

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "C"

MAGISTRADO PONENTE DR. SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA

Bogotá D.C., nueve (09) de mayo de dos mil catorce (2014).

EXPEDIENTE : 25000-23-42-000-2013-04511-00
DEMANDANTE : OSKAR AUGUST SCHROEDER MULLER
DEMANDADO : NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
ASUNTO : DISCIPLINARIO

Procede la Sala a proferir sentencia que en derecho corresponda, por haberse derrotada la ponencia de la Doctora Amparo Oviedo Pinto, dentro del proceso adelantado bajo el sistema oral, iniciado por el señor Oskar August Schroeder Muller en nombre propio, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra de la **NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** , no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado y cumplidos los presupuestos y las ritualidades procesales.

ANTECEDENTES:

Los demandantes presentaron demanda con las siguientes

PRETENSIONES

PRIMERA: Que son nulos los actos administrativos sancionatorios del 17 de enero de 2012, proferido por la Procuraduría Segunda Distrital, y el acto administrativo de fecha 28 de diciembre de 2012, proferido por la Procuraduría Primera Delegada para la contratación Estatal (segunda instancia), dentro de los expedientes (IUS – 301549 – 2009) y (IUC-D-2011-120) actos administrativos mediante los cuales se me sancionó con destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos por doce (12) años.

SEGUNDA: Que como consecuencia de las anteriores pretensiones, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Procuraduría General de la Nación y/o a la Nación a pagarme como reparación e indemnización todos los perjuicios de índole moral, como se estima razonadamente en la presente demanda.

TERCERO: Que si no se efectúa el pago previsto en el numeral anterior de manera oportuna, la entidad liquide los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

CUARTO: Que la Procuraduría General de la Nación de cumplimiento a la sentencia que ponga fin al presente proceso, dentro de los términos de ley

(artículo 192 de la Ley 1437 de 2011) y, también, ordene a la Oficina de Registro y control de la entidad para que en ejercicio de sus competencias realice las anotaciones correspondientes en mi hoja de vida.

QUINTO: Que como consecuencia de las anteriores determinaciones, se declare, también, la nulidad de la resolución 000046 del 15 de febrero de 2013 proferida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por medio de la cual se ejecuta la sanción a mi impuesta por la Procuraduría General de la Nación.

SEXTO: Que se condene en costas a la entidad pública demandada.

Para fundamentar estas peticiones, expuso los siguientes

HECHOS

El Dr. Oskar August Schroeder Muller fue designado como Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural – Código 1045 Grado 14, desde el 2 de enero de 2008 hasta el 5 de agosto de 2009.

La Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá, en fallo del 17 de enero de 2012, sancionó disciplinariamente al demandante en calidad de Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con destitución del cargo e inhabilidad general para ejercer funciones públicas por el término de 12 años.

Contra la anterior decisión, el apoderado del actor interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, mediante fallo del 28 de diciembre de 2012, que confirmó en todas sus partes la decisión recurrida.

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, por medio de la Resolución No. 000046 del 15 de febrero de 2013, ejecutó la sanción disciplinaria impuesta al accionante.

En la demanda se indicó que los actos administrativos acusados son violatorios de las siguientes normas:

Artículos 1º y 29 de la Constitución Política; Artículo 8º de la convención Americana de Derechos Humanos; Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículos 6, 9, 20, 128, 129, 141, 142, de la ley 1437 de 2002; Artículos 25 a 28, 31 y 1502 del Código Civil Colombiano.

El concepto de violación se observa en los folios 187 a 240 del expediente, y se concreta en:

1. La parte demandante manifiesta que mediante los fallos disciplinarios demandados la Procuraduría General de la Nación, desconoció sus derechos fundamentales a contar con un juicio justo, un juzgador independiente tanto en primera como en segunda instancia, debido proceso y defensa, toda vez que quienes profirieron las decisiones no actuaron de manera imparcial y autónoma, dejándolo en un estado de indefensión.

No se tuvieron en cuenta los artículos 128, 129 y 141 del Código Disciplinario Único, según los cuales el fallo disciplinario debe fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso; medios probatorios que han de ser valorados de acuerdo a las reglas de la sana crítica, en forma conjunta, y con rigor para demostrar la responsabilidad, la inocencia o una causal eximente.

El fallador de primera instancia no actuó de forma imparcial e independiente, toda vez que el Procurador General de la Nación profirió con anterioridad un fallo disciplinario contra el ex Ministro Andrés Felipe Arias, en el cual se formularon cargos similares pero con pruebas diferentes, decisión que finalmente sirvió de base para declarar su responsabilidad con el argumento que la doctrina de la máxima autoridad del Ministerio Público es obligatoria. Esta situación a pesar de haberse manifestado en la segunda instancia, no fue resuelta, es decir, se omitió el argumento de la falta de imparcialidad.

Los actos administrativos demandados desconocen los preceptos del artículo 29 de la Constitución y el Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos, pues quienes los profirieron son subalternos del Procurador General de la Nación, y no adoptarían una decisión diferente a la tomada en el proceso contra el ex Ministro de Agricultura, así existieran pruebas diferentes, que no fueron valoradas o no se les dio el valor probatorio correspondiente. Por lo tanto, desde el momento de la apertura de la investigación ya se encontraba condenado, así se haya cumplido formalmente con todas las etapas procesales.

2. En primera instancia, no se tuvo en cuenta el testimonio técnico del Dr. Juan Carlos Expósito, lo cual conllevó a que la Procuraduría General de la Nación considerara en forma equivocada cuál era la normativa aplicable a los convenios especiales de

cooperación en ciencia y tecnología Nos. 055 de 2008 y 052 de 2009. El fallador dijo que lo dicho por el testigo era un concepto jurídico respetable, pero que en todo caso no era obligante, sin señalar las razones por las cuales no lo compartía. Aun cuando lo anterior se alegó en el recurso de apelación, la segunda instancia no se pronunció al respecto, desconociendo en consecuencia su derecho al debido proceso y defensa por vía de omisión.

Se tuvo como prueba un documento elaborado por el Procurador General de la Nación en el año 2010, titulado "*Recomendaciones para la elaboración de estudios previos*", según el cual la normativa aplicable a los convenios es el Decreto Ley 393 de 1991, y no la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios. En el fallo de primera instancia, se dijo que se efectuó un análisis aislado del documento -cartilla, porque sí establece que a los convenios se les aplica lo dispuesto en los Decretos 2170 y 2174, lo cual no es cierto y corresponde a interpretaciones equivocadas, **dejando en evidencia la falsa motivación en los actos administrativos acusados.**

No se valoró el dictamen pericial expedido por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación - CTI, de fecha 1º de marzo de 2010, por medio del cual se informó al Fiscal General de la Nación que los convenios marco de Agro Ingreso Seguro, por los cuales fue sancionado, se realizaron conforme a la Ley. Este dictamen fue allegado al expediente como prueba sobreviniente, con aceptación del fallador de primera instancia, pero lo cierto es que al momento de tomar la decisión, no fue estudiada ni analizada, argumentando que la naturaleza del proceso penal es diferente al disciplinario.

3. Los fallos disciplinarios demandados contrarían lo dispuesto en la sentencia C-316 de 1995, referida a la naturaleza y alcance del Decreto Ley 393 de 1991, pues no se tiene en cuenta la interpretación que hace la Corte Constitucional en la mencionada providencia, sobre el carácter especial de ese decreto, y su vigencia con posterioridad a la Ley 80 de 1993 que no lo derogó.

4. Se desconoció lo dispuesto en la Ley 29 de 1991 y los Decretos 393 y 591 del mismo año, normas que regulan los convenios especiales de cooperación de ciencia y tecnología, toda vez que la sanción disciplinaria se impuso por no haber efectuado los estudios previos consagrados en los Decretos 2170 de 2002 y 2474 de 2008, cuando las

normas que regulan la materia en forma especial no los exigen. Concluye que la sanción obedeció a un tema de interpretación jurídica, lo cual en todo caso no puede acarrear responsabilidad disciplinaria. Además, teniendo en cuenta lo expuesto en las sentencias SU-1122 de 2001 y C-496 de 1994, las interpretaciones que se hagan sobre el decreto 393 de 1991, son constitucionales.

La entidad demandada no tiene en cuenta que la naturaleza jurídica de los convenios es diferente a la de los contratos, y por tanto la normativa aplicable a los primeros es especial, y diferente a la de los segundos.

5. Se violó el principio de inescindibilidad de la interpretación de la ley, pues la entidad manifestó que lo consagrado en el Decreto 393 de 1991 era aplicable a los convenios únicamente en la etapa contractual y de ejecución, pero que en la precontractual se debía aplicar lo consagrado en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, sin tener en cuenta que el parágrafo 8º del decreto dice que *"e/ convenio de cooperación no requiere para su celebración y validez requisitos distintos de los propios de la contratación entre particulares"*. Al interpretar estas normas, la entidad violó los artículos 27 y 28 del Código Civil, que establecen los principios de interpretación de la ley.

6. En el ejercicio de sus funciones como Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, sí observó y respetó los principios de la función administrativa consagrada en el artículo 209 de la Constitución Política cuando aplicó lo dispuesto en el decreto 393 de 1991.

7. Finalmente, considera el actor que en el desempeño del cargo, no existió incumplimiento del deber funcional, pues las normas especiales que regulan los convenios de cooperación no requieren para su celebración y validez la elaboración de estudios previos, por lo que el disciplinado no tenía porque haber advertido previamente a la firma de los convenios, que no se cumplía con una serie de requisitos que precisamente no había lugar a acatar porque la propia norma los excluía. Sin embargo, en forma previa a la suscripción de los convenios se efectuó un análisis juicioso, ponderado y responsable de planificación, conforme a lo establecido en el manual de contratación de la entidad, lo cual no se tuvo en cuenta al momento de proferir los actos administrativos demandados.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La entidad demandada, mediante escrito visible a folios 262 a 282 del expediente, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, argumentado que la entidad durante todo el proceso disciplinario adelantado contra el demandante, se le garantizó el derecho a la defensa y contradicción.

Como cuestión previa, manifestó que si bien es cierto el Juez Contencioso Administrativo tiene la facultad de efectuar un control de legalidad de actos administrativos sancionatorios, ello no significa que dicho análisis se desarrolle sin restricción alguna, de conformidad con lo señalado por la Sala plena del H. Consejo de Estado en sentencia de fecha 11 de diciembre de 2012, dentro del proceso de radicado No. IJ 2005-00012-00 con Ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Teniendo en cuenta que el procedimiento disciplinario tiene reglas propias y cuenta con un funcionario competente, denominado juez natural por ser el titular de la acción disciplinaria por mandato de la Constitución, el Juez Administrativo se limita a verificar si la interpretación jurídica efectuada por dicho servidor se enmarcó o no dentro de los parámetros hermenéuticos o si excedió los límites de la actividad disciplinaria, es decir, que el control de legalidad del acto administrativo no puede constituir una instancia más dentro de la actuación.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado orienta que el control jurisdiccional de los actos que imponen sanciones, no es una tercera instancia en la que se pueda abrir nuevamente el debate probatorio para suplir las deficiencias del proceso disciplinario, y que cuando el titular de la acción disciplinaria adopta las decisiones interpretando y aplicando la ley, siguiendo su propio criterio, y con fundamento en los elementos de juicio aportados al proceso, el control de legalidad del acto no autoriza per se, la imposición de un criterio de interpretación y valoración diferente, a menos que se demuestre que se ha desbordado los límites de la Constitución y la Ley.

No se vulneraron los derechos al debido proceso y defensa del demandante, quien sí contó con un juzgador imparcial e independiente, puesto que el operador disciplinario puede aplicar a un proceso determinado, lo dicho en un caso similar por otro Procurador, sin perjudicar la autonomía que legalmente se le atribuyó. El Procurador

262

General de la Nación, si lo considera pertinente, puede impartir directrices generales de interpretación de las normas disciplinarias, para que estas sean leídas e interpretadas en un mismo sentido por los Procuradores.

Como se dijo en los fallos disciplinarios demandados y así lo reconoce el demandante, solamente se le endilgó un cargo, y es el mismo que se formuló contra el ex Ministro de Agricultura, por lo cual no es inusual que ante el mismo planteamiento se profieran decisiones similares, más aún si el Procurador Delegado en ejercicio de su autonomía e independencia considera pertinente aplicar una medida ajustada a derecho y adoptada por su superior.

El solo hecho de que el juzgador de primera instancia estuviera de acuerdo con la decisión adoptada en un caso similar, no constituye violación a los derechos de defensa y debido proceso.

Las pruebas aportadas al proceso disciplinario fueron valoradas conforme al artículo 141 de la Ley 734 de 2002, mismas que le dieron al fallador el convencimiento de la comisión de la falta. Así mismo, de la valoración de las pruebas aportadas por el disciplinado, se consideró que las mismas no tenían la capacidad de desvirtuar el cargo formulado.

En los actos administrativos demandados, se puede observar que unas pruebas aportadas por el demandante fueron desvirtuadas, lo cual no significa que se hayan dejado de valorar. Insiste en que según el Consejo de Estado, el control de legalidad no es una tercera instancia donde se pueda volver a abrir el debate probatorio para suplir las deficiencias del proceso disciplinario.

No obstante que el testimonio técnico del señor Juan Carlos Expósito, no fue solicitado por el demandante en su proceso disciplinario, el fallador sí se refirió al mismo, señalando que aun cuando se trataba de un concepto jurídico respetable, no era obligatorio para el Despacho, pues tal declaración no contradice el cargo endilgado, toda vez que no es el régimen legal aplicable a los convenios lo que se discute, sino la omisión de realizar los estudios previos durante la contratación con el IICA, requisito legal que obedece el principio de planeación consagrado en la Ley 80 de 1993, aplicable a cualquier clase de contratación que adelante el Estado.

26/4

El dictamen pericial del CTI no fue decretado como prueba sobreviniente como lo dice el actor, y por el contrario fue aportada en forma extemporánea; aun así la recibió el Despacho, manifestando que en el evento en que se entrara a analizarla y valorarla, se debía tener en cuenta que se trataba de un proceso disciplinario y no penal, dejando claras las diferencias entre uno y otro. En consecuencia, no puede predicar la indebida valoración probatoria de una prueba allegada por fuera del término establecido en la ley.

Sobre el contenido y alcance de la cartilla expedida por la Procuraduría General de la Nación denominada **Recomendaciones para la Elaboración de Estudios Previos**, el fallador disciplinario se pronunció diciendo que es un documento erróneamente interpretado por el actor, pues menciona únicamente apartes que le convienen y deja de lado lo que le es desfavorable, en especial lo relacionado a la exigencia de los estudios previos, sin olvidar que también aduce el demandante argumentos que no se encuentran en el texto de la cartilla.

De conformidad con las sentencias del 20 de marzo de 1997 y 5 de diciembre de 2002, del Consejo de Estado, el juzgador disciplinario cuenta con autonomía para valorar libremente las pruebas de acuerdo a las reglas de la sana crítica, respetando el derecho a presentar pruebas y controvertir las mismas. Así el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no puede constituirse en una tercera o cuarta instancia del proceso disciplinario, toda vez que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se debe limitar a efectuar un juicio de validez, y no de corrección, verificando si se respetaron los derechos de defensa y debido proceso.

Según la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, los contratos que se celebren con el objeto de fomentar la ciencia y la tecnología se encuentran sujetos a la Ley 80 de 1993, en todo aquello que no esté expresamente contenido en normas especiales de los Decretos Leyes 591 y 393 de 1991, es decir, que a dichas normas se debió acudir en lo que se refiere a los estudios previos de factibilidad para la celebración de los convenios.

El documento denominado "*Términos de Referencia*"; no suplió la garantía que se busca por medio de los estudios previos, dado que estos últimos son una planeación de la entidad para definir la necesidad, conveniencia y los parámetros técnicos y financieros,

mientras que los primeros son el marco que pactan las partes entre sí para definir el contenido del convenio. Entonces el documento que contiene los términos de referencia, no cumple con los requisitos de los estudios previos, puesto que no contiene las razones por las cuales el Instituto de Cooperación Interamericano para la Agricultura (MCA), es la entidad más favorable para desarrollar el convenio, no dice por qué razón se optó por ese tipo de contratación (directa), no contiene un análisis detallado de riesgos, tampoco explica por qué se requirió realizar nuevas convocatorias para drenaje pese a que el año anterior se realizó una con el mismo fin, no se define claramente por qué se trata de un convenio de ciencia y tecnología, y no existe un análisis técnico que explique su conveniencia.

El demandante incumplió su deber funcional, desconociendo el bien jurídico protegido por el derecho disciplinario, que es el correcto obrar de quien desempeña la función pública.

AUDIENCIA INICIAL Y AUDIENCIA DE PRUEBAS

El 18 de diciembre de 2013, se llevó a cabo la Audiencia Inicial prevista en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011, dentro del proceso de la referencia, en la cual se declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva parcial de la demanda, en cuanto se demandó la nulidad de la Resolución No. 000046 del 15 de febrero de 2013, por medio de la cual el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural ejecutó la sanción disciplinaria impuesta al demandante, pues es un acto administrativo de mera ejecución.

En la misma audiencia se ordenó abrir el proceso a pruebas, incorporando los medios documentales auténticos allegados al expediente, así como el expediente administrativo, y por considerarse innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento, se ordenó a las partes la presentación de alegatos de conclusión por escrito.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora presentó sus alegaciones finales, mediante escrito visible a folios 300 a 316, ratificándose en las pretensiones de la demanda. Hizo énfasis en que la entidad demandada vulneró sus derechos fundamentales de defensa y debido proceso, dado

que no contó con un juzgador imparcial y autónomo, la sanción se impone con base en una interpretación normativa sobre la exigencia o no de estudios previos para la suscripción de convenios de cooperación en ciencia y tecnología.

La Agencia Nacional para la Contratación, mediante la circular externa No. 6 del 27 de septiembre de 2013, señaló que existen diferencias entre los convenios de asociación para desarrollar actividades de ciencia y tecnología regulados por la Ley 393 de 1991 y los contratos para la ejecución de programas, proyectos y actividades de ciencia, tecnología e innovación que pueden celebrarse mediante contratación directa conforme a la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1286 de 2009.

En su calidad de Jefe Jurídico del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, cumplió a cabalidad los requisitos señalados en el artículo 8° del Decreto 393 de 1991, al tramitar y suscribir los convenios de cooperación de ciencia y tecnología.

El apoderado judicial de la Procuraduría General de la Nación, a través del escrito visible a folios 335 a 349 del plenario, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Recordó que el único cargo endilgado al demandante en el proceso disciplinario fue el de omitir el deber de cuidado respecto de la ausencia de estudios previos que dieran factibilidad técnica, jurídica y financiera a los convenios que suscribió.

La Procuradora 147 Judicial II Administrativa, en calidad de Agente del Ministerio Público, rindió su concepto a folios 317 a 334 del expediente, en donde solicita negar las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

Según la Jurisprudencia del Consejo de Estado¹, el control de legalidad de los fallos disciplinarios no es una tercera instancia en que se pueda abrir nuevamente el debate probatorio para suplir las deficiencias del proceso disciplinario; no puede tildarse de ilegal una decisión que se adopta con base en las pruebas que obran en el proceso, y donde el inculpado intervine y ejerce en su favor los medios de defensa puestos a su alcance; cuando se toma una decisión interpretando y aplicando la ley, siguiendo su propio criterio y con fundamento en elementos de juicio aportados legalmente al

¹ Se citó las siguientes sentencias del Consejo de Estado, Sección Segunda:
Sentencia del 8 de agosto de 1996.
Sentencia del 3 de septiembre de 2009, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardua, expediente No. 2005-01133-00. Sentencia del 3 de febrero de 2011, M. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

proceso, el control de legalidad del acto no autoriza per se la imposición de un criterio de interpretación y valoración diferente, a menos que se haya desbordado los límites que imponen la Constitución y la Ley.

En ese orden de ideas, el debate en la vía judicial, se contrae a determinar si en el proceso disciplinario se respetaron las garantías básicas como el debido proceso, derecho de defensa, competencia del funcionario, decreto y practica de pruebas. La presunción de legalidad de los actos administrativos cobra mayor relevancia en los fallos disciplinarios, puesto que el inculpado participa activamente en la decisión, ejerciendo sus derechos.

El fallador disciplinario actuó con autonomía en la investigación disciplinaria, y decretó y practicó las pruebas que consideró procedentes, al igual que contó con los antecedentes de la investigación disciplinaria adelantada contra el Ex Ministro Andrés Felipe Arias y otros ex funcionarios de la misma entidad, sobre los mismos hechos. También practicó y valoró las pruebas que de conformidad con lo señalado en el artículo 141 de la Ley 734 de 2002, eran procedentes, y que sirvieron al juzgador para concluir que el actor desatendió las funciones reglamentarias de asistencia y asesoría para con el Ministro, al no revisar y exigir los estudios previos para la celebración de los convenios.

No puede predicarse que el tener en cuenta lo dicho en una decisión adoptada en otro proceso que tuvo como génesis los mismos hechos y cargos, implique el desconocimiento de los derechos al debido proceso y defensa, o que el fallador no haya sido autónomo e independiente, dado que de acuerdo a las actuales normas contencioso administrativas, el funcionario debe acoger las decisiones adoptadas en casos similares.

La afirmación del actor sobre la valoración de las pruebas es subjetiva, pues no existen argumentos que desvirtúen la falta cometida por el accionante. En el proceso disciplinario se cumplieron todos los requisitos para garantizar los derechos al debido proceso y defensa de disciplinado. Ante la Jurisdicción de lo contencioso administrativo no se puede plantear una simple discrepancia sobre la percepción de la prueba o sobre una interpretación distinta.

Finalmente dijo, que el actor no cumplió lo dispuesto en el Decreto 393 de 1991, la Ley 80 de 1993 y el Manual de contratación del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que exigen la elaboración de estudios previos para la suscripción de convenios, y en consecuencia, es claro que en la actuación disciplinaria no se desconoció su derecho al debido proceso y se respetaron las normas y garantías procesales.

Cumplido el trámite de ley sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

Se trata de decidir sobre la legalidad, controvertida en la demanda como se ha relacionado de los actos administrativos sancionatorios proferidos en primera instancia el 17 de enero de 2012 por la Procuraduría Segunda Distrital, y en segunda instancia el 28 de diciembre de 2012, por la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, mediante los cuales se sancionó al actor con destitución del cargo e inhabilidad para ejercer cargos públicos por doce (12) años.

I. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si los actos administrativos demandados por medio de los cuales se sancionó disciplinariamente al actor, están o no viciados de nulidad por las razones expuestas en la demanda. En caso afirmativo, se deberá establecer si es procedente o no, ordenar el pago a favor del demandante de los perjuicios morales reclamados a título de restablecimiento del derecho.

II. De la potestad disciplinaria

La Constitución Política de Colombia en su artículo 122 establece que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y que ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Por su parte, la Carta dispuso en el artículo 6º, que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y por omisión

o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, mismas que se encuentran reguladas en la ley, como se desprende del contenido del artículo 122 Constitucional ya referido.

Sobre la competencia para la investigación disciplinaria de los servidores públicos, la Constitución Política dispone:

"ARTICULO 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

(...)

5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.

6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

(...)

ARTICULO 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones:

1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo."

Teniendo en cuenta el mandato Constitucional, se profirió la Ley 734 de 2002, "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único", la cual en su artículo 3º dice que "la Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas. Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia."

El Código Disciplinario Único, establece como garantía de la función pública, que el sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad,

legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.

De lo anterior, se tiene que el fin del proceso disciplinario es el logro de los fines y funciones del Estado y el cumplimiento de las garantías debidas a las personas que se involucran. En particular, se examina, si los resultados de una conducta, son imputables al empleado a título de dolo o culpa, de manera que pueda hablarse de conducta disciplinable en estricto sentido.

Ahora bien, el derecho a acceder al ejercicio de las funciones públicas de ninguna manera puede ser considerado como absoluto. Por el contrario, el legislador puede limitarlo, actuación que se justifica esencialmente en la prevalencia del interés general y de los principios que deben orientar el cumplimiento de la función pública. Así lo señaló el Máximo Tribunal Constitucional en la Sentencia C-952 de 2001, Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Tafur Galvis, en la que sostuvo:

"La Carta Política de 1991 establece en el artículo 40 el derecho de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Dentro de las varias manifestaciones que adopta este derecho se encuentra la posibilidad de elegir y ser elegido (num.1o.) así como de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (num. 7o.), salvo para aquellos colombianos que, por nacimiento o por adopción, tengan doble nacionalidad, en los casos y de la forma que lo establezca la respectiva reglamentación legal.

*"El derecho político en mención ha sido reconocido como fundamental y de aplicación inmediata en el texto constitucional (CP, arts. 40 y 85), dado el desarrollo que permite alcanzar, no sólo en el patrimonio jurídico-político de los ciudadanos, sino también en la estructura filosófico-política del Estado, al hacer efectivo el principio constitucional de la participación ciudadana (C.P., art. 1o.). **No obstante, es posible someterlo a limitaciones² en aras de la defensa y garantía del interés general, como sucede para efectos del señalamiento de las condiciones de ingreso al ejercicio de un cargo o función públicos.** (Negrillas fuera de texto original).*

"En efecto, el ejercicio de la función pública hace referencia al "conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes

² Vid. Sentencias C-558 de 1994 y C-509 del mismo año.

*órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines*³. Dicha función debe realizarse según los principios orientadores de la función administrativa puesta al servicio de los intereses generales y que se refieren a la moralidad, igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (CP, art. 209). En ese orden de ideas, el ingreso al ejercicio de la función pública debe sujetarse a las condiciones que hagan efectivos dichas reglas."

En ese orden de ideas, la potestad disciplinaria es una de las más importantes manifestaciones del *ius puniendi estatal*, la cual tiene como objetivo fundamental prevenir y sancionar aquellas conductas que contrarían el ordenamiento superior y legal vigente. La ley disciplinaria, entonces, se orienta a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, cuando sus faltas interfieran con las funciones estipuladas.

Así lo señaló el Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en Sentencia del cinco (5) de septiembre de dos mil doce (2012). Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00177-00(1295-10), *"la finalidad de la ley disciplinaria es la prevención y buena marcha de la gestión pública, al igual que la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores que los afecten o pongan en peligro."*

Por su parte, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-484 de 2004, Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández, señaló enfáticamente que tanto las autoridades judiciales como administrativas, están obligadas a actuar respetando un *"conjunto complejo de circunstancias de la administración que le impone la ley para su ordenado funcionamiento, para la seguridad jurídica de los administrados y para la validez de sus propias actuaciones, ya que su inobservancia puede producir sanciones legales de distinto género. Se trata del cumplimiento de la secuencia de los actos de la autoridad administrativa, relacionados entre sí de manera directa o indirecta, y que tienden a un fin, todo de acuerdo con disposición que de ellos realice la ley"*.

Y para el caso específico de los procesos disciplinarios dicha Corporación, manifestó en sentencia T-1263 de 2001: *"El derecho fundamental al debido proceso se consagra*

³ Sentencia C-631 de 1996.

constitucionalmente como la garantía que tiene toda persona a un proceso justo y adecuado, esto es, que en el momento en que el Estado pretenda comprometer o privar a alguien de un bien jurídico no puede hacerlo sacrificando o suspendiendo derechos fundamentales. El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda -legítimamente- imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales."

Es por ello que, el diseño de un procedimiento reglado en materia sancionatoria se expresa como un reconocimiento de garantías fundamentales. De esta forma, en la sentencia C-315 de 2012, la Sala Plena de la Corte Constitucional precisó que *"las garantías mínimas previas tienen que ver con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como (i) el derecho de acceso a la administración de justicia con la presencia de un juez natural; (ii) el derecho a ser informado de las actuaciones que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación o sanción; (iii) el derecho de expresar libre y abiertamente sus opiniones; (iv) el derecho de contradecir o debatir las pretensiones o excepciones propuestas; (v) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable y sin dilaciones injustificadas y, (vi) el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra. A su vez, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa"*.

Conforme a lo anterior, es claro que dentro de las garantías propias del debido proceso, el disciplinado tiene derecho a ser oído, hacer valer sus propias razones y argumentos, controvertir y objetar las pruebas en su contra, así como solicitar la práctica y evaluación de las que estima favorables para la resolución definitiva del caso⁴.

⁴ Así lo sostuvo la Corte Constitucional en las Sentencias C-617 de 1996, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo; C-762 de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez, y C-315 de 2012, Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa.

Así, debe decidir si los actos de carácter sancionatorio proferidos por la administración en ejercicio del poder disciplinario, y demandados en este proceso, fueron o no expedidos con violación a las normas superiores en que debían

DEL CASO CONCRETO

La Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá adelantó un proceso disciplinario contra Oskar August Schroeder Muller. En el trámite del proceso se le formuló un cargo único: *"Conforme a las pruebas legalmente recaudadas en el proceso, es probable hasta el momento, que el doctor Oskar August Schroeder Muller, quien se desempeñó, para la época de los hechos, como Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, haya incurrido en **infracción de deberes legales, por desatender sus funciones reglamentarias de asistencia y asesoría para con el Ministerio de la misma entidad, especialmente en la suscripción de los Convenios 055 del 10 de enero de 2008, 037 del 14 de enero de 2009 y 052 del 16 de enero del mismo año; debido a que no asesoró, verificó, informó, ni revisó de la manera como correspondía legalmente, por el contrario permitió que el Ministro del ramo suscribiera el Convenio 055 de 2008 sin que se hubieran realizado y adelantado los correspondientes estudios previos; igual la celebración de los Convenios 037 y 052 de 2009, sin que los referidos estudios previos contaran con toda la información requerida, esto es, el análisis de los aspectos técnicos, financieros y jurídicos que debían adelantarse antes de la suscripción de los mencionados convenios.**"*

Mediante fallo disciplinario de prima instancia de fecha 17 de enero de 2012, la Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá, declaró probado el cargo formulado contra el demandante, y en consecuencia, resolvió sancionarlo con destitución e inhabilidad general para ejercer funciones públicas por el término de 12 años.

La Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, en fallo disciplinario de segunda instancia, confirmó la decisión inicial, señalando que: *"En el presente caso ha quedado demostrado el incumplimiento reiterado de los mandatos legales; (...) **por no haber hecho estrictamente la verificación correspondiente de los documentos requeridos en la etapa precontractual de los convenios; igualmente, haber omitido la asistencia y asesoría al ministro del ramo, de forma tal que***

hubiere evitado la irregularidad encontrada razón por la cual esta Procuraduría Delegada considera que no hay lugar a modificar o revocar la decisión del a-quo y por consiguiente, confirmará la sanción impuesta al señor OSKAR AUGUST SCHROEDER MULLER, en su condición de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, para la época de los hechos".

Sobre los cargos de nulidad motivo de la presente acción:

Son varios los cargos contra los actos demandados, de los cuales y por economía procesal, la Sala se referirá solo a los que tienen vocación de prosperidad.

NO EXISTIÓ INCUMPLIMIENTO DEL DEBER FUNCIONAL:

Considera el actor que en el desempeño del cargo, no existió incumplimiento del deber funcional, pues las normas especiales que regulan los convenios de cooperación no requieren para su celebración y validez la elaboración de estudios previos, por lo que el disciplinado no tenía porque haber advertido previamente a la firma de los convenios, que no se cumplía con una serie de requisitos que precisamente no había lugar a acatar porque la propia norma los excluía. No obstante lo anterior, en forma previa a la suscripción de los convenios se efectuó un análisis juicioso, ponderado y responsable de planificación, conforme a lo establecido en el manual de contratación de la entidad, lo cual no se tuvo en cuenta al momento de proferir los actos administrativos demandados.

Para resolver éste cargo de nulidad, considera la Sala pertinente, traer a colación, lo relacionado con la tipicidad de la conducta en materia disciplinaria, ello, por cuanto al actor se le endilgó el cargo de incumplimiento de las funciones propias de su cargo, por no revisar, asesorar, ni asistir al Ministro, respecto de la carencia de estudios previos en los contratos celebrados, adecuándole la conducta como falta gravísima consagra en el numeral 30 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

LA TIPICIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA

El derecho disciplinario es una especialidad del derecho administrativo, que se distingue claramente por ser un conjunto de normas sustantivas y procesales que buscan la

sanción de las faltas disciplinarias cometidas por los servidores públicos. Decíamos además que es un mecanismo que salvaguarda los principios rectores de la administración pública.

Así, la doctrina y la jurisprudencia ampliamente han definido el derecho disciplinario como un derecho sancionador, y que por tanto se asimila al derecho penal, principalmente en sus principios.

Bajo ese entendido, **la sanción disciplinaria dentro del ordenamiento jurídico se justifica con la presencia de una conducta con grado de culpabilidad previamente definida por el legislador como falta disciplinaria**, susceptible de reproche por parte del Estado por ser ilícita. Esa noción, inexorablemente comprende el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso, el cual es el **principio de legalidad**.

En materia sancionatoria se pregona que no existe falta ni sanción sin que así se establezca en una norma jurídica. Esta condición, estructura uno de los elementos de la falta disciplinaria, la tipicidad, bajo la cual ésta debe estar previamente definida en la ley.

Esa definición comprende a su vez varias variantes como son: el sujeto, el verbo y los complementos. El sujeto, corresponde al infractor a la ley disciplinaria. El verbo, se refiere a la conducta que debe verificarse para predicar la ocurrencia de la falta. Los complementos se relacionan con las circunstancias subjetivas, de hecho o de derecho que complementan la falta, y sin las cuales no se configura ésta. Éstos pueden ser normativos, cuando se relacionan con la manera de suceder los hechos y subjetivos cuando lo hacen respecto de la conducta y la intención del infractor. Generalmente se emplean palabras o frases que cualifican la falta como por ejemplo, en beneficio de tercero, con ánimo de lucro, con el propósito de destruir, en graves violaciones, privar ilegalmente, retardar injustificadamente, justificadas quejas, entre otros.

Bajo esta preceptiva, **la tipicidad de la falta disciplinaria se predica cuando existe encuadramiento de la conducta desplegada por el servidor público con la descripción del modelo de comportamiento que desea sancionar el legislador, incluidos los complementos.**

No debe olvidarse, que el derecho disciplinario siempre ha sido catalogado como un derecho administrativo sancionador, aunque la doctrina contemporánea defienda la tesis de una verdadera dogmática que procure su autonomía, en nada afecta el que la falta disciplinaria debe ser TIPICA, y **la tipicidad en todo estatuto sancionador se concibe como la descripción inequívoca que se haga de la falta disciplinaria en nuestro caso, fortalecida con la exclusión de toda analogía.**

Es la más positivista de todas las consagraciones del ordenamiento jurídico que se traduce en la garantía reforzada del debido proceso constitucional y legal y del derecho de defensa, materializado en la defensa legítima del enjuiciado en que no se le procesará bajo normas inexistentes al hecho que se le sindicada. Es decir, proveerlo de toda certeza y seguridad jurídica, separable del arbitrio o discrecionalidad del juzgador.

Esa tipicidad perdura en los sistemas penales, disciplinarios y sancionatorios, producto de aquella lucha contra los privilegios y abusos de los monarcas, que hoy puede interpretarse desde el más amplio garantismo jurídico.

No obstante, la acepción de la tipicidad dentro del derecho disciplinario tiene unos aspectos diferenciales, pues generalmente no se encuentra descrita en una sola disposición y se hace necesario acudir a la remisión normativa para encuadrar la falta, a diferencia del tipo penal que en una misma norma agrupa delito, culpa y sanción. Ello, porque es muy difícil desde el punto de vista jurídico enlistar los comportamientos antijurídicos de los servidores públicos.

En cuanto a la tipicidad y al principio de legalidad en materia disciplinaria, el H. Consejo de Estado⁵, en reciente pronunciamiento, sostuvo:

"5.1. La subsunción típica y el principio de legalidad en materia disciplinaria

En un Estado de Derecho, y desde hace varios siglos en la historia de Occidente, cualquier decisión sancionatoria de las autoridades en aplicación de la ley debe incluir, como parte fundamental de su motivación, un proceso de subsunción típica de la conducta de la persona procesada bajo la norma sancionatoria aplicable. El proceso de subsunción típica –o adecuación típica- de la conducta, entendido como

⁵ Sentencia del 26 de marzo de 2014, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente No. 2013 00117 00

397

la secuencia lógica expresa de razonamiento jurídico encaminada a determinar si una determinada realidad fáctica encuadra bajo las definiciones y prescripciones establecidas en la ley escrita, es una de las piezas indispensables de todo acto que manifieste el poder represor del Estado, y por lo mismo uno de los pre-requisitos necesarios de la legalidad y juridicidad de toda sanción. En la asociación expresa y razonada entre la norma y el hecho, en el encaje motivado de la realidad bajo las definiciones y conceptos de la legislación, radica también una de las garantías centrales del derecho de defensa y del derecho al debido proceso, ya que es en dicho proceso de subsunción típica expresa de la conducta que el Estado le señala al procesado y a la sociedad, elemento por elemento, porqué su comportamiento violó la ley. La subsunción típica es, en suma, uno de los pasos indispensables en el proceso de aplicación de la ley, cuya omisión o indebida realización impiden la estructuración de un acto jurídico sancionatorio conforme a Derecho y le hacen derivar en una vía de hecho de la autoridad.

En esa medida, el proceso de subsunción típica de la conducta de quien es sometido a un proceso administrativo disciplinario constituye uno de los componentes de la legalidad de las actuaciones de la autoridad disciplinante. **Sólo luego de haber surtido de manera expresa y detallada dicho proceso de razonamiento lógico-jurídico en el texto mismo de la decisión disciplinaria, podrá llegarse a la conclusión de que la conducta investigada es típica.** La subsunción típica se vincula así directamente, en tanto componente necesario, al principio de tipicidad en el derecho disciplinario. Es, más aún, un proceso de naturaleza técnica que los operadores disciplinarios han de desplegar con el mayor rigor jurídico, ya que en ello se juega el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales procesales y sustantivos del procesado; por lo mismo, presupone que la legislación sancionadora que se invoca haya sido debidamente interpretada en todos sus componentes de conformidad con los distintos métodos hermenéuticos que operan en el sistema colombiano, y que las pruebas que obran en el proceso demuestren en forma contundente la ocurrencia de los hechos y la culpabilidad individual del procesado.

En materia disciplinaria, el proceso de subsunción típica de la conducta del procesado tiene ciertas especificidades que le diferencian del proceso de subsunción típica que realizan los jueces penales. Según ha explicado la Corte Constitucional, en virtud de la admisibilidad del uso, en el ámbito disciplinario, de tipos abiertos y **conceptos jurídicos indeterminados, el fallador disciplinario cuenta con un margen más amplio para realizar el proceso de subsunción típica – margen que se activa, se infiere necesariamente, cuando se está ante un tipo abierto o un concepto indeterminado, y que consiste esencialmente en que la autoridad disciplinaria puede –y debe– acudir a una interpretación sistemática de las normas invocadas para efectos de realizar la adecuación típica.** En palabras de la Corte Constitucional, esta diferencia entre el derecho penal y el derecho disciplinario "se deriva de la admisión de los tipos en blanco o abiertos y de los conceptos jurídicos indeterminados en materia disciplinaria, [y] hace referencia a la amplitud hermenéutica con que

398

cuenta el operador disciplinario al momento de interpretar y aplicar la norma disciplinaria. // Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha admitido que el investigador disciplinario dispone de un campo más amplio para determinar si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes. En este mismo sentido, esta Corte ha señalado en múltiples oportunidades que en materia disciplinaria el fallador goza de una mayor amplitud para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas reprochables, pues por lo general la descripción de las faltas disciplinarias debe ser objeto de complementación o determinación a partir de la lectura sistemática de un conjunto de normas jurídicas que desarrollan deberes, mandatos y prohibiciones⁶.

Dicha amplitud en el proceso de subsunción típica no significa - considera importante enfatizar el Consejo de Estado- que la autoridad disciplinaria pueda realizar la adecuación típica de la conducta del disciplinado de cualquier manera, o que pueda abstenerse de realizar tal proceso lógico-jurídico; en lo que se traduce en últimas es en que ante un tipo disciplinario abierto o un concepto indeterminado, la autoridad disciplinaria debe aplicar un criterio sistemático de interpretación. Pero siempre, se resalta, debe estar presente un proceso expreso, congruente y jurídicamente sustentado de adecuación típica de la conducta de la persona investigada a las normas que se invocan para sancionarle.

*La obligatoriedad de realizar un proceso de subsunción típica en cada proceso disciplinario encuentra una consagración legal en el artículo 4 del CDU, de conformidad con el cual "[e]l servidor público y el particular en los casos previstos en este Código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por **comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente** al momento de su realización" [subraya la Sala]. La expresión resaltada implica que el operador disciplinario debe determinar expresamente en cada caso si el comportamiento investigado, tal y como haya quedado demostrado, se adecua efectivamente a la descripción típica contenida en la ley que se le va a aplicar."*

Se puede concluir entonces, que el alcance de la tipicidad dentro del derecho disciplinario, generalmente no se encuentra descrita en una sola disposición y se hace necesario acudir a una interpretación sistemática para encuadrar la falta, y determinar si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes.

Es de esta manera, que surge la definición de tipos abiertos o *numerus apertus*, la cual la concibe la Honorable Corte Constitucional⁷ así:

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-030 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

⁷ Sentencia C-155 de 2002.

"Teniendo en cuenta que como mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador, el legislador en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado "numerus apertus", en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como "a sabiendas", "de mala fe", "con la intención de" etc. Por tal razón, el sistema de numerus apertus supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición. "

Bajo esa definición, los detalles típicos de la falta disciplinaria como su modalidad, si bien deben contenerse en una norma jurídica, su minuciosidad no es tan rígida como en materia penal, de tal suerte que queda al arbitrio del agente disciplinario establecerlos de acuerdo con los deberes funcionales del servidor público. Ejemplo de estas particularidades disciplinarias son los artículos 48 y 50 del C.D.U., en los cuales se describen las faltas gravísima y las faltas graves y leves, respectivamente.

Sin embargo, **la subsunción normativa o adecuación típica no es discrecional sino que debe hacerse teniendo en cuenta los principios que rigen el proceso disciplinario, de manera que la norma abierta no sea escenario para encuadrar cualquier falta como gravísima.**

ANÁLISIS DE FONDO:

En el caso bajo estudio, el único cargo formulado al actor en el proceso disciplinario fue: *"Conforme a las pruebas legalmente recaudadas en el proceso, es probable hasta el momento, que el doctor Oskar August Schroeder Muller, quien se desempeñó, para la época de los hechos, como Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, haya incurrido en **infracción de deberes legales, por desatender sus funciones reglamentarias de asistencia y asesoría para con el Ministerio de la misma entidad, especialmente en la suscripción de los***

Convenios 055 del 10 de enero de 2008, 037 del 14 de enero de 2009 y 052 del 16 de enero del mismo año; debido a que no asesoró, verificó, informó, ni revisó de la manera como correspondía legalmente, por el contrario permitió que el Ministro del ramo suscribiera el Convenio 055 de 2008 sin que se hubieran realizado y adelantado los correspondientes estudios previos; igual la celebración de los Convenios 037 y 052 de 2009, sin que los referidos estudios previos contaran con toda la información requerida, esto es, el análisis de los aspectos técnicos, financieros y jurídicos que debían adelantarse antes de la suscripción de los mencionados convenios⁸."

Por el anterior cargo, la entidad accionada tipificó la conducta del demandante, como falta gravísima contemplada en los numerales 30 y 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, así: *"Así las cosas, el Despacho mantendrá la calificación de la falta como **GRAVISIMA**, de conformidad con lo establecido en el numeral 30, artículo 48 de la Ley 734 de 2002, teniendo en cuenta que el doctor **OSKAR AUGUST SCHROEDER MULLER** no revisó, ni asistió, ni asesoró al Ministro, respecto de la carencia de estudios previos en el Convenio 055 de 2008, y la deficiencia de los mismos en los Convenios 052 y 037 de 2009⁹"*

Se tiene que la Procuraduría tipificó la conducta del actor, como una falta disciplinaria, consagrada en los numerales 30 y 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que en su tenor literal dice:

"Faltas gravísimas

Artículo 48. *Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:*

(...)

30. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental.

31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación

⁸ Fl. 14

⁹ Fl. 51

estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

(...)"

Con miras a efectuar la subsunción típica de la conducta del señor Schroeder Muller bajo la norma anterior, la Procuraduría General de la Nación debió establecer el alcance de cada uno de los elementos normativos del cada uno de los tipos disciplinarios invocados.

Frente al artículo 48 numeral 30 del CDU, se debió definir primeramente en que consiste "**Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal**", para luego examinar las pruebas obrantes en el expediente atinentes a la conducta del señor Schroeder para determinar punto por punto si ella indicaba que, efectivamente, intervino en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de un contrato estatal con omisión de estudios previos, incumpliendo así con las funciones que la ley le impone al cargo que desempeñaba- Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Frente al artículo 48 numeral 31 del CDU, la Procuraduría debió establecer el alcance que tiene la frase "**Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual**", y una vez determinado el alcance jurídico de este concepto, debió haber procedido a examinar las pruebas relevantes y pertinentes para establecer, punto por punto, si el señor Schroeder participó en la etapa precontractual o en la actividad contractual, llevada a cabo en los Convenios 055 del 10 de enero de 2008, 037 del 14 de enero de 2009 y 052 del 16 de enero del mismo año.

De la lectura de los fallos disciplinarios de primera y segunda instancia, observa la Sala que el principal argumento de la Procuraduría General de la Nación, para adecuar la conducta del actor, fue que el mismo no asesoró ni asistió al Ministro como correspondía legalmente, en la suscripción de Convenios 055 del 10 de enero de 2008, 037 del 14 de enero de 2009 y 052 del 16 de enero del mismo año, permitiendo que el Ministro suscribiera dichos convenios, el primero de ellos sin haberse adelantado los estudios previos correspondientes, y los dos últimos, sin que los referidos estudios previos contaran con toda la información requerida, lo cual debió hacer, pues estaba dentro de las funciones que el cargo que ocupaba le imponía- Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Por lo anterior, se hace necesario revisar las funciones atribuidas al Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, a fin de establecer, si dentro de las mismas se encuentran las de intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal y la participación en la etapa precontractual o en la actividad contractual, encontrando en el Manual específico de Funciones y Competencias Laborales del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de dicho Ministerio¹⁰, que dentro de las funciones de dicho cargo se encuentra:

PROPOSITO PRINCIPAL

Asistir y asesorar al Ministro y a todas las dependencias del Ministerio en los asuntos jurídicos relacionados con las funciones y actividades a cargo de la entidad.

DESCRIPCION DE FUNCIONES ESENCIALES

1. Asistir al Ministro, al Viceministro, al Secretario General y a todas las dependencias del Ministerio, en los asuntos jurídicos relacionados con las funciones y actividades a cargo de la entidad.

2. Elaborar, estudiar y conceptuar sobre los proyectos de ley, decretos, resoluciones, contratos, convenios y demás actos administrativos que deba expedir o proponer el Ministro y que sean sometidos a su consideración.

De lo anterior, observa la Sala, que dentro de las funciones del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, se encuentran las de **asistir y asesorar al Ministro** en los asuntos jurídicos relacionados con las funciones a cargo de la entidad y conceptuar en los contratos que deba suscribir el Ministro.

De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, por "**asistir**" se entiende "*Servir o atender a alguien, especialmente de un modo eventual o desempeñando tareas específicas*". Igualmente se define como "*socorrer, favorecer, ayudar*".

Y por "**asesoría**", la Real Academia Española la define como "*el oficio del asesor*" y por asesor "*asistir, ayudar a otro*", asimismo la expresión "asesorar" implica "*dar consejo o*

¹⁰ Fl. 932 cuaderno antecedentes administrativos

dictamen; tomar consejo del letrado asesor, o consultar su dictamen; dicho de una persona: tomar consejo de otra, o ilustrarse con su parecer"¹¹

Así las cosas, desde un punto de vista natural y obvio, es decir el significado original de la expresión "asesoría" conlleva entenderla como proporcionar consejos o dictámenes por parte de un letrado, experto o asesor, con el fin que su destinatario pueda acogerlo o ilustrarse con su opinión, acerca de los conocimientos suministrados, así como recibir la ayuda o colaboración para resolver el asunto de su interés o conocer la opinión del experto.

Teniendo en cuenta los anteriores conceptos, se tiene que **la función del actor, se limitaba en asistir, asesorar y conceptuar respecto de la suscripción o no de los contratos o convenios que debía suscribir el Ministro, sin que dicha asesoría o concepto fuese vinculante o de obligatorio cumplimiento por parte del Ministro, pues el mismo, bien puede a criterio propio acoger o no acoger tal asesoría o concepto.**

Ahora bien, en el caso bajo estudio, la asesoría del señor Schroeder en la suscripción de los convenios 055 del 10 de enero de 2008, 037 del 14 de enero de 2009 y 052 del 16 de enero del mismo año, consistió en que, a su criterio dichos convenios no necesitaban los estudios previos de acuerdo a la Ley 80 de 1993, pues las normas especiales que regulan los convenios de cooperación no los exigen. Entonces, no es cierto que no hubiere asesorado al Ministro.

Es así, como la simple asesoría o concepto frente a un tema, no puede constituir per se responsabilidad o falta disciplinaria alguna, a menos que sea evidente y claro el distanciamiento de lo conceptuado con el mandato legal. Y mas aún, si se tiene en cuenta que **el asesoramiento es una obligación de medios, no de resultado**, por tanto, no le es exigible a quien asesora, acertar todas las veces en sus opiniones, pues solo tiene la obligación de poner todo su esfuerzo y hacer lo posible para brindar un buen asesoramiento, sin que ello implique el resultado de un concepto o recomendación atinada.

¹¹ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición, año 2001. Tomo 2, página 153.

Es de anotar que sobre el tema antes señalado respecto a la interpretación de las normas, no constituye falta disciplinaria, la disparidad de criterios que pueda existir entre la opinión del servidor y la del operador disciplinario, según ha expresado la doctrina¹²:

"A nadie se le puede decir que no puede equivocarse, o que le está vedado errar, como un mandato de prohibición; como tampoco el deber de siempre acertar en todos los casos.

Todos los hechos constitutivos de faltas disciplinarias, al tenor de lo preceptuado en el artículo 23 del Código Disciplinario Único, hacen referencia a casos distintos al de la errada interpretación de las normas legales, sin que pueda sostenerse que se trata, por ejemplo, de un incumplimiento de los deberes propios del cargo de un empleado, y menos de una extralimitación de funciones o transgresión a la ley, ya que ese incumplimiento apunta a los deberes de actuación y de diligenciamiento de los asuntos que se desgajan de la sujeción estricta a la Constitución, Tratados, Leyes, etc., y, otros algunos casos, a los principios de la función pública, pero no a que les esté prohibido equivocarse.

En la interpretación de la Ley es usual la equivocación, la disparidad de criterios, incluso los desaciertos; pero la propia ley tiene establecidos mecanismos que apuntan a que se corrijan esos desvíos..."

(...)

Estos errores, deben por supuesto, haber sido cometidos de buena fe; y los errores así cometidos no pueden ser objeto de sanción disciplinaria porque en este campo no es dable aceptar la responsabilidad puramente objetiva (artículo 13), es decir, aquella que solo tienen en cuenta los resultados de la acción, prescindiendo por completo del elemento subjetivo (culpabilidad).

El día en que la potestad disciplinaria se ejerza sobre los servidores públicos por la interpretación o aplicación de la Ley, la incorrecta ejecución de un procedimiento, la independencia intelectual y el postulado de la buena fe habrán concluido para siempre. La autonomía y la independencia que se pregonan en el artículo 34, numeral 32, serán una farsa un auténtico embuste."

Además, si bien el Ministro basado en el principio de confianza en sus asesores, no puede evadir su responsabilidad, y menos aún, endilgarse la misma responsabilidad a

¹² VIL LEGAS GARZÓN ÓS CAR, Código Disciplinario Único Ley 734 de 2002 Compilación, Comentarios, Concordancias, Flujogramas y Complemento Normativo, Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ Bogotá 2002, páginas 73 -75.

quien asesoró y al directamente responsable, dado que el concepto del asesor debe ser analizado y valorado para determinar si se acoge o no.

De otro lado, es pertinente señalar, que la función de elaboración de estudios previos, no se encuentra dentro de las funciones del cargo que desempeñaba el actor, como equivocadamente lo sostiene la Procuraduría General de la Nación.

Como se puede apreciar de la lectura de los fallos disciplinarios, de las funciones propias del cargo del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, y de la adecuación de la conducta endilgada al actor por parte de la procuraduría, el comportamiento desplegado por el mismo o la omisión atribuible a él dentro de la sucesión de acontecimientos que dieron origen a la investigación disciplinaria, no comprometía sus funciones como Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por lo tanto, no encuentra fundamento en la Ley disciplinaria, porque, no está definido como falta, pues, dentro de las funciones del señor Schroeder, no se encontraban las de intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal y la participación en la etapa precontractual o en la actividad contractual, que fueron las faltas endilgadas por la Procuraduría al actor, puesto que, se reitera la función del mismo, se limitaba a asesorar y asistir al Ministro en la celebración de contratos o convenios que este debía suscribir.

De otro lado, si en gracia de discusión se acogiere la posición de la Procuraduría General de la Nación, en el sentido que la conducta desarrollada por el actor se adecuaba a la falta endilgada en los fallos disciplinarios, la Sala no puede dejar de advertir que existe una equivocada adecuación típica que implica una desproporción en la sanción que le fue impuesta por la Procuraduría al señor Schroeder, consistente en la destitución del cargo y la inhabilidad general para ejercer funciones públicas por el término de doce (12) años, puesto que, como se ha dicho en precedencia la función del actor consistía en asesorar al Ministro, y la eventual falta a la que habría lugar sería la omisión en el ejercicio diligente de sus deberes.

El artículo 18 del CDU establece que *"La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley."*

La Corte constitucional ha señalado que *"respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad."*¹³

Por su parte, el H. Consejo de Estado ha explicado que la proporcionalidad de la sanción disciplinaria también está íntimamente ligada a la culpabilidad que se logre demostrar durante el proceso en cabeza del funcionario disciplinado, así:

"Culpabilidad (...). De acuerdo con este principio, en materia disciplinaria está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

*Llama la atención la relación existente entre éste y el principio de proporcionalidad, pues reiterando lo dicho por la doctrina más autorizada sobre la materia **'la pena proporcional a la culpabilidad, es la única pena útil'**¹⁴.*

En efecto, 'el concepto de proporcionalidad nace íntimamente vinculado al de culpabilidad. En la actualidad, en el Derecho Sancionador Administrativo, culpabilidad y proporcionalidad continúan estrechamente unidas. La reacción punitiva ha de ser proporcionada al ilícito, por ello, en el momento de la individualización de la sanción, la culpabilidad se constituye en un límite que impide que la gravedad de la sanción supere la del hecho cometido; siendo, por tanto, función primordial de la culpabilidad limitar la responsabilidad. (...) El principio de dolo o culpa, nos permite distinguir diversos grados de culpabilidad en la comisión de la infracción, los cuales deben ser considerados por el órgano administrativo competente en el momento de individualizar la sanción. De este modo, el principio de culpabilidad coadyuva a la correcta aplicación del principio de proporcionalidad, pues permite una mayor adecuación entre la gravedad de la sanción y la del hecho cometido. (...)'¹⁵ "¹⁶

En igual sentido, la Corte Constitucional ha afirmado que la proporcionalidad es un principio que impone límites a la sanción disciplinaria, *"en virtud del cual la gradación, en abstracto y en concreto, de la sanción, debe hacerse de acuerdo con la gravedad del injusto, y el grado de culpabilidad"*¹⁷.

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-125 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹⁴ De Palma Del Teso, Angeles. 'El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador'. Editorial Tecnos, Madrid (España), 1996. Páginas 44 y 45.

¹⁵ Ibidem. Páginas 45 y 46.

¹⁶ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". Sentencia del 19 de mayo de 2011. Radicación No. 25000-23-25-000-2000-00281-01(2157-05). Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-285 de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz). Reiterada en: Corte Constitucional, sentencia C-708 de 1999 (M.P. Alvaro Tafur Galvis).

En este punto, considera la Sala pertinente referirse acerca de la **Interpretación normativa a la luz del principio *pro homine***, el cual impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos.

La jurisprudencia constitucional, entre otras, en la Sentencia T- 191 de 2009, ha considerado que este principio se deriva de los artículos 1º y 2º de la Carta Superior, en cuanto consagran el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fines esenciales del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades.

Posteriormente, la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-319 del tres (3) de mayo de dos mil doce (2012), Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, respecto del referido principio consideró:

"(...) la aplicación del principio pro homine en la hermenéutica jurídica se justifica en el hecho de que en aquellos casos en los que se acepte más de una interpretación a una norma, se deberá preferir la que de mejor manera garantice los derechos de las personas. En efecto, para esta Corte, el principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, así como a los derechos fundamentales, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria.¹⁸"

Ahora bien, en relación con la aplicación del principio en los casos de adecuación del tipo disciplinario, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Sala de Decisión de Tutelas, con ponencia del H. Magistrado: Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA, mediante Sentencia del treinta y uno (31) de julio de dos mil siete (2007), Radicado 31972, indicó:

¹⁸ Cfr. C-1056 de 2004 y T-284 de 2006 del mismo año, ambas con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, y C-372 de 2009 M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

"La Sala entonces considera que si bien le asiste razón a la Procuraduría en alegar la autonomía con que el "juez disciplinario" puede encuadrar las conductas en los tipos que establecen faltas gravísimas y prohibiciones, en virtud de la estructura abierta y especial de los mismos –muy diferente a la construcción de los tipos penales-, también lo es que dicha facultad debe ceder en eventos donde existen dos disposiciones perfectamente aplicables a la conducta del disciplinado, pues en ese caso entra en juego el principio Pro Homine según el cual, se reitera, debe preferirse "... la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos".¹⁹

La Procuraduría, contrariando el principio tantas veces citado, sólo sustentó sus actos administrativos sancionatorios en la libertad con que el legislador la dotó en el marco de encuadrar las conductas de los asociados sujetos a su control dentro de los tipos disciplinarios que la normatividad consagra, admitiendo la posibilidad de que la conducta del procesado, en lugar de la falta gravísima, pudiera tipificarse como violación a la prohibición. La Sala precisa aclarar que no pone en duda tal facultad, pero considera que la misma debe guiarse por el respeto de los derechos y las garantías fundamentales, en especial en situaciones como la analizada en esta decisión, en la que, sin lugar a dudas, debía imperar la Cláusula de Favorabilidad en la Interpretación de los Derechos Humanos –principio Pro Homine- a partir de la cual fácil hubiese sido concluir que el proceso disciplinario que contra el actor se adelantó debió serlo por la conducta que, de ser comprobada su responsabilidad, implicaba una sanción que restringía en menor medida el ejercicio de sus derechos." (Negrilla fuera del texto original)

En ese orden de ideas, advierte la Sala que en los casos en los cuales se acepte más de una interpretación a una norma, se deberá preferir la que de mejor manera garantice los derechos de las personas. Lo anterior, también se desprende del principio constitucional de favorabilidad.

En el presente caso, al accionante se le sancionó por no asesorar al Ministro en la suscripción de los Convenios 055 del 10 de enero de 2008, 037 del 14 de enero de 2009 y 052 del 16 de enero del mismo año; debido a que no asesoró, verificó, informó, ni revisó de la manera como correspondía legalmente, por el contrario permitió que el Ministro del ramo suscribiera el Convenio 055 de 2008 sin que se hubieran realizado y adelantado los correspondientes estudios previos; igual la celebración de los Convenios 037 y 052 de 2009, sin que los referidos estudios previos contaran con toda la

¹⁹ Sentencia de la Corte Constitucional T-284 de 2006.

389

información requerida, esto es, el análisis de los aspectos técnicos, financieros y jurídicos que debían adelantarse antes de la suscripción de los mencionados convenios.

Al respecto, advierte la Sala que en lo que hace referencia a los estudios previos para los convenios especiales de cooperación en ciencia y tecnología, existen varias interpretaciones, una, que sostiene que para dichos convenios no se requiere la elaboración de estudios previos, por cuanto los mismos se rigen por los Decretos 393 y 591 de 1991, normas que no exigen estudios previos, y la otra interpretación, consiste en que a los convenios en mención se les debe aplicar en la etapa precontractual las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, normas que si exigen la elaboración de estudios previos, es decir, existen diversas interpretaciones frente a una misma situación, caso en el cual, se debe preferir la menos gravosa.

Obsérvese que dentro del expediente obra un concepto del Dr. Juan Carlos Expósito Vélez, Profesor Universitario y tratadista reconocido en temas de contratación estatal, autor de varias obras, quien dice que no se requiere tales estudios, por ende, si bien ello no es una prueba que excluye por si sola la responsabilidad del actor, si permite inferir que en criterio respetable la tesis del señor Schroeder no resultaba tan absurda o descabellada, como estima la Procuraduría General de la Nación.

Por lo anterior, si se acogiere la posición de la Procuraduría General de la Nación, en el sentido que la conducta desarrollada por el actor se adecúa a la falta endilgada en los fallos disciplinarios, para la Sala sería desproporcionada las sanciones impuestas al demandante, por cuanto, la no elaboración de los estudios previos en los convenios especiales de cooperación en ciencia y tecnología, tal como se dijo en precedencia, tiene varias interpretaciones, por lo tanto, para determinar la conducta del actor respecto de asesorar al Ministro en la elaboración o no de los estudios previos frente a tales convenios, se debía tener en cuenta la situación menos gravosa y mas favorable al actor, máxime, cuando dentro de las funciones del señor Schroeder no se encuentra la elaboración de los estudios previos, lo que conllevaría a la comisión de una falta menor, y en consecuencia una sanción menor a la que le fue impuesta, en aplicación al principio *pro hómine*, pues no obran en el expediente elementos que permitan a la Sala concluir que el actor obró con dolo o mala fe al asesorar al Ministro en cuanto a los estudios previos.

Por todo lo anteriormente expuesto, considera la Sala que el cargo formulado por el actor, consistente en que no existió incumplimiento del deber funcional, debe prosperar, por cuanto la forma en que el señor Schroeder fue procesado y sancionado por la Procuraduría General de la Nación resultó lesiva a sus derechos y contraria a la Constitución y la ley. En razón a que prosperó dicho cargo no es necesario entrar a estudiar los demás formulados en la demanda.

En consecuencia se declarará la nulidad de los actos administrativos sancionatorios demandados, y se ordenará a la Procuraduría General de la Nación que se eliminen las anotaciones que se hubieren efectuado de dichas sanciones en el registro de antecedentes disciplinarios del señor Oskar August Schroeder Muller.

SOBRE EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En cuanto al restablecimiento del derecho, pretende el actor se ordene a la Procuraduría General de la Nación a pagarle como reparación e indemnización, todos los perjuicios morales causados, solicitando para él, la suma equivalente a seiscientos (600) salarios mínimos vigentes, teniendo en cuenta su grado de perturbación emocional y su afectación a la reputación pública teniendo en cuenta el cargo que ejerció. Igualmente, solicita perjuicios morales para su cónyuge e hijo en doscientos (200) salarios mínimos vigentes.

El perjuicio moral es entendido como la afectación sufrida de bienes no patrimoniales que causa a una persona un acto contrario a derecho²¹. Con su reconocimiento se busca compensar el dolor antijurídico, el impacto sentimental, que sufrió una persona como consecuencia del proceder del Estado.

Considera la Sala, que dentro del proceso no obran pruebas que permitan inferir la angustia que le causó al actor el adelantamiento de un proceso disciplinario en su contra. La aflicción subjetiva como consecuencia del actuar de la administración cuestionado debe demostrarse, no puede presumirse, aunado que el accionante en su calidad de servidor público, está en la obligación de soportar la carga de estar sometido a diferentes procesos, como un disciplinario por ejemplo, lo cual no indica por si solo, la causación de perjuicios morales, sin que éstos hayan sido demostrados.

²¹ Sentencia del 23 de febrero de 1990 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Consejero ponente doctor Gustavo de Greiff Restrepo, expediente 5701, actor Josefina Rueda vda. De Robles.

Al respecto, el H. Consejo de Estado²² ha señalado:

"Además, todos los servidores públicos, como garantía de la función pública (artículo 37 de la Ley 200 de 1995), están en la obligación de soportar cargas, entre ellas la de estar sometidos por su actuación pública a procesos disciplinarios conforme a leyes sustantivas y procesales preexistentes a la falta disciplinaria que se le atribuya, ante funcionario competente previamente establecido y observando la plenitud de las formas del procedimiento regulado en la Constitución y en la ley, con lo cual se garantiza su derecho de defensa, siendo las decisiones que allí se adopten susceptibles de control ante la jurisdicción contencioso administrativa. Las sanciones disciplinarias cumplen esencialmente los fines de prevención y de garantía de la buena marcha de la gestión pública (artículo 17 de la Ley 200 de 1995).

De otro lado como se dijo en sentencia de la Sección Segunda del 9 de noviembre de 1992, expediente 4965, actor Aurelio Villate Rodríguez, Consejera Ponente Doctora Clara Forero de Castro "Pudiéndose reparar el daño en su totalidad, es decir volviendo las cosas al estado anterior a la expedición del acto de destitución ya que éste se anula, la reparación es completa al desaparecer la sanción causa del daño, y no hay lugar a otra indemnización de perjuicios. Habiendo pues restablecimiento total del derecho quebrantado, no resulta procedente ninguna otra reparación."

En estas condiciones la Sala revocará el numeral 4) del fallo apelado que accedió a reconocer perjuicios morales al actor."

En consecuencia, no se accederá a la pretensión consistente en el pago de 800 salarios mínimos, por concepto de perjuicios morales, por cuanto el demandante no logró demostrar a lo largo del proceso la causación de tales perjuicios.

Por último, no se evidencia en la actuación surtida por parte de la demandada dentro del proceso de la referencia, mala fe o temeridad, que impliquen imponer una condena en costas en su contra, razón por la cual deberá negarse esta pretensión.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "C", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero ponente: VICTOR HERNANDO LVARADO ARDILA, 12 de marzo de 2009, Radicación número: 44001-23-31-000-2003-00499-01(7150-05)

392

RESUELVE:

PRIMERO.- ANULAR los artículos primero y segundo del acto administrativo sancionatorio de primera instancia proferido, por la Procuradora Segunda Distrital de Bogotá el 17 de enero de 2012, así como la nulidad del artículo primero del acto administrativo sancionatorio de segunda instancia, proferido por el Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal el 28 de diciembre de 2012, que declararon responsable al señor Oskar August Schroeder Muller de haber incurrido en las faltas disciplinarias consagrada en los numerales 30 y 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, y le sancionaron con destitución en el cargo e inhabilidad general para ejercer funciones públicas por el término de 12 años.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación que se eliminen las anotaciones que se hubieren efectuado de dichas sanciones en el registro de antecedentes disciplinarios del señor Oskar August Schroeder Muller.

TERCERO.- DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

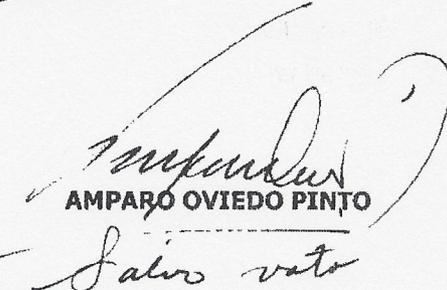
CUARTO.- Sin costas en la instancia.

QUINTO.- Se ordena a la entidad accionada dar cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.
Aprobado por la Sala en Sesión de la fecha No. ____


SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA


CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL


AMPARO OVIEDO PINTO

D.A.