapso 2001 a 2003 (fs. 161)”.

2. Precisión de los cargos formulados

Esclarecidas las circunstancias que dieron lugar a los fallos disciplinarios del 29 de junio y 5 de agosto de 2004, proferidos por la Procuraduría Provincial de Pasto y la Procuraduría Regional de Nariño respectivamente, mediante los cuales el demandante fue sancionado con destitución del cargo (Alcalde de Taminango) e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de 5 años, se comprenden con mayor claridad los cargos expuestos en la demanda frente a la decisión antes señalada, que en síntesis son los siguientes:

A. Falsa motivación de los fallos disciplinarios

Argumenta que los actos cuya nulidad se pretende, indican que al permanecer él y su núcleo familiar afiliados al Régimen Subsidiado de Salud, durante parte del período en que ejerció como Alcalde de Taminango, obtuvo para sí un incremento patrimonial, lo cual afirma no es cierto, porque no se demostró dicha circunstancia, y porque la misma sólo se hubiere presentado en el evento de haber utilizado los servicios de salud, lo cual nunca ocurrió, como lo demostró al interior del proceso disciplinario.

De otro lado indica que en los actos demandados se afirma que al permanecer en el Régimen Subsidiado de Salud actuó de manera dolosa y abusando de su condición de alcalde, sin que se haya acreditado dentro de la actuación disciplinaria dicha situación.

B. Los actos controvertidos se emitieron en desconocimiento del debido proceso.

Señala que al no determinarse que actuó de manera dolosa al permanecer en el Régimen Subsidiado de Salud, se le juzgó bajo un régimen de responsabilidad puramente objetivo, que está proscrito por el artículo 13¹⁹ de la Ley 734 de 2002. Asimismo indica que las pruebas aportadas al proceso no fueron apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica, y que no se valoraron correctamente las pruebas de demuestran la ausencia de dolo en la conducta investigada, que su afiliación y la de su núcleo familiar al Régimen Subsidiado de Salud no tiene relación alguna con el hecho de que se haya posesionado como alcalde, y que en dicho régimen ni él o sus familiares recibieron el servicio de salud mientras se desempeñó como burgomaestre.

3. Sobre los Regímenes Contributivo y Subsidiado de Salud

Para tener una mayor comprensión de las razones por las cuales el actor fue sancionado, así como para resolver los cargos que el mismo formuló contra los actos demandados, estima la Sala pertinente precisar algunos aspectos de los Regímenes Subsidiado y Contributivo de Salud, teniendo en cuenta que la conducta que fue objeto de investigación disciplinaria, gira en torno al hecho de que el accionante como servidor público desde el momento en que se posesionó como alcalde de Taminango debía afiliarse al Régimen Contributivo, a pesar de lo cual durante un tiempo estuvo vinculado al Régimen Subsidiado.

En tal sentido lo primero que se resalta es que la Ley 100 de 1993 y normas concordantes, pretenden alcanzar la cobertura universal de los servicios asistenciales, y por consiguiente que todos los residentes del país cuenten con el servicio de salud, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida (arts. 3 literal b) y 153 numeral 3.1 de la Ley 100 de 1993).

Para la consecución de dicho objetivo fue necesario establecer mecanismos a través de los cuales la población más pobre del país pudiera acceder al servicio médico, garantizando en todo caso la sostenibilidad del Sistema de Salud.

Entre los mecanismos que se adoptaron para lograr la cobertura universal del servicio de salud, la Ley 100 estableció fundamentalmente dos regímenes, el Contributivo y el Subsidiado, el primero previsto para las personas que cuentan con capacidad de pago, que principalmente a través de sus cotizaciones obligatorias logran la financiación de dicho régimen; mientras en el segundo se encuentran las personas sin capacidad de pago para acceder al servicio de salud, por lo que para la prestación del mismo se recurre a formas distintas de financiación a los aportes de sus usuarios²⁰.

Respecto a la distinción fundamental entre los referidos regímenes la doctrina nacional ha señalado:

“Para comprender cabalmente el sistema de salud es preciso partir de la distinción fundamental entre los dos regímenes del sistema, es decir, el régimen contributivo y régimen subsidiado.

No se trata, desde luego, de dos regímenes para elegir por parte del afiliado o usuario, sino dirigidos cada uno a un sector específico de afiliados: el régimen contributivo, para quienes tienen capacidad de pago a través de las cotizaciones, por estar en el mercado laboral formal de trabajo, ya sea como asalariados o como independientes y, el régimen subsidiado, para toda la población sin capacidad de cotización, por tratarse de los sectores de mayor pobreza y con necesidades básicas insatisfechas.

En la estructura de la Ley 100/93, el origen de los dos regímenes está en la idea de la universalidad de la afiliación: *Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al sistema general de seguridad social en salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales (art. 156, b):* A la primera modalidad corresponde el régimen contributivo y a la segunda, el subsidiado. En el sistema los dos regímenes coexisten articuladamente, para su financiación y administración (art. 201).

La ley define el régimen contributivo como “*un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y el empleador*” (art. 202).

Por su parte el régimen subsidiado es un “conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad” (art. 211). Este régimen fue creado con el propósito de “financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tiene capacidad de cotizar (art. 212).”²¹

Como puede apreciarse, cada régimen está previsto para un tipo de población, motivo por el cual al usuario no le corresponde elegir a cuál de los dos quiere pertenecer, tanto así que la misma ley ha establecido quiénes deben afiliarse a uno u otro régimen. Sobre el particular resulta especialmente ilustrativo el artículo 157 de la ley 100 de 1993 que reza de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 157. TIPOS DE PARTICIPANTES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.

Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.

2. Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.

B. Personas vinculadas al Sistema.

Los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.

A partir del año 2.000, todo colombiano deberá estar vinculado al Sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado, en donde progresivamente se unificarán los planes de salud para que todos los habitantes del territorio nacional reciban el Plan Obligatorio de Salud de que habla el artículo 162. (...)” (Subrayado fuera de texto).

Para el caso de autos se resalta que entre las personas que deben afiliarse al régimen contributivo, se encuentran los servidores públicos, precisión que realizó la Ley 100 de 1993, y respecto de la cual la Corte Constitucional en la sentencia C-711 de 1998²², estimó que era válida y legítima la inclusión de los servidores públicos al nuevo Sistema de Seguridad Social Integral.

Asimismo, como al accionante le fue reprochado el hecho de no haber realizado las cotizaciones obligatorias al Régimen Contributivo, durante los años 2001 y 2002, aunque ya se desempeñaba como alcalde de Taminango, se estima pertinente tener en cuenta la doctrina nacional respecto de lo que ha establecido la Ley 100 de 1993 y normas concordantes, sobre la cuantía de la cotización para quienes pertenecen al Régimen Contributivo de Salud.

“Como su nombre lo indica, el régimen contributivo se financia principalmente con los aportes o cotizaciones que deben efectuar los afiliados. Con cargo a las cotizaciones de los afiliados, éstos y sus beneficiarios tienen derecho a un conjunto de servicios de salud que se denominan plan obligatorio, cuyas características serán precisadas en su momento.

(...)

La cuantía de la cotización fue fijada originalmente en la Ley 100 en el 12% del ingreso base. Se dispuso totalmente a cargo del afiliado, si se trata de trabajador independiente o pensionado; y en el caso de los asalariados de los sectores público y privado, se fijó en dos terceras partes (8%) a cargo del empleador y una tercera parte (4%) a cargo del trabajador (L. 100, art. 143 y art. 204).

La Ley 1122 de 2007 aumentó la cuantía de la cotización total para el sistema de salud, quedando en el 12.5% del ingreso base. Para los asalariados, la distribución es ahora la siguiente: 8.5% a cargo del empleador y 4% a cargo del trabajador (art. 10, que modificó el art. 204 de la L.100).

Posteriormente, y con ocasión del debate que originó en el sector de los pensionados el incremento de la cotización dispuesto en la Ley 1122 de 2007, se estimó que la cotización a cargo de los pensionados debía conservarse en el 12%, para lo cual se expidió la Ley 1250 de 2008, en la cual se dispuso: “La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional” (L. 1250/08 art. 1º, que adiciona un inciso al art. 204 de la L. 100).

En síntesis, la cotización al sistema de salud para los asalariados y los independientes es del 12.5% del ingreso base; y para los pensionados, la cotización a salud será del 12%.”²³

4. Análisis de los motivos de inconformidad

En ese orden de ideas, esclarecidas las principales circunstancias que dieron lugar a los actos acusados, los motivos de inconformidad del actor, y algunos aspectos de los Regímenes Subsidiado y Contributivo de Salud, alrededor de los cuales la Procuraduría General de la Nación consideró que el demandante obtuvo un indebido incremento patrimonial y desconoció su deber de cumplir y hacer que se cumpla Ley y la Constitución, procede la Sala a analizar los cargos formulados contra la sanción impuesta al señor Rodrigo Jurado Rendón.

A. Sobre la presunta falta de motivación

Al analizar los fallos disciplinarios del 29 de junio y 5 de agosto de 2004, proferidos por la Procuraduría Provincial de Pasto y la Procuraduría Regional de Nariño respectivamente, se evidencia que los mismos haciendo alusión al pliego de cargos formulado en contra del demandante, señalan que el mismo al permanecer en el Régimen Subsidiado de Salud, cuando de conformidad con el artículo 157, numeral 1° de la Ley 100 de 1993, debía permanecer en el régimen contributivo realizando los aportes correspondiente, obtuvo un indebido incremento patrimonial, por lo que se estima incurrió en una falta gravísima según lo establecen los artículos 25 numeral 4 de la Ley 200 de 1995, y 48 numeral 3 de la Ley 734 de 2002, que señalan lo siguiente:

“ARTICULO 25. FALTAS GRAVÍSIMAS. Se consideran faltas gravísimas:

(...)

4. El servidor público o el particular que ejerza funciones públicas, que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial”.

“ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

3. Dar lugar a que por culpa gravísima se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o a cargo del mismo, o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía igual o superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga.” (Destacado fuera de texto).

El actor argumenta que dicho incremento no se probó al interior del proceso disciplinario, sin embargo, en contra su dicho los actos demandados son absolutamente claros al indicar que durante buena parte los años 2001 y 2002, en los cuales el demandante se desempeñaba como Alcalde de Taminango, el mismo no realizó los aportes correspondientes al Régimen Contributivo de Salud, y en respaldo de dicha afirmación, la Procuraduría Provisional de Pasto como la Procuraduría Regional de Nariño, tienen en cuenta las liquidaciones de pago de nómina de la Alcaldía de Taminango de los años antes señalados, que están firmadas por el demandante, en su condición de ordenador del gasto de la entidad territorial.

Al revisar los referidos documentos, que fueron obtenidos en virtud de la visita que realizó el 21 de febrero de 2004 la Personería de Municipal de Taminango a la Secretaria de Hacienda del mismo municipio, por comisión de la Procuraduría Provisional de Pasto²⁴, se observa claramente que al demandante en su condición de Alcalde durante los meses de enero, febrero, julio a diciembre de 2001 y de enero a septiembre de 2002, no se le realizó descuento alguno de su sueldo por concepto de salud, y que frente a los meses de marzo y abril de 2001 sólo aportó para salud la suma de \$11.733, en mayo y junio del mismo año \$152.000, y que en julio y agosto de 2001 se le descontó la cifra antes señalada.

En consonancia con lo anterior debe tenerse en cuenta que el actor, como lo reconoce en la demanda (Fl.6), y como quedó acreditado en el proceso disciplinario, se afilió al Régimen Contributivo, al ISS, el 8 de octubre de 2002²⁵, motivo por el cual con anterioridad durante el tiempo en que se desempeñó como alcalde no realizó en debida forma los aportes correspondientes al Sistema de Seguridad Social en Salud, a pesar de que estaba obligado a ello por desempeñarse desde el 1° de enero de 2001 como Alcalde de Taminango, y por consiguiente ostentar la condición de servidor público, que de conformidad con el artículo 157, numeral 1° de la Ley 100 de 1993, le imponía la obligación de afiliarse al Régimen Contributivo.

Las anteriores consideraciones fueron realizadas de manera pormenorizada en los fallos disciplinarios demandados, en los cuales se indicaron las sumas de dinero que el actor debió aportar al Sistema de Seguridad Social en Salud durante los años 2001 y 2002, y por consiguiente, en las obtuvo un indebido incremento patrimonial.

En ese orden de ideas, contrario a lo que indica el actor, los actos demandados a partir de las pruebas aportadas al proceso disciplinario y de manera motivada, expusieron en que consistió la falta gravísima en la que incurrió el actor al no afiliarse al Régimen Contributivo en Salud y al dejar de realizar los aportes correspondientes, con lo cual obtuvo un indebido provecho patrimonial.

Ahora bien, el demandante argumenta que no puede considerarse que obtuvo un incremento patrimonial al permanecer junto con algunos de los

miembros de su núcleo familiar en el Régimen Subsidiado de Salud, a pesar de que ya se había posesionado como alcalde, en tanto acreditó que ni él, su esposa y sus hijos Rodrigo y Mauricio, hicieron uso del servicio médico, para lo cual aportó al proceso disciplinario cuatro certificaciones del 14 de noviembre de 2003, suscritas por la Coordinadora de Facturación de Registros Individuales de Prestación de Servicios de Salud (RIPS), del Centro Hospital San Juan Bautista de Taminango, en las que se indica que el demandante, la señora Mary Luz Moreno de Jurado, y los señores Mauricio y Rodrigo Jurado Moreno, “no se le(s) ha prestado ningún servicio como régimen subsidiado desde el 2001 hasta la fecha” (Fls. 103-106).

Frente al anterior argumento observa la Sala, que el accionante justifica que no obtuvo un incremento patrimonial al permanecer afiliado al Régimen Subsidiado de Salud, en el hecho que ni él o su familia durante el tiempo en que fue alcalde utilizaron los servicios médicos, como si la Procuraduría Provisional de Pasto y la Procuraduría Regional de Nariño, hubiesen justificado el incremento patrimonial del actor, en el acceso al servicio de salud de éste sin realizar las cotizaciones obligatorias, lo cual no corresponde a lo que se expuso por dicha autoridades en el pliego de cargos y en los fallos sancionatorios.

En efecto, la Procuraduría justificó el incremento patrimonial del actor en el hecho que dejó de realizar al Régimen Contributivo los aportes a los que estaba obligado dada su condición de servidor público, y de ninguna manera en que él o su núcleo familiar disfrutaron de algún servicio salud sin entregar suma alguna de dinero, por el hecho de permanecer en el Régimen Subsidiado.

Por la anterior circunstancia, no resulta pertinente que el demandante justifique que no se incrementó su patrimonio por estar afiliado al Régimen Subsidiado de Salud, en el hecho que él ni su núcleo familiar disfrutaron algún servicio médico durante el periodo en que se desempeñó como alcalde, cuando la Procuraduría acreditó y justificó dicho incremento, en las sumas de dinero que el actor dejó aportar al Régimen Contributivo a pesar de que estaba obligado a ello.

Por la anterior circunstancia en criterio de la Sala contrario a lo que argumenta el actor respecto a la motivación de los actos administrativos mediante los cuales se le sancionó, los mismos justifican en qué consiste la conducta reprochada y respaldan su dicho con las pruebas pertinentes, motivo por el cual no se advierte que se haya incurrido en falsa motivación como argumenta el demandante.

De otro lado, se observa que el demandante argumenta que los actos acusados no acreditan ni justifican que actuó de manera dolosa al permanecer afiliado al Régimen Subsidiado, y mucho menos que abusó de su condición de alcalde para permanecer en dicho régimen.

La Sala tampoco comparte la anterior apreciación del demandante, en tanto los fallos disciplinarios son claros al destacar que el actor de manera dolosa permaneció afiliado al Régimen Subsidiado durante más de año y medio, teniendo en cuenta que el mismo en su condición de alcalde y ordenador del gasto, mensualmente firmó las liquidaciones de salarios y aportes al Sistema de Seguridad Social, por lo que conocía su obligación de afiliarse y aportar al Régimen Contributivo, e incluso, de velar porque los funcionarios a su cargo también cumplieran con dicha obligación.

Para la Sala resulta claro que el actor conocía del mencionado deber, en tanto en las mismas liquidaciones de pago que el actor firmó, a partir de las cuales se constató que durante la mayor parte de los años 2001 y 2002 no realizó los aportes correspondientes al Sistema de Seguridad Social, se relacionan otros funcionarios de la Alcaldía de Taminango, respecto de quienes de manera clara y precisa se evidencian los descuentos que se les realizaba por concepto de salud y pensión.

Teniendo claridad frente a la anterior circunstancia, en los actos demandados en los términos que a continuación se expone, se indica que el actor actuó de manera dolosa, y se le reprocha que el mismo desconoció su deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley, en el caso concreto, aquellas disposiciones que establecen quiénes deben estar afiliados al Régimen Contributivo, y quiénes deben recibir por su especial condición el servicio de salud en el Régimen Subsidiado.

- Fallo del 29 de junio de 2004 de la Procuraduría Provisional de Pasto²⁶:

“Así las cosas, demostrado cómo queda la omisión del señor Rodrigo Jurado Rendón en el aporte al sistema general de seguridad social en salud, y en consecuencia, su incremento patrimonial en la suma establecida en precedencia, al permanecer en el régimen subsidiado en salud, por no haber tramitado oportunamente su ingreso al régimen contributivo, de manera conjunta con su núcleo familiar, obligación que le asistía de acuerdo con la ley, resulta imperativa la imposición de una sanción disciplinaria.

Sanción que encuentra respaldo toda vez que el servidor público de manera consciente y voluntaria, dejó de hacer las deducciones a su nómina, pues no se olvide que como alcalde municipal autorizó y firmó las liquidaciones mensuales de los salarios y aportes a salud que como trabajador le correspondía, pretermitiendo de esta manera una función propia de su posición oficial, causando perjuicio a quienes pretendía(n) ingresar, con todo derecho, a ese beneficio establecido por el SGSSS como un forma de solidarizarse con la población más vulnerada.

Uno de los elementos del sistema general de seguridad social, es del de garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema. Es por ello que de conformidad con la Ley 100 de 1993, artículo 157 Num. 1°, cc. Con los artículos 202 y 203, al funcionario le asistía el deber de afiliarse al sistema contributivo, y dejar de pertenecer al sistema subsidiado entre otras cosas porque la escogencia de EPS es libre y voluntaria por disposición legal, sin que en ello pueda tener injerencia el empleador.

El régimen contributivo está permitido respecto del cónyuge o compañero permanente, los hijos menores de 18 años que dependan económicamente del aportante, o mayores hasta 24 que tengan alguna incapacidad media (Art. 163). Su condición de asalariado le permitía unos ingresos provenientes de su relación laboral, por lo que le correspondía afiliarse directamente, para que los aportes y descuentos

participen del sistema general.

El trabajador-empleador debía estar al tanto del cumplimiento efectivo de tales aportes, precisamente para generar el beneficio social que establece la Constitución Política a alguien de esa población, pobre y sin oportunidad de acceso a la salud. Se ha impedido el cumplimiento de la finalidad del sistema que como se recuerda es de rango constitucional, pues comporta la seguridad social (Art. 29)".

- Fallo del 5 de agosto de 2004 de la Procuraduría Regional de Nariño²⁷:

"Insístase en que el régimen subsidiado no puede comprender en modo alguno a personas con capacidad económica y ello, desde luego, incluye también a su grupo familiar. Desde el inicio de las presentes consideraciones se citó lo regulado en el artículo 157 de la L. 100 de 1993, en cuanto a quienes se adscriben a tal régimen son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización y será subsidiada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana.

(...)

Y del señor Jurado Rendón no solamente ha de predicarse responsabilidad disciplinaria por el hecho de no haber aportado como obligado al régimen contributivo, sino porque tenía ante sí el deber de acatar, y hacer que se acate, el ordenamiento jurídico vigente (ref. Artículo 40.1 de la Ley 200 de 1995), dado que el "El Estado de derecho consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca.

(...).

De conformidad a lo que se expresa a fs. 85, el señor Rodrigo Jurado Rendón solamente se afilió al ISS (régimen contributivo) el 8 de octubre de 2002 y en razón de que su desempeño funcional como alcalde ocurrió el 1 de enero de 2001, lo certificado por el Jefe del Departamento Comercial, Afiliación y Registro del ISS Nariño hace inferir de manera fundada y cierta que el disciplinado no efectuó aportes en el periodo enero de 2001 a septiembre de 2002, tal y como debía hacerlo en su condición de servidor público, siendo necesarios aclarar que, respeto a tal lapso, las nóminas indican aportes únicamente respecto de los meses marzo y abril de 2001 y mayo a agosto de 2002. Según los porcentajes obtenidos, en el año de 2001 se omitió aportar \$585.067 y en 2002 \$604.700, para un gran total de \$1.189.767, sin desconocer un hecho fundamental y es el de que como alcalde debía autorizar las nóminas de pago, particularidad de la cual se deduce sin el menor asomo de duda la actitud consciente de su ilegal proceder, siendo válida la determinación de la culpabilidad en la modalidad dolosa, pues el servidor público que así actúa conoce el deber y voluntariamente deja de cumplirlo".

Como puede apreciarse, los actos demandados expusieron claramente las razones por las cuales el accionante actuó de manera dolosa, motivo por el cual sobre el particular tampoco se advierte que aquéllos deban anularse por falsa motivación como solicita el actor.

B. Sobre la supuesta vulneración del debido proceso

En estrecha relación con los argumentos antes señalados, se evidencia que el actor indica que fue juzgado bajo un régimen de responsabilidad puramente objetivo, sin embargo, contrario a dicha afirmación como se acaba de señalar, tanto la Procuraduría Provincial de Pasto como la Procuraduría Regional de Nariño, expusieron las razones por las cuales el actor actuó de manera dolosa, es decir, que a pesar de que conocía la obligación de cotizar en el Régimen Contributivo dada su condición de servidor público y primera autoridad del Municipio de Taminango, voluntariamente permaneció más de un año afiliado al Régimen Subsidiado, legalmente previsto para los ciudadanos que no tienen capacidad pago.

En ese orden de ideas tampoco es acertado considerar que al demandante se le sancionó disciplinariamente por no afiliarse al Régimen Contributivo y dejar de realizar los aportes correspondientes, en tanto frente a dicha conducta se tuvo en cuenta la condición de servidor público que ostentaba, su conocimiento respecto de las obligaciones que incumplió y, se valoró, la forma en la que actuó a partir de las pruebas aportadas al proceso, circunstancias a partir de las cuales de manera razonada se consideró que actuó de manera dolosa.

Por lo tanto, no se evidencia que al demandante se le haya sancionado bajo un régimen de responsabilidad objetivo, por lo que el cargo que aquél formuló sobre el particular tampoco está llamado a prosperar.

Finalmente el demandante indica que en desconocimiento del derecho al debido proceso las pruebas aportadas al proceso no fueron apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica, concretamente que no se valoraron las pruebas que demuestran la ausencia de dolo en la conducta investigada, que su afiliación y la de su núcleo familiar al Régimen Subsidiado de Salud no tiene relación alguna con el hecho de que se haya posesionado como alcalde, y que en dicho régimen ni él o sus familiares recibieron el servicio de salud mientras se desempeñó como burgomaestre.

Entre las pruebas que el demandante más resaltó en el proceso disciplinario, se encuentran las certificaciones de entidades como el Instituto Departamental de Salud Nariño, la EPS CONDOR y el Coordinador del SISBEN del Municipio de Taminango, a través de las cuales el actor acreditó que él, su esposa y sus hijos desde muchos años antes a su elección como alcalde venían afiliados al Régimen Subsidiado de Salud.

El actor insiste en la importancia de la anterior circunstancia, con el ánimo de acreditar que no fue con ocasión a su posesión como alcalde que tuvo lugar su afiliación al Régimen Subsidiado.

Sobre el particular se evidencia que los actos demandados sí tuvieron en cuenta el hecho de que el actor y su núcleo familiar antes de su

Sentencia 00062 de 2013 Consejo de Estado

posesión como Alcalde de Taminango se encontraban en el Régimen Subsidiado de Salud, es más, los mismos precisan respecto de cada uno de los involucrados las fechas de afiliación y las entidades a las cuales estuvieron vinculados.

Lo anterior, entre otras razones, porque en el proceso disciplinario no se reprochó que el actor y su familia antes de la elección popular estuvieran en el Régimen Subsidiado, sino que el accionante permaneciera en el mismo luego de que se posesionará como alcalde, percibiendo un salario en virtud del cual debía realizar los aportes correspondientes al Régimen Contributivo, lo cual no hizo en debida forma.

En ese orden de ideas estima la Sala que la Procuraduría Provincial de Pasto como la Procuraduría Regional de Nariño sí valoraron las pruebas que el actor aportó respecto a su afiliación y la de su núcleo familiar al Régimen Subsidiado de Salud; situación distinta consiste en que dichas autoridades no compartan la conclusión a la que llegó el actor, esto es, que no puede considerarse que actuó de manera dolosa al estar afiliado en el régimen antes señalado, pues desde antes de su elección como alcalde se encontraba en el mismo, argumento que fue desvirtuado al considerarse que el actor como primera autoridad y ordenador del gasto del Municipio de Taminango, conocía que debía afiliarse al Régimen Contributivo, lo cual sólo hizo transcurrido más de un año de su posesión.

Similar situación ocurre respecto de las certificaciones del 14 de noviembre de 2003, suscritas por la Coordinadora de Facturación de Registros Individuales de Prestación de Servicios de Salud (RIPS), del Centro Hospital San Juan Bautista de Taminango, en las que se indica que el demandante, la señora Mary Luz Moreno de Jurado, y los señores Mauricio y Rodrigo Jurado Moreno, *"no se le(s) ha prestado ningún servicio como régimen subsidiado desde el 2001 hasta la fecha"*.

El actor insiste en que dichas certificaciones no fueron valoradas, aunque en su criterio son de vital importancia para acreditar que no obtuvo un incremento patrimonial al permanecer en el Régimen Subsidiado, toda vez que a partir de las mismas se confirma que mientras se desempeñó como alcalde ni él o los miembros de su núcleo familiar utilizaron el servicio de salud.

Frente a dichos documentos, se observa que en los actos acusados no es objeto de controversia si el actor, su esposa o sus hijos recibieron o no servicios de salud mientras permanecieron afiliados al Régimen Subsidiado, durante el tiempo en que aquél se desempeñó como alcalde, en tanto no fue a partir de dicha circunstancia que se justificó el indebido incremento patrimonial del demandante, sino en el hecho de que el mismo durante los años 2001 y 2002 no realizó los aportes correspondientes al Régimen Contributivo de Salud, a pesar de estar obligado a ello.

En ese orden de ideas, carece de relevancia para efectos de establecer por qué circunstancia se presentó el incremento patrimonial, el hecho de que el accionante y su núcleo familiar materialmente hayan o no disfrutado el servicio de salud mientras aquél se desempeñó como alcalde, en tanto se reitera, sobre el particular el reproche se limitó al hecho de que no se realizaron los aportes correspondientes al Régimen Contributivo de Salud.

Finalmente dentro de las pruebas que el demandante estima no fueron valoradas, se encuentra la Resolución RV 284 del 28 de agosto de 2001 de la Alcaldía de Taminango, a través de la cual dice se adjudicó el carnet del SISBEN que tenía al menor José Rojas Angulo, y la Resolución 118 del 2 de junio de 2003 de la misma Alcaldía, mediante la cual afirma *"fue anulado su Carnet del SISBEN y en su defecto fue afiliada la Señora Soledad Bolaños Ojeda"* (Fl. 6). Para el actor la importancia de dichas pruebas radica en que a través de las mismas también puede inferirse que no recibió el servicio de salud en el Régimen Subsidiado mientras se desempeñó como alcalde.

Respecto a las anteriores pruebas, estima la Sala que son aplicables las consideraciones realizadas respecto a las certificaciones a través de las cuales el demandante buscaba acreditar que no recibió el servicio de salud, en tanto se insiste, el mismo fue sancionado disciplinariamente por no afiliarse, una vez adquirió su condición de servidor público, al Régimen Contributivo, y en consecuencia, al dejar de realizar los aportes correspondientes, con lo cual obtuvo un indebido incremento patrimonial, de allí que en los actos acusados se resalten entre las pruebas allegadas, las liquidaciones de pago de nómina suscritas por el demandante, en las que se resalta que el mismo durante la mayor parte de los años 2001 y 2002 no realizó los aportes por concepto de salud, y las certificaciones de las distintas entidades y autoridades de salud, a partir de las cuales se estableció que el actor hasta octubre de 2002, es decir, más de año y medio de posesionado como alcalde, se afilió al Régimen Contributivo.

No obstante lo anterior, también se advierte que en los actos demandados sí se tuvo en cuenta los argumentos que esgrimió el actor alrededor de la adjudicación de su carnet del SISBEN a otra persona, y la posterior cancelación del mismo para que en el Régimen Subsidiado disfrutara del servicio de salud otro ciudadano, argumentos que en criterio de las autoridades disciplinarias son insuficientes para justificar la conducta antijurídica del actor. En tal sentido en los actos acusados pueden apreciarse las siguientes consideraciones:

- Fallo del 29 de junio de 2004 de la Procuraduría Provisional de Pasto²⁸:

"De otra parte no resulta creíble el hecho que el carné otorgado al señor Rodrigo Jurado Rendón en el año de 1999 por parte del régimen subsidiado en salud, le fuera entregado al menor Rojas Arteaga el día 28 de agosto de 2001, ordenada con Resolución 284, quien no pudo gozar de beneficios porque fue rechazado por la EPS CONDOR; primero, porque la Empresa lo desmiente, indicando que la afiliación del niño obedeció a reasignación según Resolución 341 del 15 de septiembre de 2001 y segundo, porque la Ley 100 de 1993 prioriza reasignación de cupos, amparando a los niños de 10 años, después de haber cubierto necesidades más imperiosas, como las mujeres en parto, posparto, lactancia, madres comunitarias, cabeza de familia, menores de un año, etc.

Además que, el mencionado carné, tampoco fue a beneficiar a la señora SOLEDAD BOLAÑOS OJEDA, porque como lo certifica el Instituto Departamental de Salud de Nariño, dicha persona no registra afiliación alguna al sistema durante los años 2001, 2002 y 2003.

De igual manera, debe clarificarse que la desafiliación del régimen subsidiado no opera de manera automática cuando hay tras paso al régimen

contributivo. Este tiene efectos una vez el servidor público reporta su nueva condición, de ahí el deber del trabajador es lograr la afiliación a una EPS para la atención de su salud personal y de su familia. Así lo ha explicado el Instituto Departamental de Nariño”.

- Fallo del 5 de agosto de 2004 de la Procuraduría Regional de Nariño²⁹:

“Aún colocándose en duda la situación de sus hijos, respecto a la dependencia económica, no son atendibles los restantes argumentos del disciplinado en cuanto a que su carnet del régimen subsidiado le fue asignado al menor José Rojas Arteaga y con ello Jurado Rendón demuestre “su intención de cesar la anómala situación” toda vez que el menor ingresó apenas el 18 de septiembre de 2001 y tampoco lo que concierne a la señora Soledad Bolaños Ojeda, de quien el acusado expresa recibió los beneficios de los que él disfruta en el régimen subsidiado, porque es el Instituto Departamental de Salud el que informa a 12 de abril de 2004 (con corte a julio de 2002) que la citada señora no registra afiliación alguna en el lapso 2001 a 2003 (fs. 161)”.

Por lo tanto, en criterio de la Sala las pruebas aportadas por el demandante al proceso disciplinario sí fueron valoradas en su totalidad, sin que advierta que hayan sido apreciadas de manera aislada, contraevidente o desconociendo las reglas de la sana crítica, motivo por el cual el cargo formulado respecto al desconocimiento del debido proceso, tampoco está llamado a prosperar.

III. De las órdenes a proferir

Por las razones expuestas, como se indicó en el numeral I de la parte considerativa de esta providencia, se declarará no probada la excepción de caducidad propuesta por la Procuraduría General de la Nación, y probada la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva alegada por el Departamento de Nariño.

En cuanto a las pretensiones de la demanda se negarán las mismas, en tanto no se desvirtuó la presunción de legalidad que ampara a los fallos disciplinarios proferidos en contra del demandante.

De otro lado, se reconocerá personería a Manuel Eduardo Marín Santoyo como abogado de la Procuraduría General de la Nación, en los términos del poder visible a folio 390 del expediente.

Del mismo modo se procederá respecto del abogado Fabián del Castillo, a quien se le reconocerá personería como apoderado sustituto del Departamento de Nariño, de conformidad con la sustitución de poder que realizó la doctora María Victoria Guevara Melo, visible a folio 393 del expediente.

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,

FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE no probada la excepción de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, propuesta por la Procuraduría General de la Nación.

SEGUNDO: DECLÁRASE probada la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva alegada por el Departamento de Nariño.

TERCERO: NIÉGANSE las súplicas de la demanda por las razones expuestas en esta providencia.

CUARTO: RECONÓCESE personería al abogado Manuel Eduardo Marín Santoyo, como apoderado de la Procuraduría General de la Nación, en los términos del poder visible a folio 390 del expediente.

QUINTO: RECONÓCESE personería al abogado Fabián del Castillo, en calidad de apoderado sustituto del Departamento de Nariño, de conformidad con la sustitución de poder que realizó la doctora María Victoria Guevara Melo, visible a folio 393 del expediente.

COPIÉSE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE
BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 “Artículo 13. Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa”.

2 “Artículo 73. Terminación del proceso disciplinario. En cualquier etapa de la actuación disciplinaria en que aparezca plenamente demostrado que el hecho atribuido no existió, que la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria, que el investigado no la cometió, que existe una causal de exclusión de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse, el funcionario del conocimiento, mediante decisión motivada, así lo declarará y ordenará el archivo definitivo de las diligencias”.

3 “Artículo 142. Prueba para sancionar. No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado”.

4 “Artículo 162. Procedencia de la decisión de cargos. El funcionario de conocimiento formulará pliego de cargos cuando esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado. Contra esta decisión no procede recurso alguno.”

5 M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

6 M.P. Jesús María Lemos Bustamante.

7 Expediente 2003-00747-01 (1216-04), C.P Bertha Lucía Ramírez de Páez.

8 M.P. Dolly Pedraza de Arenas.

9 “ARTICULO 62. En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil.” (Subrayado fuera de texto).

10 Proceso: 630012331000200400011 01 (0282-2010).

11 Sobre este particular, puede verse la sentencia de 14 de noviembre de 1995, Expediente No. 7200, Consejera Ponente: Dra. Clara Forero de Castro, en la que se sostuvo: “Sobre el particular se observa que ciertamente las argumentaciones del a quo reflejan el criterio de la Sala, en el sentido de que los actos mediante los cuales el órgano que en ejercicio del poder disciplinario atribuido por la constitución o las leyes, impone a los funcionarios públicos la sanción de destitución, no conforma con el respectivo acto de ejecución proferido por la autoridad nominadora, un acto complejo. Sin embargo la Sala, rectificando alguna providencia anterior ha dicho también que aunque son actos independientes, es incuestionable la conexidad existente entre ellos, lo que implica que, para garantizar una efectiva protección del derecho de defensa, el término de caducidad deba ser uno solo para impugnar tanto el acto de ejecución como aquellos que imponen al funcionario la respectiva penalización por faltas disciplinarias, término que comienza a contarse a partir de la notificación o comunicación del acto de ejecución. Así como el conocimiento de los actos proferidos, cuando se acusan en su totalidad, no se fracciona, tampoco debe fraccionarse o contarse separadamente el término de caducidad de la acción procedente contra ellos, que en este caso tiene como juez el Tribunal.”.

12 “ARTICULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. (...) 2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.”.

13 En el mismo sentido también puede apreciarse la sentencia del 5 de noviembre de 2009 proferida por esta Subsección, dentro del proceso 05001-23-31-000-2001-01509-01(0792-08), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

14 Sentencia de 10 de octubre de 2002. Sección Segunda, Subsección “B”. M.P. Jesús María Lemos, Actor: María Elena Benavides C. Exp. 1994-4091-01(3364-02); Auto de 19 de junio de 2008, Sección Segunda, Subsección “B”. M.P. Gerardo Arenas Monsalve, Actor: Hugo Alfredo Vallejo. Exp. 2007-00046-01 (1406-2007); sentencia del 8 de febrero de 2012, Sección Tercera, Subsección “B”, Exp. 1997-17648-01(20689), M.P. Ruth Stella Correa Palacio, Actor: Industrial Mezclas Asfálticas LTDA.-INDUMEZCLAS- LTDA.

15 Folios 2 a 7 de la investigación disciplinaria.

16 Folios 22 a 23 de la investigación disciplinaria.

17 Folios 107 - 109 del proceso disciplinario.

18 Folios 170 a 178 del proceso disciplinario.

19 “Artículo 13. Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa”.

20 Sobre el particular pueden consultarse los artículos 42 y siguientes de la Ley 1438 de 2011 y normas concordantes.

21 ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano de la Seguridad Social. Tercera edición actualizada. Edit. LEGIS. 2011. Pág. 474.

22 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

23 ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano de la Seguridad Social. Tercera edición actualizada. Edit. LEGIS. 2011. Pág. 538-539.

24 Folios 107-109,120-149 del proceso disciplinario. Dicha actuación fue descrita en esta providencia al describirse las principales actuaciones del proceso disciplinario que inició y culminó en contra del demandante.

25 En tal sentido a folios 10 y 85 del proceso disciplinario se encuentra una certificación del 29 de abril de 2003, suscrita por el Coordinador del Afiliación y Registro del Seguro Social Nariño, en la que se indica que el demandante se encuentra vinculado al Seguro Social desde el 8 de octubre de 2002.

26 Folios 170 a 178 del proceso disciplinario.

27 Folios 205 a 219 del proceso disciplinario.

28 Folios 170 a 178 del proceso disciplinario.

29 Folios 205 a 219 del proceso disciplinario.

Fecha y hora de creación: 2025-06-17 14:57:43