



Sentencia 00021 de 2013 Consejo de Estado

PODER PREFERENTE DISCIPLINARIO DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Efectos / CONTROL JUDICIAL DEL PROCESO DISCIPLINARIO - No es una tercera instancia / PROCESO DISCIPLINARIO - Protección de las garantías básicas constitucionales
PODER PREFERENTE DISCIPLINARIO DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Efectos / CONTROL JUDICIAL DEL PROCESO DISCIPLINARIO - No es una tercera instancia / PROCESO DISCIPLINARIO - Protección de las garantías básicas constitucionales

Esta Sección ha señalado reiteradamente que según el diseño Constitucional, la potestad correccional y disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, a quien se reconoce un poder preferente, que no excluye la facultad que tienen algunas entidades para ejercer directamente esa misma potestad, pero en ambos casos sometida al control judicial por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. No obstante, dicho control no se ejerce de cualquier modo, sino que está sujeto a limitaciones y restricciones que lo alejan de convertirse en una tercera instancia. Todo lo anterior implica que en la sede Contenciosa Administrativa, el debate discurre en torno a la protección de las garantías básicas, cuando quiera que el proceso disciplinario mismo ha fracasado en esa tarea, es decir, en el evento en el que el trámite impreso a la actividad correccional resulta intolerable frente a los valores constitucionales más preciados, como el debido proceso, el derecho de defensa, la competencia del funcionario y de modo singular, si el Decreto y la práctica de las pruebas se hizo atendiendo estrictamente las reglas señaladas en la Constitución y en la Ley

DERECHO DE DEFENSA Y DEBIDO PROCESO - No vulnerados / PRUEBAS - Oportunidad legal / PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA - Contraria el principio de eventualidad o preclusión / PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA - No solicitadas en primera instancia. Improcedencia

Se puede observar que la totalidad de los medios de conocimiento solicitados, constituyen pruebas nuevas. En estas condiciones, no era necesario que la determinación de negarlas, se adoptara mediante auto separado, toda vez que realmente podían ser decretadas de oficio, no a petición de parte. En este orden de ideas, al haber negado en la decisión de segundo grado el decreto de unas pruebas que podían haber sido decretadas oficiosamente, no vulnera los derechos a la defensa y al debido proceso, como lo afirma el actor, puesto que en esta materia hizo uso de su derecho en la oportunidad legal correspondiente, y por eso, no podía válidamente realizar una nueva solicitud ante el funcionario que decidió la segunda instancia, contrariando el principio de la eventualidad o preclusión. No obstante lo anterior, pudiera pensarse que la presunta nulidad hubiera sido originada en la decisión de segunda instancia, porque fue allí, y no mediante auto separado, que se adoptó la determinación de negar las pruebas solicitadas en el recurso interpuesto contra la decisión de primer grado que le impuso una sanción, y que de esta manera se vulneraran los derechos invocados por el demandante; sin embargo, esto no es así, dadas las causas alegadas por el interesado como causantes de la presunta nulidad, esto es, la negativa a decretar y practicar unas pruebas que no había solicitado en la oportunidad legal correspondiente, lo cual conducía a un trámite de nulidad ostensiblemente improcedente, según la Procuraduría, razonamiento que la Sala encuentra ajustado a las reglas de la Sana Crítica, teniendo en cuenta que las partes no pueden alegar su propia culpa, en este caso, pidiendo pruebas que no había solicitado en la oportunidad legal pertinente.

NULIDAD DEL PROCESO DISCIPLINARIO - Solicitud de pruebas en segunda instancia / PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA - Facultad para decretarlas oficiosamente

El ordenamiento jurídico debe garantizar los trámites que racionalmente se deriven de las leyes pertinentes, en este caso, del Código Disciplinario Único, y no actuaciones no contempladas en dicha disposición o en las normas relacionadas con la materia, aplicables al caso. Fijémonos cómo el señor Oscar Fernando López Valencia, pretende que se adelante un trámite incidental de nulidad, por la negación que hizo la Procuraduría Regional en el fallo de segundo grado, y no mediante auto separado, de unas pruebas que no habían sido invocadas en primera instancia. De lo dicho se sigue, que el disciplinado no tenía respaldo jurídico para pedir pruebas en segunda instancia, como tampoco para aspirar a que se aplicara la consecuencia jurídica prevista en el artículo 113 de la Ley 734 de 2002, es decir, que se diera la posibilidad de interponer el recurso de reposición, puesto que es una posibilidad prevista para las decisiones adoptadas en primer grado. Reiterando que se solicitaron nuevas pruebas, el fallador de segundo grado tenía la facultad para decretarlas oficiosamente, y fue así como las negó, porque consideró que existían pruebas suficientes para fallar, determinación que consultó las disposiciones legales pertinentes y las reglas de la sana crítica, y por lo tanto, la Sala no encuentra reparo jurídico alguno en torno a esta determinación.

ALCALDE MUNICIPAL – Jura cumplir la constitución y las leyes / NOMBRAMIENTO GABINETE – Deben cumplir requisitos mínimos quienes ocupen los cargos

La Sala encuentra razonable que la Procuraduría haya desestimado los argumentos expuestos por el disciplinado relacionados con el desconocimiento del Decreto que contenía el manual de funciones y requisitos de la planta de personal con la cual conformaría su gabinete, porque además de lo expresado por ese Órgano de Control Disciplinario, a pesar de no ser profesional del derecho, al momento de tomar posesión del cargo, juró cumplir la Constitución y las leyes, lo cual le imponía la obligación de cerciorarse de su contenido, en temas tan elementales como el que ocupa nuestra atención. En estas condiciones, para el nombramiento de quienes lo acompañarían en su administración, resultaba básico realizar una averiguación respecto a los requisitos necesarios para el desempeño de tales cargos, puesto que normalmente una persona, aún sin conocimiento de la materia, sabe o puede intuir sin mayores esfuerzos mentales, que para ocupar cualquier cargo en la administración municipal, se deben cumplir unos requisitos mínimos. Tal omisión, en las circunstancias anotadas, no tiene justificación legal alguna, y por ende, no podía haber sido exonerado de responsabilidad de tipo disciplinario, por la causal de justificación invocada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00021-00(0081-12)

Actor: OSCAR FERNANDO LÓPEZ VALENCIA

Demandado: NACION - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

AUTORIDADES NACIONALES.-

Decide la Sala en única instancia¹ la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el señor Oscar Fernando López Valencia contra la Nación - Procuraduría General de la Nación.

LA DEMANDA

OSCAR FERNANDO LÓPEZ VALENCIA, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., pretende que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos²:

Resolución No. 009 de fecha 17 de mayo de 2007, que contiene la decisión de primera instancia proferida por el Procurador Provincial de Guadalajara de Buga (en adelante Procurador Provincial) dentro del proceso radicado bajo el No. 073-001.703 V.A./2007 (139-3573-05), mediante la cual declaró disciplinariamente responsable al demandante y le impuso como sanción, suspensión del cargo de Alcalde Municipal de Candelaria - Valle del Cauca, por el término de seis (6) meses.

Resolución No. 036 de 30 de julio de 2007, determinación de segundo grado³, por medio de la que, la Procuradora Regional del Valle del Cauca (en adelante Procuradora Regional) confirmó parcialmente la decisión adoptada por el Procurador Provincial, pero redujo el término de la sanción de suspensión del cargo, de seis (6), a cuatro (4) meses.

Resolución sin número de 21 de agosto de 2007⁴, proferida por la Procuradora Regional, que dispuso el rechazo "*In Limine*" de las solicitudes de nulidad de la actuación disciplinaria y de repetición de la notificación del fallo sancionatorio.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, el accionante pretende que se ordene a la entidad demandada a:

Retirar la sanción disciplinaria impuesta en los actos acusados, del registro de antecedentes disciplinarios que lleva la Procuraduría General de la Nación.

Exonerarlo de cumplir la sanción disciplinaria, o en su defecto, del pago de la multa a través de los actos administrativos acusados (sic).

Pagar todos los sueldos, primas legales y extralegales, vacaciones, subsidios, bonificaciones, cesantías y demás prestaciones dejadas de percibir, durante el tiempo que duró su retiro del ejercicio del cargo.

Ordenar el pago de los perjuicios morales en cuantía equivalente a dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para el cumplimiento de la sentencia, ordenar dar aplicación a los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

Condenar a la entidad enjuiciada al pago de las costas procesales.

Para sustentar sus pretensiones el señor López Valencia expuso los hechos que la Sala sintetiza, así:

Fue elegido Alcalde Popular del Municipio de Candelaria para el periodo 2004-2007, y tuvo dentro de sus funciones la de nombrar a los miembros de su gabinete.

Mediante auto de 20 de junio de 2006, la Procuraduría Provincial formuló pliego de cargos en su contra, con base en el derecho de petición formulado por el señor Gustavo Adolfo Prado Cardona.

El objeto de la investigación fueron las presuntas irregularidades en las que incurrió al hacer unos nombramientos, y no haber exigido los requisitos legales de idoneidad necesarios para el desempeño de los cargos de las personas designadas.

A través de la Resolución No. 009 de 2007, la Procuraduría Provincial profirió decisión de primera instancia, según la cual, encontró probados los cargos.

Presentó dentro del término legal el escrito de apelación contra el citado acto administrativo, escrito en el que también solicitó el decreto y

práctica de algunas pruebas.

La Procuraduría Regional, al resolver el recurso mencionado, confirmó el numeral primero de la decisión en cuanto declaró probado y no desvirtuado el cargo relacionado con el nombramiento de personas que no cumplían con los requisitos normativos pertinentes, y negó las pruebas solicitadas por parte del disciplinado.

El fallo fue notificado por Edicto del 13 de agosto de 2007, no obstante lo cual, previamente había formulado incidente de nulidad a través de escrito de fecha 10 de agosto de la misma anualidad, argumentando violación al debido proceso por parte de la Procuraduría Regional, al haber negado en dicha providencia las pruebas solicitadas en el recurso de apelación, y no por medio de un auto independiente, que es susceptible del recurso de reposición.

Por auto de 21 de agosto de 2007, la Procuraduría Regional rechazó la solicitud del incidente en mención.

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

A juicio del accionante, los actos administrativos demandados desconocen las siguientes disposiciones:

De la Constitución Política, los artículos 29, 31 y 93;

De la Ley 200 de 1995, los artículos 73, literal c, 117, 118, 119 y 131, numeral 2;

De la Ley 16 de 1972 Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica (sic), el artículo 25;

Ley 174 de 1968, Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de Ginebra (sic);

Decreto 1 de 1984; y

Ley 58 de 1982.

Sustentó el concepto de la violación, con los siguientes argumentos:

Al inaplicar el Decreto 0129 de 16 de julio de 2001 (sic), el accionante actuó con la convicción errada de que su actuación era causal eximente de responsabilidad disciplinaria, al tenor del numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, *“toda vez que mal podría haber aplicado un decreto manifiestamente contrario a las normas o en su defecto contrario a la interpretación jurisprudencial hecha por la máxima autoridad constitucional”*.

En este aspecto, afirmó, que desde el inicio del proceso disciplinario se evidenció que obró dentro de una eximente de responsabilidad disciplinaria, teniendo en cuenta que se le condenó por dar aplicación a un decreto proferido por la alcaldesa de esa época, que se extralimitó en sus funciones.

También aseguró, que no tenía conocimiento de esta disposición de orden municipal, y critica así la posición de la Procuraduría, cuando afirma que la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

De otra parte sostuvo, que se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa, porque fue propuesto un incidente de nulidad dentro del término legal, es decir, antes de que, en su concepto, estuviera ejecutoriada la decisión de segunda instancia proferida por la Procuraduría General de la Nación, a pesar de lo cual, dicha entidad no se pronunció en debida forma sobre la solicitud de pruebas que elevó en el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de primera instancia, es decir, a través de un auto separado susceptible del recurso de reposición, sino en la decisión de segundo grado, vulnerándose el derecho de defensa y el principio de contradicción. Sustenta este cargo en normas tales como los artículos 29 Superior, 146, numeral 2 del artículo 143, 128, 90, 92 y 134 de la Ley 734 de 2002, entre otros, y en la Sentencia C-150 de 1993, proferida por la Corte Constitucional.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada no contestó el libelo introductorio, tal como quedó consignado en el auto de 24 de septiembre de 2012⁵.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Tanto el señor Oscar Fernando López Valencia, como la entidad demandada, presentaron en término alegatos de conclusión⁶.

1. Alegatos del señor Oscar Fernando López Valencia.

Reiteró los argumentos expuestos en el escrito de demanda, entre los cuales se destacan los siguientes: (i) está amparado por una causal excluyente de responsabilidad disciplinaria; (ii) es procedente el incidente de nulidad, interpuesto antes de que se le hubiera notificado el fallo definitivo; (iii) le fueron negadas en segunda instancia las pruebas solicitadas en el recurso de apelación propuesto contra la decisión adoptada por la Procuraduría Provincial; y (iv) los actos administrativos emanados de las Procuradurías Provincial y Regional, vulneraron el debido proceso y crearon una situación de indefensión.

2. Alegatos de la Procuraduría General de la Nación.

Sostuvo lo siguiente⁷: El demandante contó con la posibilidad de solicitar y controvertir pruebas dentro del proceso disciplinario, conforme a los preceptos constitucionales y legales pertinentes, y tuvo oportunidad de intervenir en defensa de sus intereses; si no lo hizo dentro de los términos de ley, debe asumir las consecuencias.

En la segunda instancia se restringe la posibilidad de solicitar pruebas, siendo discrecional de la autoridad disciplinaria ordenarlas de oficio, y no se quebrantó el derecho de defensa, toda vez que el investigado tuvo la posibilidad de solicitarlas; la Procuraduría Regional consideró innecesario decretarlas de oficio, porque contaba con elementos de convicción suficientes para decidir.

Aclaró, que en primera instancia le formularon dos cargos al investigado, habiendo sido absuelto por el segundo de ellos.

Indicó que el accionante, mediante el Decreto 001 del 1 de enero de 2004, nombró en forma irregular a unos funcionarios, puesto que no cumplían con los requisitos legales para ocupar los cargos, conforme a lo dispuesto por el Decreto No. 0132 de julio 16 de 2001 proferido por la Alcaldesa del Municipio de Candelaria, quienes se posesionaron ante el señor López Valencia el mismo día de su nombramiento; esas personas son:

*Rodrigo Muñoz, como Secretario de Gobierno, sin cumplir el requisito de ser profesional universitario en derecho o administración pública, ni acreditar el año de experiencia profesional que requería dicho cargo.

*Anlly Lorena Cruz, Secretaria de Salud, quien no era profesional universitaria en áreas de la salud, ni demostró los dos años de experiencia profesional exigidos.

*Orlando Martínez Saa, en calidad de Secretario de Desarrollo Económico y Social, sin haber acreditado ser profesional universitario en ingeniería industrial, administración de empresas o economía, como tampoco, el año de experiencia profesional requerido.

Mediante Decreto 021 del 9 de enero de 2004, designó como Director Operativo de la Secretaría de Vivienda Social e Infraestructura, a Milton Francelino Posso o Posos según otros documentos⁸, quien no probó ser profesional universitario en arquitectura o ingeniería civil, como tampoco la experiencia solicitada. El funcionario fue posesionado en la misma fecha del nombramiento.

Finalmente, nombró a Luz Karime Tabares, como Jefe de Oficina Jurídica, por medio del Decreto 025 del 9 de enero de 2004, posesionada ese mismo día, pese a no cumplir con ser profesional universitaria en derecho y contar con posgrado en derecho administrativo.

Por lo anterior, con Resolución 009 del 17 de mayo de 2007, resolvió sancionar al señor López Valencia, en su condición de Alcalde Municipal de Candelaria, con la suspensión del ejercicio de su cargo por el término de seis meses, toda vez que fue encontrado responsable de la conducta atribuida.

Con los citados nombramientos, el señor Oscar Fernando López Valencia desconoció el Decreto 0132 del 16 de julio de 2001, mediante el que se adoptó el Manual de Funciones y Requisitos mínimos de los diferentes empleos de la Administración Central Municipal de Candelaria, en oposición a los fines del Estado, y puso en riesgo el adecuado funcionamiento de los servicios estatales, la preservación del patrimonio público y la buena imagen de la administración municipal frente a la comunidad.

El hecho de revocar las designaciones irregulares no constituye causal de exclusión de responsabilidad para el disciplinado, puesto que dichas causales son taxativas, porque basta sólo el nombramiento y la posesión de los funcionarios sin el cumplimiento de los requisitos legales, para que se quebrante el deber funcional y se configure la falta disciplinaria.

De otra parte, respecto a la eficacia jurídica del Decreto 0132 de 2001 y a la necesidad de demostrar su vigencia al momento de los nombramientos efectuados por parte del demandante, el juez administrativo es el facultado para ejercer el control de legalidad, por lo que ese tema no es de competencia de la Procuraduría; el Decreto 0132 de 2001 comenzó a regir a partir del 16 de julio de 2001.

El procesado, en su condición de administrador de bienes y servicios públicos, al haber salido electo y posteriormente asumir la Alcaldía del Municipio de Candelaria, "(...) *ha debido primero conocer el funcionamiento de la empresa pública que iba a gerenciar, para que de manera eficiente hubiese dirigido sus acciones en procura de conformar un gabinete que garantizara el cumplimiento de los fines del Estado*", no obstante lo cual, actuó de manera negligente, "(...) *basado en compromisos de amistad, y no en la responsabilidad adquirida con la comunidad de Candelaria (...)*".

De otro lado, la Procuraduría Provincial calificó la falta del señor López Valencia como grave, teniendo en consideración la jerarquía y mando del Alcalde, al tener manejo del personal y de los bienes fiscales de la municipalidad, por lo que no se le permite el desconocimiento normativo, y se le exige observar el Manual de Funciones y Requisitos del Municipio, conforme a lo señalado en el artículo 43 de la Ley 734 de 2002.

Destacó, que para la fecha de expedición de la normatividad desconocida por el demandante, éste actuaba como Concejal de esa localidad.

El actuar del disciplinado fue negligente y la calificación del grado de culpabilidad se realizó a título de culpa grave, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 de la citada Ley, por lo que la sanción procedente era la suspensión del cargo por término no inferior a un mes, ni superior a 12 meses.

Al fijar la graduación de la sanción, se tuvo en cuenta que el disciplinado, por iniciativa propia, intentó resarcir el daño, al reemplazar a los funcionarios por unos que cumplieran con el perfil requerido para cada cargo, previa revocatoria de los nombramientos irregulares, constituyéndose en un criterio atenuante de la sanción, conforme al literal f) del artículo 47 del Código Disciplinario Único.

Por otra parte, a las voces del literal c), del numeral 2º del artículo 47 de la norma en comento, se puede graduar la sanción, incrementándola hasta en otro tanto sin exceder el término legal, a quien infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria, o varias veces la misma disposición.

En el caso del señor López Valencia, fueron tres los decretos expedidos irregularmente, por lo que se le fijó como sanción la suspensión por un lapso de 6 meses, que no es superior al máximo legal, el cual fue modificado en la determinación de segunda instancia, por el de 4 meses, debido a que al haberse establecido en 2 meses el primer acto irregular, sólo podía incrementarse hasta en otro tanto. En lo demás, el fallo de primera instancia fue confirmado, por existir certeza sobre la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado.

En cuanto a la nulidad reclamada, señala:

El incidente de nulidad propuesto por el demandante mediante su apoderado Hernando Morales Plaza, fue presentado el 10 de agosto de 2007 ante la Procuraduría Regional, siendo que hasta cuando se profirió y quedó ejecutoriado el fallo de segunda instancia, 30 de julio de 2007, su apoderado venía siendo el abogado Alberto Montoya Montoya. Lo anterior implica, que estando sancionado, otorgó el poder al profesional Morales Plaza para formular dicho incidente.

Sin embargo, el 21 de agosto de 2007, la Procuraduría Regional se pronunció frente a la solicitud, manifestando que según el inciso segundo del artículo 119 de la Ley 734 de 2002, las decisiones que resuelven el recurso de apelación quedan en firme *“el día que sean suscritas por el funcionario competente”*.

Adiciona, que el artículo en comento fue declarado exequible por la H. Corte Constitucional, mediante sentencia C- 1076 de 2002, *“siempre y cuando se entienda que los efectos jurídicos se surten a partir de la notificación de las providencias”*, y que al respecto y en similar sentido se pronunció el entonces Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón.

Así, entiende que las decisiones que resuelven recursos de apelación quedan en firme el día que las suscribe el funcionario, y que la producción de los efectos jurídicos, como es el caso de la ejecución de la sanción, se dará a partir de la notificación de las providencias.

Conforme a lo señalado, el fallo de segunda instancia quedó en firme y cobró ejecutoria el 30 de julio de 2007, esto es, antes de la formulación del incidente de nulidad, por lo que no era procedente aceptar su trámite, puesto que al proponente no se le había reconocido personería jurídica para actuar, siendo que de una parte, el apoderado reconocido era el abogado Montoya Montoya, quien había presentado una petición el 13 de agosto de 2007, actuando en tal condición, posterior al escrito del abogado Morales Plaza y, de otra, porque dicha solicitud sólo podía haberse presentado antes de proferir el fallo definitivo, conforme al artículo 734 de 2002.

Agrega que, por lo anterior, mediante auto de 21 de agosto de 2007, la Procuraduría Regional rechazó la solicitud formulada como incidente de nulidad, por ser notoriamente improcedente.

Respecto a las pruebas pedidas en segunda instancia.

Reitera que, es cierto que en el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia el actor solicitó la práctica de pruebas, la que fue resuelta en la decisión de segundo grado, señalando que durante la primera instancia tuvo la posibilidad de intervenir por sí mismo o a través de su apoderado, por lo cual, si no lo hizo dentro de los términos legales, debe asumir las consecuencias, puesto que el ejercicio de la defensa deriva de su voluntad.

Señala también que en la segunda instancia es facultativa la posibilidad de decretar pruebas de oficio, de conformidad con el artículo 168 de la Ley 734 de 2002.

Cosa diferente es que el fallo produzca efectos jurídicos, hasta que sea notificado al disciplinado, lo que en el caso del demandante no se logró hacer en forma personal, pese a que fueron debidamente citados él y su apoderado, el doctor Alberto Montoya Montoya, por lo que debió fijarse un Edicto el 13 de agosto de 2007, el cual se desfijó el día 15 de los citados mes y año.

Anotó, que mediante fax de 30 de julio de 2007 se envió copia del oficio dirigido al señor López Valencia y a su apoderado Alberto Montoya Montoya, recibido en el Despacho del alcalde por la señora Lina María Oguerron; igualmente señala que se tiene prueba del envío del Citatorio No. 4131 de la misma fecha, remitido al investigado, vía correo, a través de mensajería especializada.

Cuestión accesoria.

Puso también de presente lo siguiente:

Que el demandante instauró acción de tutela contra la Procuraduría, actuación que fue radicada con el No. 2007-0207, dentro de la cual, el Juzgado Trece Administrativo del Circuito de Cali resolvió negarla, según providencia de 5 de septiembre de 2007, puesto que la accionada cumplió con lo regulado por la Ley 734 de 2002 y con todas las etapas procesales, por lo que no se incurrió en vulneración de derechos fundamentales, ni en vías de hecho.

Advirtió igualmente, que el abogado Morales Plaza, en condición de apoderado del demandante:

“(…) impugnó la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2007, por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito de Cali, sosteniendo que el incidente de nulidad fue interpuesto dentro del término, toda vez que si el edicto para surtir la notificación se fijó el 13 y se desfijó el 15 de agosto de 2007, a su juicio la notificación del fallo no se había surtido al momento del incidente de nulidad, y por tanto ha debido darse trámite al mismo y no rechazarse de plano.”

Como corolario de lo expuesto, considera que no se encuentra demostrada vulneración alguna del debido proceso ni del derecho de defensa, por lo que habrá de negarse la totalidad de las pretensiones del demandante.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación, rindió concepto mediante escrito⁹ en el que solicitó negar las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

En cuanto al desconocimiento del debido proceso, recordó que los actos cuya nulidad se pretende, se originaron en una queja radicada en la Procuraduría, por quien dijo llamarse Gustavo Alfonso Prado Cardona, por presuntas irregularidades en las que incurrió el demandante al haber nombrado en su gabinete, como Alcalde Municipal de Candelaria, personas que no cumplían los requisitos de idoneidad, desconociendo el Decreto No. 0132 de 16 de julio de 2001, por medio del cual se adopta el Manual de Funciones y Requisitos mínimos de los diferentes empleos de la Administración Central Municipal de Candelaria.

En desarrollo del proceso disciplinario, el señor López Valencia tuvo oportunidad de presentar a través de apoderado los descargos correspondientes, surtiéndose el debido proceso; el disciplinado presentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia y solicitó pruebas, lo cual fue resuelto en segunda instancia confirmando parcialmente la determinación y negando los medios probatorios, por decisión

del 30 de julio de 2007, la que fue notificada por Edicto fijado el 13 de agosto del mismo año.

Que previamente, el enjuiciado formuló incidente de nulidad mediante escrito radicado el 10 de agosto de 2007, argumentando violación al debido proceso, porque le negaron la práctica de pruebas en la determinación de segunda instancia, y no por auto susceptible del recurso de reposición, como lo dispone la Ley 734 de 2002, solicitud que fue rechazada por ser notoriamente improcedente; adiciona, que dentro del citado auto no le reconocieron personería para actuar.

Por lo anteriormente expuesto, el Ministerio Público no encontró violación al debido proceso, toda vez que *“fue investigado por autoridad competente, ejerció su defensa y tuvo oportunidad de rebatir los cargos formulados, con observancia a las normas que determinan la ritualidad del proceso por la propia Procuraduría”*.

Añadió, que el juzgador disciplinario, bajo la premisa de contar con prueba clara, contundente e irrefutable, tuvo en cuenta como pruebas los actos administrativos de designación y nombramiento de personas que no cumplían con los requisitos legales, y tomó la correspondiente determinación de sancionar al demandante.

Consideró que el decreto de pruebas en segunda instancia es oficioso, al tenor del artículo 168 de la Ley 734 de 2002, y que de acuerdo con el numeral 2 del artículo 38 del Código de Procedimiento Civil, el juez tiene dentro de los poderes de ordenación e instrucción, la facultad de rechazar cualquier solicitud que sea notoriamente improcedente o implique una dilación manifiesta, premisa suficiente para sostener que no procede la nulidad planteada y para que la Procuraduría Regional no hubiera ordenado pruebas de oficio, porque existía suficiente material probatorio para fallar.

Sostuvo que el incidente de nulidad propuesto por un apoderado diferente al que venía actuando en el proceso disciplinario, y que fue recibido el 10 de agosto de 2007 y decidido por la Procuraduría Regional el 21 de agosto del mismo año, fue presentado cuando la decisión de segunda instancia, que fue proferida el 30 de julio del año en referencia, se encontraba ejecutoriada, lo cual ocurrió el día de la suscripción realizada por parte del funcionario competente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 119 del Código Disciplinario Único¹⁰, por lo cual no era procedente aceptar el trámite de nulidad planteado, en términos del artículo 146 del Código mencionado.

Llama la atención respecto a que la notificación del fallo de segunda instancia no pudo hacerse personalmente al disciplinado ni a su apoderado, pese a que fueron citados en debida forma, por lo que fue necesario hacer saber la decisión mediante Edicto fijado el 13 de agosto de 2007, y desfijado el día 15 de los mismos mes y año.

Destacó que conforme lo advirtió la Procuraduría en su alegato de conclusión, existe fallo del 5 de septiembre de 2007, mediante el cual, el Juzgado Trece Administrativo del Circuito de Cali resolvió negar la tutela interpuesta por el señor López Valencia contra la Procuraduría General de la Nación, por encontrar que la entidad accionada cumplió con la totalidad de las etapas procesales en el proceso disciplinario, y no incurrió en vulneración de derechos fundamentales, ni vías de hecho.

Finalmente afirmó, que la Procuraduría no vulneró el debido proceso, ni los derechos de defensa o de contradicción del demandante. En su concepto, se deben negar las pretensiones de la demanda.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la controversia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1.- El problema jurídico del cual se ocupará la Sala consiste en determinar si los actos administrativos expedidos por la Procuraduría General de la Nación, por medio de los cuales fue sancionado disciplinariamente el señor Oscar Fernando López Valencia, y rechazada de plano la solicitud de nulidad propuesta por el actor, se ajustan a la Constitución y a la ley.

También se debe establecer si con la negación de las pruebas solicitadas en el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de primera instancia y con la determinación de rechazar *in limine* el incidente de nulidad propuesto por esta causa por el señor Oscar Fernando López Valencia, se vulneraron los derechos de defensa y debido proceso.

2.- Sobre la función constitucionalmente atribuida a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, relativa al control judicial de la potestad disciplinaria.

Esta Sección ha señalado reiteradamente¹¹ que según el diseño Constitucional, la Procuraduría General de la Nación tiene la titularidad de la acción disciplinaria y goza de un poder preferente, que no excluye la facultad atribuida a algunas entidades para ejercerla directamente, pero en ambos casos sometida al control judicial por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. No obstante, dicho control no se ejerce de cualquier modo, sino que está sujeto a limitaciones y restricciones que lo alejan de convertirse en una tercera instancia. Al respecto, resulta pertinente reiterar lo que expresó la Sala en el fallo de 3 de septiembre de 2009¹² en la cual consideró:

“De esta manera la posibilidad de demandar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa las providencias que culminan el proceso disciplinario, no implica trasladar, de cualquier manera, a la sede contenciosa administrativa el mismo debate agotado ante las autoridades disciplinarias. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad, no es una simple extensión del proceso disciplinario, sino que debe ser algo funcionalmente distinto, si es que el legislador consagró el debido proceso disciplinario como el lugar en que debe hacerse la crítica probatoria y el debate sobre la interrelación de la normatividad aplicable como soporte de la sanción, además del principio de la doble instancia, como una de las garantías más importantes para ser ejercidas en el interior del proceso.

Bajo esta perspectiva, el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especial cualificación y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba como si de una tercera instancia se tratara.

Decantado que el juzgamiento de los actos de la administración, no puede sustituir de cualquier manera el poder preferente de la Procuraduría General de la Nación, es menester añadir que ello tampoco implica la intangibilidad de los actos de juzgamiento disciplinario, pues ellos están sometidos a la jurisdicción.

(...)

Entonces, en línea de principio puede predicarse que el control que a la jurisdicción corresponde sobre los actos de la administración, cuando ésta se expresa en ejercicio de la potestad disciplinaria, debe mantenerse al margen de erigirse en un nuevo momento para valorar la prueba, salvo que en su decreto y práctica se hubiere violado flagrantemente el debido proceso, o que la apreciación que de esa prueba hace el órgano disciplinario resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad. Por lo mismo, el control judicial del poder correccional (...) no puede ser el reclamo para que se haga una nueva lectura de la prueba que pretenda hacer más aguda y de un mayor alcance, pues esa tarea corresponde a las instancias previstas en el C.D.U.” (Negrillas de la Sala).

Todo lo anterior implica que en sede judicial, el debate discurre en torno a la protección de las garantías básicas, cuando quiera que el proceso disciplinario mismo ha fracasado en esa tarea, es decir, en el evento en el que el trámite impreso a la actividad correccional resulta intolerable frente a los valores constitucionales más preciados, como el debido proceso, el derecho de defensa, la competencia del funcionario y de modo singular, si el decreto y la práctica de las pruebas se hizo atendiendo estrictamente las reglas señaladas en la Constitución y en la ley.

A pesar de lo dicho, no cualquier defecto procesal está llamado a quebrar la presunción de legalidad que ampara a los actos de la Administración, pues la actuación disciplinaria debe adelantarse con estricta sujeción a las normas que la regulan, las cuales están inspiradas en las garantías constitucionales básicas.

En ese sentido, si de manera general los actos de la administración están dotados de la presunción de legalidad, esa presunción asume un carácter más valioso en el juicio disciplinario, en el cual el afectado participa de modo activo en la construcción de la decisión, mediante el ejercicio directo del control de la actividad del Estado, cuando ella se expresa en su fase represiva. Dicho en breve, es propio de la actividad disciplinaria, que el control de las garantías sea la preocupación central del proceso correccional. Por ello, cuando el asunto se traslada y emerge el momento del control judicial en sede Contencioso Administrativa, no cualquier alegato puede plantearse, ni cualquier defecto menor puede erosionar el fallo disciplinario.

Dentro del anterior marco, la Sala abordará el estudio del caso concreto. Para ello, analizará los cargos propuestos por el demandante, los argumentos de defensa expuestos por la entidad demandada y, el caudal probatorio obrante en el expediente.

3.- Del caso concreto.-

3.1.- Hechos probados:

De los documentos que obran en el caso de autos, la Sala encuentra demostrado que:

El señor Oscar Fernando López Valencia se posesionó como Alcalde del Municipio de Candelaria, Departamento del Valle del Cauca, el 01 de enero de 2004, según la Escritura Pública No. 0001 que obra a folios 94 a 96 del cuaderno número 4.

Da cuenta el pliego de cargos¹³, que con base en un derecho de petición presentado a la Procuraduría Provincial en enero de 2004, donde se solicitaba averiguar las irregularidades que estaba cometiendo el señor Alcalde al haber nombrado servidores públicos sin el cumplimiento de los requisitos legales, se comisionó a una servidora adscrita a esa dependencia para que constatará los hechos, y en consecuencia, mediante la decisión que se comenta, le fueron formulados los siguientes cargos:

Primero: Trasgresión de prohibiciones, especialmente con fundamento en el numeral 18 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, por haber designado personas para desempeñar cargos públicos, sin el cumplimiento de los requisitos normativos correspondientes¹⁴.

Segundo: Haber permitido el desempeño de cargos públicos sin que hubieran firmado las actas de posesión. Cita en respaldo los numerales 1 y 2 del artículo 34; 1 y 18 del artículo 35 y el artículo 23 de la Ley 734 de 2002.

El Órgano de Control Disciplinario consideró que se trataba de un comportamiento constitutivo de falta grave, al tenor del artículo 43 de la citada Ley.

3.2.- La cuestión de fondo.

Teniendo presente que el accionante formuló varios cargos para intentar desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, procede la Sala a pronunciarse respecto de ellos, tal y como se expresa a continuación:

a).- Violación del debido proceso y del derecho de defensa, por trámite inadecuado relacionado con una solicitud de nulidad.

Aseguró la parte actora, que se vulneró el debido proceso, y el derecho de defensa, porque fue propuesto un incidente de nulidad antes de que, en su concepto, estuviera ejecutoriada la decisión de segunda instancia proferida por la Procuraduría General de la Nación, esto es, dentro del término legal, a pesar de lo cual, dicha entidad no se pronunció como corresponde, es decir, a través de un auto separado susceptible del recurso de reposición, toda vez que había solicitado el decreto y la práctica de algunas pruebas que fueron negadas.

La parte demandada en sus alegatos de conclusión, y el concepto de la Procuraduría General de la Nación, consideran que la práctica de pruebas en segunda instancia es discrecional, y por ende, no fueron violados los derechos invocados por el actor.

Antecedentes:

Por medio de la Resolución No. 036 de 30 de julio de 2007, la Procuraduría Regional decidió el recurso de apelación interpuesto por el sancionado contra la Resolución No. 009 de 17 de mayo de 2007, por la cual le impuso una sanción de carácter disciplinario (fls. 35 a 63, cuaderno No. 1); y, en el numeral tercero, le fue negada la solicitud de las pruebas elevada por el disciplinado en el memorial de apelación.

Mediante escrito que tiene fecha 10 de agosto del mismo año (fls. 66 a 78, cuaderno principal), a través de un apoderado distinto al que venía actuando¹⁵, el sancionado propuso incidente de nulidad, con fundamento en el numeral 2 del artículo 143 de la Ley 734 de 2002, es decir por violación al derecho de defensa, porque hasta esa fecha no se había pronunciado el Órgano de Control Disciplinario respecto a la solicitud de pruebas contenida en el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de primera instancia, con lo cual consideró que se vulneraba el debido proceso y el derecho de defensa, afirmando también que se encontraba dentro del término legal, toda vez que a esa fecha no había sido notificado el fallo definitivo al disciplinado.

El 21 de agosto de 2007, la Procuraduría Regional del Valle, decidió *“RECHAZAR IN LIMINE”* la solicitud de incidente de nulidad, por ser notoriamente improcedente, porque de acuerdo con el artículo 119 de la Ley 734 de 2002, cuyo inciso segundo fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1076 de 2002, las decisiones que resuelven los recursos de apelación y queja, quedan en firme el día que sean suscritas por el funcionario competente, y en consecuencia, encontrándose ejecutoriada la Resolución No. 036 de 30 de julio de 2007, no era procedente la proposición de la nulidad (fls. 59 a 63 del cuaderno No. 2); agregó como una causal adicional para negar la solicitud, que, al Dr. Hernando Morales Plaza le fue conferido poder, pero que aún no le había sido reconocida personería para actuar.

Explica, de otra parte, que fueron enviadas las comunicaciones pertinentes, y como no se pudo realizar la notificación personal de la decisión de segunda instancia, este acto se llevó a cabo a través de Edicto fijado el 13 de agosto de 2007, y desfijado el 15 de los mencionados mes y año, en la forma dispuesta por el artículo 107 del Código Disciplinario Único.

En el acápite denominado *“OTROS ASPECTOS”* de la decisión de segunda instancia emitida por la Procuraduría Regional del Valle del Cauca (fls. 43 y 44, cuaderno 2), se dejó consignado que la solicitud de la práctica de pruebas consistió en:

“(…) copia auténtica de expediente del Tribunal Contencioso administrativo del Valle por medio del cual se demandó la acción de nulidad de acto administrativo, copia auténtica de decisión de archivo en la Procuraduría Provincial de Cali, de los procesos adelantados contra los Alcaldes de Jamundí y El Cerrito, Inspección Ocular a las Alcaldías de estos municipios, certificación de categoría de los municipios de Jamundí y El Cerrito, certificación de publicación en la Gaceta Municipal del -Decreto 0132 de 2001 y recepción de testimonios.”

La solicitud de las pruebas indicadas obra a folios 188 y 189 del cuaderno No. 3.

Igualmente aseguró el fallador de segundo grado, que la posibilidad de solicitar y controvertir pruebas se encuentra en la primera instancia y que:

“Durante todo el debate procesal surtido en la primera instancia, antes de proferirse el fallo de instancia (artículo 169 C.D.U) tuvo el doctor OSCAR FERNANDO LOPEZ VALENCIA como implicado, la oportunidad de intervenir por sí mismo o a través de su apoderado, en defensa de sus intereses, por lo cual, si no lo hizo dentro de los términos de ley, siendo ello parte de la defensa técnica, debe asumirlo, puesto que el ejercicio de la defensa deriva sólo de su voluntad.”

Agregó, que ante esa entidad, el inciso segundo del artículo 168 de la Ley 734 de 2002 deja a discreción de la autoridad disciplinaria la orden de decretar las pruebas que le sean solicitadas, y que se consideró que el material probatorio recaudado era suficiente para fallar.

Decisión del caso.

Según el artículo 166 del Código Disciplinario Único, es dentro del término de los diez días que permanece el expediente en secretaría, una vez

notificado el pliego de cargos, que los sujetos procesales pueden aportar y solicitar pruebas en el proceso ordinario, para ser decretadas en primera instancia en los siguientes casos, según el inciso tercero del artículo 168 de la Ley 734 de 2002:

“Las pruebas decretadas oportunamente dentro del término probatorio respectivo que no se hubieren practicado o aportado al proceso, se podrán evacuar en los siguientes casos:

1. Cuando hubieran sido solicitadas por el investigado o su apoderado, sin que los mismos tuvieran culpa alguna en su demora y fuere posible su obtención.

2. Cuando a juicio del investigador, constituyan elemento probatorio fundamental para la determinación de la responsabilidad del investigado o el esclarecimiento de los hechos.”

En segunda instancia, el artículo 171 de la misma norma, tiene previsto:

“ARTÍCULO 171. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA. El funcionario de segunda instancia deberá decidir dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la fecha en que hubiere recibido el proceso. Si lo considera necesario, decretará pruebas de oficio, en cuyo caso el término para proferir el fallo se ampliará hasta en otro tanto” (Negrillas de la Sala).

De la petición de pruebas y de la decisión de segunda instancia proferida por la Procuraduría General de la Nación, se infiere, que en este caso se solicitaron algunas pruebas que no habían sido pedidas ante el Procurador Provincial. En efecto, en primera instancia fueron solicitadas, además de la reproducción del Decreto No. 129 de 24 de octubre de 2003, el cual obra en el expediente¹⁶, copias de “(...) los autos que resolvieron cese de procedimiento con los radicados Nos. 139-4033-06 de junio 1° de 2006 y 139-3305-04 de 6 de marzo de 2006 de la Procuraduría Provincial”.¹⁷

Con la apelación de la decisión de primer grado, se solicitó (en el inciso 2 del numeral 2), copia de todo el expediente de los radicados relacionados en el párrafo inmediatamente anterior, además de otros medios probatorios.¹⁸

Se puede observar que la totalidad de los medios de conocimiento solicitados, constituyen pruebas nuevas.¹⁹ En estas condiciones, no era necesario que la determinación de negarlas, se adoptara mediante auto separado, toda vez que realmente podían ser decretadas de oficio, no a petición de parte.

En este orden de ideas, al haber negado en la decisión de segundo grado el decreto de unas pruebas que podían haber sido decretadas oficiosamente, no vulnera los derechos a la defensa y al debido proceso, como lo afirma el actor, puesto que en esta materia hizo uso de su derecho en la oportunidad legal correspondiente, y por eso, no podía válidamente realizar una nueva solicitud ante el funcionario que decidió la segunda instancia, contrariando el principio de la eventualidad o preclusión.

En estas condiciones, y teniendo en cuenta que la decisión de segunda instancia ya había sido proferida, es razonable que la Procuraduría Regional, al tenor del artículo 146 del Código Disciplinario Único, considerara que era ostensiblemente improcedente adelantar el incidente de nulidad, por lo cual determinó su rechazo *in límine*, teniendo en cuenta, además, que encontró pruebas suficientes para adoptar la determinación correspondiente, decisión que, como lo afirmó el Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación, tiene respaldo en el numeral 2 del artículo 38 del Código de Procedimiento Civil, el cual faculta al fallador para “2. Rechazar cualquier solicitud que sea notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta.”

No obstante lo anterior, pudiera pensarse que la presunta nulidad hubiera sido originada en la decisión de segunda instancia, porque fue allí, y no mediante auto separado, que se adoptó la determinación de negar las pruebas solicitadas en el recurso interpuesto contra la decisión de primer grado que le impuso una sanción, y que de esta manera se vulneraran los derechos invocados por el demandante; sin embargo, esto no

es así, dadas las causas alegadas por el interesado como causantes de la presunta nulidad, esto es, la negativa a decretar y practicar unas pruebas que no había solicitado en la oportunidad legal correspondiente, lo cual conducía a un trámite de nulidad ostensiblemente improcedente, según la Procuraduría, razonamiento que la Sala encuentra ajustado a las reglas de la Sana Crítica, teniendo en cuenta que las partes no pueden alegar su propia culpa, en este caso, pidiendo pruebas que no había solicitado en la oportunidad legal pertinente.

El ordenamiento jurídico debe garantizar los trámites que racionalmente se deriven de las leyes pertinentes, en este caso, del Código Disciplinario Único, y no actuaciones no contempladas en dicha disposición o en las normas relacionadas con la materia, aplicables al caso. Fijémonos cómo el señor Oscar Fernando López Valencia, pretende que se adelante un trámite incidental de nulidad, por la negación que hizo la Procuraduría Regional en el fallo de segundo grado, y no mediante auto separado, de unas pruebas que no habían sido invocadas en primera instancia.

De lo dicho se sigue, que el disciplinado no tenía respaldo jurídico para pedir pruebas en segunda instancia, como tampoco para aspirar a que se aplicara la consecuencia jurídica prevista en el artículo 113 de la Ley 734 de 2002, es decir, que se diera la posibilidad de interponer el recurso de reposición, puesto que es una posibilidad prevista para las decisiones adoptadas en primer grado.

Reiterando que se solicitaron nuevas pruebas, el fallador de segundo grado tenía la facultad para decretarlas oficiosamente, y fue así como las negó, porque consideró que existían pruebas suficientes para fallar, determinación que consultó las disposiciones legales pertinentes y las reglas de la sana crítica, y por lo tanto, la Sala no encuentra reparo jurídico alguno en torno a esta determinación.

En consecuencia, no le asiste razón al accionante en este aspecto.

Finalmente es necesario clarificar, que el hecho de que la solicitud de declaratoria de nulidad hubiera sido presentada por un apoderado distinto al que venía actuando en el proceso disciplinario, siempre y cuando tuviera poder suficiente para hacerlo, no impedía decidir de fondo la solicitud, puesto que se podía válidamente haber reconocido personería en esa misma determinación, lo cual omitió hacer la Procuraduría Regional. Sin embargo, no hubo vulneración de los derechos invocados por el actor, porque el asunto de todas maneras fue decidido, rechazando *in límine* la petición de nulidad.

b). La actuación del demandante estuvo amparada por una causal eximente de responsabilidad, porque no tenía conocimiento de la existencia del manual de funciones y requisitos necesarios para el desempeño de los cargos de la planta de personal de la administración municipal que designó.

Considera que al haber inaplicado el *"Decreto 0129 de 16 de julio de 2001"* (sic), el accionante actuó con la convicción errada de que su conducta constituía causal eximente de responsabilidad disciplinaria al tenor del numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, *"toda vez que mal podría haber aplicado un decreto manifiestamente contrario a las normas o en su defecto contrario a la interpretación jurisprudencial hecha por la máxima autoridad constitucional"*.

También sostuvo, que no tenía conocimiento de esa disposición, que se trata de un decreto municipal, y critica la posición de la Procuraduría, cuando afirma que la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

Es necesario aclarar que estos argumentos resultan ser contradictorios, puesto que no se puede sostener coherentemente, que el señor Alcalde inaplicó el Decreto, toda vez que consideró que era inconstitucional, lo cual supone que lo conocía, y a la vez asegurar que ignoraba su existencia, porque va en contra del principio de no contradicción.

No obstante lo anterior, se hará un estudio de los dos temas planteados, es decir, i). El relacionado con el desconocimiento del Decreto Municipal y ii). La excepción de inconstitucionalidad que se deriva de su argumentación, en el entendido que, de oficio se debe aplicar la citada excepción, cuando se encuentren motivos jurídicos suficientes que contraríen el Estatuto Superior.

De acuerdo con las decisiones de primera y segunda instancia proferidas por la entidad demandada (puesto que en el expediente no obra el Decreto correspondiente), la Alcaldesa de la época, del Municipio de Candelaria - Valle del Cauca, expidió el Decreto 132 de 2001, *"Por medio del cual se adopta el manual de funciones y requisitos mínimos de los diferentes empleos de la Administración Central Municipal de Candelaria"* (fl. 9 cuaderno principal); ésta era la norma vigente que regía la materia para la fecha en la cual fueron designados los servidores públicos por parte del Alcalde Oscar Fernando López Valencia, sin cumplimiento de requisitos legales, hechos que dieron origen al proceso disciplinario, y es frente a dicho decreto que la Sala entrará a realizar la valoración probatoria del caso.

Conocimiento del Decreto 132 de 2001 por parte del disciplinado.

Es necesario aclarar, que a pesar de que el demandante hace referencia al desconocimiento del Decreto No. 129 de 2003, debe entenderse que se trata de un error en la cita, porque dicha norma lo que hace es establecer la categorización del Municipio de Candelaria, y no adoptar el manual de funciones y requisitos de los diferentes empleos de esa comprensión municipal, que es la disposición relacionada con el caso en estudio relevante para decidir el asunto, contenida en el Decreto No. 132 de 2001.

Decisión del cargo.

Hecha esta aclaración, se tiene que en la determinación de primera instancia, la Procuraduría Provincial encontró el nombramiento a servidores públicos, sin el cumplimiento de los requisitos legales, *"a sabiendas"*, como lo señala el numeral 18 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, por lo que calificó la conducta del enjuiciado de culposa, como quiera que al haber asumido el mandato, debió aplicar a cabalidad la Constitución, los decretos, acuerdos, y manuales de funciones y reglamentos.

No aceptó en consecuencia la justificación presentada por el demandante, relacionada con el desconocimiento del Decreto municipal, entre otras razones, por tener la profesión de médico, para lo cual expuso la Procuraduría, los siguientes argumentos:

El común de las personas no conoce el andamiaje jurídico existente, reservado a los profesionales del derecho, pero, por instinto y por lógica, quien asume la gerencia de una institución como lo es un municipio en cabeza de su Alcalde, lo primero que debe hacer es enterarse de su funcionamiento y de su planta de personal, y por ende, de las calidades, requisitos y manual de funciones necesarios para el desempeño de los diferentes cargos, dentro de un incipiente principio de iniciativa empresarial, *"que le implica tener un claro conocimiento desde el punto de vista lógico, y jurídico de cómo y que (sic) debería cumplir para integrar su gabinete"*.

Consideró que:

"(...) fue tal su negligencia, su falta de cuidado, de iniciativa, que ni para llenar este cargo (Se refiere al de Secretaria de Salud) que es del área que conoce y maneja, se percató por exigir requisitos o un perfil para el mismo. En igual sentido ocurre cuando designa como Secretario de Gobierno a una persona que no tiene conocimientos de derecho, lo que denota la falta de previsión, de lógica y de intuición.

(...)

Retomando la justificación dada por el implicado, que al momento de designar su gabinete quiso verse rodeado de sus amigos, gente buena que le ameritaba toda su confianza, este despacho advierte, que para acceder a ejercer la función pública (sic) a través de cargos públicos, no solo se requiere ser una buena persona, sino que para lograr un excelente ejercicio de esta se exige tener conocimientos académicos que se acompañan de experiencia, pues se trata de administrar al estado, y, el aquí implicado solo se percató de darle importancia, a la lealtad, a la confianza que le profesaban las personas designadas, mas no de dar cumplimiento al requisito legal, de cumplir la parte formal para garantizar el buen desempeño de las funciones y de esta manera desconoció el mandato constitucional y legal, que juró cumplir al momento de su posesión."

Agregó en otro aparte,

“(…) pues como obra dentro de otra investigación disciplinaria, con radicación 139-2836-04, donde se analizó la renuncia que el implicado OSCAR FERNANDO LOPEZ VALENCIA, hiciera a su posición como Concejal de esa localidad vigencia 2001-2003, para acceder a la candidatura como alcalde Municipal de candelaria, le daba un conocimiento especial que lo saca de la esfera de la causal de exclusión de responsabilidad analizada, y es por ello que el despacho reafirma, que indiscutiblemente el aquí implicado omitió, fue negligente, y poco o nada precavido, al designar su gabinete y desconocer la normatividad municipal vigente y que fue expedida en su período como concejal de esa localidad, lo que denota que pudo evitar el hecho al actuar de forma mas (sic) previsible” La segunda instancia consideró, que al haber nombrado en su gabinete personas que no cumplían los requisitos exigidos en el manual de funciones y requisitos, Decreto No. 0132 de 2001, fue *“(…) el resultado de un actuar negligente por parte del disciplinado LÓPEZ VALENCIA, basado en compromisos de amistad, y no en la responsabilidad adquirida con la comunidad de Candelaria, de garantizar el adecuado funcionamiento de la función pública, la cual es ajena a los intereses particulares, de allí que esté reglada la forma de vinculación de los servidores públicos.”* La Sala encuentra razonable que la Procuraduría haya desestimado los argumentos expuestos por el disciplinado relacionados con el desconocimiento del Decreto que contenía el manual de funciones y requisitos de la planta de personal con la cual conformaría su gabinete, porque además de lo expresado por ese Órgano de Control Disciplinario, a pesar de no ser profesional del derecho, al momento de tomar posesión del cargo, juró cumplir la Constitución y las leyes, lo cual le imponía la obligación de cerciorarse de su contenido, en temas tan elementales como el que ocupa nuestra atención. En estas condiciones, para el nombramiento de quienes lo acompañarían en su administración, resultaba básico realizar una averiguación respecto a los requisitos necesarios para el desempeño de tales cargos, puesto que normalmente una persona, aún sin conocimiento de la materia, sabe o puede intuir sin mayores esfuerzos mentales, que para ocupar cualquier cargo en la administración municipal, se deben cumplir unos requisitos mínimos. Se dice que esto es elemental, porque basado en su propia experiencia, sabía que para ser Alcalde de ese municipio, él también debió acreditar las exigencias señaladas en el artículo 86 de la Ley 136 de 1994, de donde podía inferir con una lógica común, que sus colaboradores también deberían cumplir algunos requisitos mínimos de orden legal, a pesar de lo cual se limitó a designar de buena fe a los amigos que lo habían acompañado, según su propia versión (fls. 53 y 54, cuaderno No. 4). Tal omisión, en las circunstancias anotadas, no tiene justificación legal alguna, y por ende, no podía haber sido exonerado de responsabilidad de tipo disciplinario, por la causal de justificación invocada. En estas condiciones el cargo no tiene vocación de prosperidad.

Causal de justificación de la conducta. Excepción de inconstitucionalidad.

Aseguró el actor, que inaplicó el Decreto No. 132 de 16 de julio de 2001, con la convicción errada de que su actuación era causal eximente de responsabilidad disciplinaria, al tenor del numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, porque lo consideró manifiestamente contrario a las normas, o en su defecto, a la interpretación jurisprudencial, citando para el efecto la sentencia proferida por la Sección Quinta de esta Corporación, de fecha 4 de marzo de 2005, Expediente número 05001-23-31-000-2004-00375-01(3477), con ponencia del Magistrado Darío Quiñones Pinilla, por la que, en un caso similar, inaplicó por inconstitucional, *“lo dispuesto en la norma mediante la cual se fijaron las calidades para ocupar el cargo de Secretario de Gobierno y Desarrollo Comunitario del Municipio de Guarne”*.

Adicionó a su argumentación, en el sentido que, desde el inicio del proceso disciplinario, se evidenció que obró dentro de una eximente de responsabilidad disciplinaria, teniendo en cuenta que se le condenó por dar aplicación a un decreto proferido por la alcaldesa de esa época, que se extralimitó en sus funciones.

Decisión del cargo.

El Juez Constitucional puede en casos sumamente excepcionales, por vía de excepción de inconstitucionalidad, de oficio o a petición de parte, inaplicar una disposición inferior, cuando surja para el intérprete en forma clara, evidente, ostensible e inequívoca, la conclusión de que la norma revisada se encuentra en contravía de los principios y mandatos superiores.

Si bien es cierto, en la providencia proferida por la Sección Quinta de esta Corporación, de fecha 4 de marzo de 2005, Expediente número 05001-23-31-000-2004-00375-01(3477), con ponencia del Magistrado Darío Quiñones Pinilla, invocada por el actor, se concluyó con base en la Sentencia C-570 de 1997, mediante la cual la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del artículo 92 de la Ley 136 de 1994, que un Alcalde Municipal²⁰ no está facultado constitucional ni legalmente para establecer los requisitos necesarios para acceder a cargos de la planta de personal, porque esta potestad está atribuida por la propia Constitución al poder legislativo, con posterioridad rectificó esta posición, y llegó a una solución opuesta.

En efecto, en la sentencia que se comenta expuso la Sección Quinta:

“Así las cosas, con apoyo en las anteriores consideraciones, para la Sala es claro que el Alcalde del Municipio de Guarne no estaba facultado ni constitucional ni legalmente para establecer los requisitos para acceder al cargo de Secretario de Gobierno y Desarrollo Comunitario de ese Municipio.

Ello es así porque, desde la Carta Política anterior, sólo el Congreso de la República tiene la potestad para, mediante ley, fijar las calidades y requisitos de acceso al servicio oficial y porque la delegación de facultades legislativas como esa es de naturaleza extraordinaria en el Presidente de la República.

Finalmente, es del caso anotar que, a pesar de que la competencia para determinar los requisitos y calidades necesarios para acceder a empleos municipales es del Congreso de la República, en ocasiones el Concejo Municipal o el Alcalde Municipal -este último facultado por el primero-, al determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias, se refieren a tales requisitos y calidades, sin que ello implique per se un desconocimiento de la competencia constitucional de que trata el artículo 125 superior, pues puede suceder que se trate, sin más, de la incorporación en el respectivo acto administrativo de lo que la norma legal previó en esa materia.

(...)

Por lo tanto, esta Sala inaplicará, por razón de su inconstitucionalidad, lo dispuesto en la norma mediante la cual se fijaron las calidades para ocupar el cargo de Secretario de Gobierno y Desarrollo Comunitario del Municipio de Guarne.”

Como se anunció, esta posición cambió con el Fallo de fecha 8 de septiembre de 2005 proferido por esa misma Sección de esta Corporación, Radicación número 05001-23-31-000-2004-00374-01(3596) con ponencia del Dr. Filemón Jiménez Ochoa, en el cual consideró que el numeral 23 del artículo 150 del Estatuto Superior fijó una reserva legal en cabeza del Congreso de la República en materia de requisitos y calidades para acceder a los cargos Públicos, como lo señaló la Sentencia de constitucionalidad C-570 de 1997, norma superior con base en la cual fue expedida la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1569 de 1998²¹, disposiciones legales mediante las cuales el Legislador estableció en todos los niveles de la Administración, los requisitos y calidades para el acceso a la Función Pública.

En esa ocasión justificó el cambio jurisprudencial, entre otras, en las siguientes disposiciones de orden legal²²:

“ARTICULO 65. SISTEMA GENERAL DE NOMENCLATURA Y CLASIFICACION DE EMPLEOS. Habrá un sistema general de nomenclatura y clasificación de empleos, con funciones y requisitos generales mínimos para las entidades que deban regirse por las disposiciones de la presente ley, al cual se sujetarán las autoridades que de conformidad con la Constitución y la ley son competentes para adoptar el sistema respecto de su jurisdicción.”

La siguiente norma, que es del Decreto 1569 de 1998, establece:

“ARTICULO 2º DE LA NOCION DE EMPLEO. Se entiende por empleo el conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

Las funciones y los requisitos específicos para su ejercicio serán fijados por las autoridades competentes para crearlos, con sujeción a los generales determinados en el presente decreto.

ARTICULO 31. DEL ESTABLECIMIENTO DE LAS PLANTAS DE PERSONAL. Con sujeción a la nomenclatura y a la clasificación de empleos por niveles, a las funciones y requisitos generales de que trata el presente decreto, las autoridades territoriales competentes procederán a establecer las plantas de personal y los correspondientes manuales específicos de funciones y de requisitos.

....

ARTICULO 32. DE LAS EQUIVALENCIAS ENTRE ESTUDIOS Y EXPERIENCIA. Los requisitos de que trata el presente decreto no podrán ser disminuidos. Sin embargo, las autoridades competentes para adoptar las respectivas plantas de empleos, al fijar las funciones y los requisitos específicos para su ejercicio, de acuerdo con las funciones y las responsabilidades de cada uno de ellos, podrán prever la aplicación de las siguientes equivalencias:

(...)

ARTICULO 33. DE LAS DISCIPLINAS ACADEMICAS. Para el ejercicio de los empleos que exijan como requisito el título o la aprobación de estudios en educación superior en cualquier modalidad, en los manuales específicos se determinarán las disciplinas académicas teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones del empleo o el área de desempeño. En todo caso, los estudios que se exijan deben pertenecer a una misma disciplina académica.

ARTICULO 34. DE AJUSTE DE LAS PLANTAS DE PERSONAL Y DE LOS MANUALES ESPECIFICOS DE FUNCIONES Y DE REQUISITOS. Para efectos de la aplicación del sistema de nomenclatura y clasificación de empleos de que trata el presente decreto, las autoridades territoriales competentes procederán a ajustar las plantas de personal y los respectivos manuales de funciones y de requisitos, dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia de este decreto."

(...)

(Negrillas originales).

Concluye de lo expuesto la Sección en comento:

"De las disposiciones legales transcritas se deduce que el legislador, en ejercicio de la facultad que le otorga el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Política, ha establecido unos requisitos generales para el acceso de los cargos públicos, que deben ser acogidos por las autoridades administrativas encargadas de establecer las plantas de personal y los manuales específicos de funciones y requisitos.

(...)

En efecto, como se desprende de las normas legales transcritas, corresponde a los municipios, a través de los Concejos Municipales, o del Alcalde en ejercicio de facultades otorgadas por el Concejo, expedir los manuales de funciones específicas y requisitos de los cargos contemplados en las plantas de personal adoptadas, teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones y los requisitos mínimos exigibles establecidos en la ley, teniendo en cuenta, como allí se establece, que los requisitos de experiencia profesional y laboral se hallan acordes con el área de desempeño de cada cargo.

(...)

Como de lo dicho se desprende que los mencionados decretos no se hallan en abierta contradicción con la Constitución Política, no le es dable al juez inaplicarlos, pues no es procedente la excepción de inconstitucionalidad establecida en el artículo 4º de la Carta. De esta manera se rectifica lo expresado en pronunciamiento anterior, en el sentido de que, con fundamento en el artículo 31 del Decreto Ley 1569 de 1998, los alcaldes municipales tienen la facultad para establecer las plantas de personal de los empleos municipales y los correspondientes manuales específicos de funciones y requisitos." (Negrillas del texto original).

Conforme al inciso 2 del art. 2 del Decreto 1569 de 1998, los requisitos de los cargos los debe establecer el competente para crearlos. El Alcalde, de acuerdo con el numeral 7 del Artículo 315, puede crear, suprimir o fusionar empleos de sus dependencias, señalarles las funciones especiales y fijar sus emolumentos, con arreglo a los acuerdos correspondientes, mientras que el Concejo Municipal, al tenor del numeral 6 del artículo 313

Constitucional, está facultado para “6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta”.

Así las cosas, de una parte, para la fecha en la cual el demandante nombró el personal de la Alcaldía mediante los Decretos 001, 021 y 025 de 1 y 9 de enero de 2004, no existía ninguna de las sentencias mencionadas, y por ende no tenía un parámetro jurisprudencial que le permitiera señalar que podía existir una excepción de inconstitucionalidad del Decreto No. 132 de 2001, pero podía haber realizado su propio análisis, y de otra, como quedó explicado, la posición de la Sección Quinta de esta Corporación fijada en la Sentencia de fecha 4 de marzo de 2005, con ponencia del Dr. Darío Quiñones Pinilla, mediante la cual declaró la incompetencia de los alcaldes para fijar los requisitos de la planta de personal de las instituciones que representan, varió con la Providencia calendada 8 de septiembre del mismo año, de la cual fue ponente el Dr. Filemón Jiménez Ochoa, en la que se sostiene que los alcaldes sí tienen competencia para tal fin.

Además, claramente se puede inferir con fundamento en el numeral 7 del artículo 315 de la Constitución Política, y los artículos 2, 31, 32, 33 y 34 del Decreto 1569 de 1998, vigentes estas últimas disposiciones mencionadas, para la época de los hechos que se investigan, que los Alcaldes Municipales son los competentes para expedir los correspondientes manuales de funciones y requisitos del personal de esas dependencias y por ende la Alcaldesa del Municipio de Candelaria de la época tenía facultad para fijar los requisitos mínimos de los diferentes empleos de la Administración, como lo hizo en el Decreto 132 de 2001.

Bajo estas circunstancias no puede predicarse válidamente la invocada excepción de inconstitucionalidad del citado Decreto No. 132 de 2001, “Por medio del cual se adopta el manual de funciones y requisitos mínimos de los diferentes empleos de la Administración Central Municipal de Candelaria”, norma que debió entonces tener en cuenta el disciplinado, toda vez que no podía dejar de aplicarla. En estas condiciones, su conducta no se encontraba amparada por una causal de justificación.

Se concluye de lo expuesto que la sanción disciplinaria impuesta por la Procuraduría General de la Nación se encuentra ajustada a derecho, sin que exista motivo para declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, razón por la cual se negarán las pretensiones de la demanda, como lo solicitó la Procuraduría General de la Nación, y el Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación.

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

NIÉGANSE, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, las pretensiones de la demanda instaurada por Oscar Fernando López Valencia contra la Nación - Procuraduría General de la Nación.

No hay lugar a condena en costas procesales.

Reconócese al Dr. Jorge Mario Segovia Armenta la calidad de apoderado de la Procuraduría General de la Nación, para los efectos señalados en el poder que obra a folio 353 del cuaderno principal.

Cópiese, notifíquese y, una vez ejecutoriada esta Sentencia, archívense las diligencias. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Mediante auto del 26 de marzo de 2012 esta Corporación avocó el conocimiento del asunto, en única instancia (folios 329 a 333 del cuaderno

principal), toda vez que el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, al conocer de la actuación en segundo grado, declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia funcional (folios 316 a 319), a partir del auto admisorio de la demanda, salvando las pruebas. La demanda había sido admitida en primera instancia por el Juzgado Séptimo Administrativo de Cali, por auto de fecha 24 de enero de 2008 (folios 104 y 105, cuaderno principal).

² La demanda fue presentada el 27 de noviembre de 2007 (folios 79 a 95 del cuaderno principal), y corregida el 14 de enero de 2008 (folio 100, cuaderno principal). Obra a folios 7 a 34 del cuaderno principal.

³ Folios 35 a 64, cuaderno principal.

⁴ Folios 2 al 6, cuaderno principal.

⁵ Folio 341, cuaderno principal.

⁶ Alegatos presentados por el demandante, visibles a folios 345 a 351 del cuaderno principal; los de la Entidad demandada obran a folios 359 a 377 del mismo cuaderno.

⁷ Folios 359 a 377, cuaderno principal.

⁸ Ver por ejemplo, Resolución No. 96 de 23 de febrero de 2004, folio 62, cuaderno No. 4.

⁹ Folios 378 a 383 vuelto, cuaderno principal.

¹⁰ Señala el Procurador, que mediante Sentencia C-1076 de 2002, la Corte Constitucional declaró exequible el inciso segundo del artículo 119 de la Ley 734 de 2002

¹¹ Ver, entre otras, las siguientes sentencias proferidas por la Subsección Segunda, Subsección B: *i)* Número interno 2108-2008, del 7 de abril de 2011, actor: José Néstor González Romero, *ii)* Número interno: 532-2010, del 12 de mayo de 2011, actor: David Turbay Turbay, *iii)* Número interno: 2157 de 2005, del 19 de mayo de 2001, actor: Remberto Enrique Corena Silva y, *iv)* Número interno: 1460-2009, del 23 de junio de 2011, actor: Miguel Ángel García López.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Expediente No 11001032500020050011300. No. Interno: 4980-2005. Actor Diego Luís Noguera Rodríguez contra la Nación – Procuraduría General de la Nación.

¹³ Folios 1 a 19, cuaderno 2.

¹⁴ La norma citada señala: “18. Nombrar o elegir, para el desempeño de cargos públicos, personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios, o darles posesión a sabiendas de tal situación”

¹⁵ El poder otorgado al nuevo apoderado obra a folio 65 del cuaderno principal.

¹⁶ Folio 59, cuaderno No. 3.

¹⁷ Folio 35, cuaderno No. 3.

¹⁸ Tales copias de otro expediente (Radicado No. 2006-3058, actor Alberto Montoya Montoya, acción de nulidad simple), que se realizara inspección ocular administrativa a las Alcaldías Municipales de Jamundí y el Cerrito, con el fin de allegar a la actuación los manuales de funciones de la planta de personal de esas entidades correspondientes a los años 2003 y 2004, Certificación expedida por el Gobernador del Departamento del Valle, respecto de la categoría de esos municipios; inspección ocular al Municipio de Candelaria a fin de constatar si el Decreto 0132 de 2001 había sido publicado en la Gaceta Municipal y la recepción de unas declaraciones.

¹⁹ Aclara la Sala en este aspecto, que las decisiones de archivo en los procesos números 139-4033-06 de 1 de junio de 2006 y 139-3305-04 de 6 de marzo de 2006 proferidos por la Procuraduría Provincial, pruebas que fueron pedidas en primera instancia, fueron analizados en la Resolución No. 009 de 17 de mayo de 2007, como se puede constatar a folio 24 del cuaderno principal.

²⁰ En el caso analizado por la Sección Quinta de esta Corporación, el del municipio de Guarne.

²¹ Vigente para la época en la cual ocurrieron los hechos, pero que fue luego derogada por la Ley 909 de 23 de septiembre de 2004. A su vez, el Decreto 1569 de 1998, a su vez fue derogado por el Decreto 785 de 17 de marzo de 2005.

²² El artículo 3 de la Ley 443 de 1998, dice que sus disposiciones se aplican, entre otros, al nivel municipal.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 04:04:38