



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C, dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 11001-03-25-000-2011-00284-00 (1068-2011)
Demandante: RAFAEL DEL CRISTO BARRIOS ACOSTA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DEL TRABAJO.

Temas: Se niegan las pretensiones de la demanda. El debido proceso y el derecho a la defensa en la actuación disciplinaria. La imputación válida y su relación con la decisión de pliego de cargos en el derecho disciplinario. Elementos del tipo objetivo del delito de concusión, contenido en el artículo 404 del Código Penal. Control de la valoración probatoria de una actuación disciplinaria por la jurisdicción de lo contencioso administrativo

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA (Decreto 01 de 1984) S.E.-015-2020

I. ASUNTO

La Subsección A, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dicta la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso previsto en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984¹, que se tramitó por demanda interpuesta por el señor Rafael del Cristo Barrios Acosta en contra de la Nación – Ministerio del Trabajo².

II. LA DEMANDA Y ESCRITO DE REFORMA³

¹ Vigente para la época de la demanda.

² Antes Ministerio de la Protección Social.

³ Demanda en los folios 1-14 del expediente y el escrito de reforma en los folios 747 a 754, *ibidem*. La demanda fue admitida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo el 16 de febrero de 2007 (ff. 100-101). El 28 de junio de 2010 se profirió la sentencia de primera instancia (ff. 671-675). No obstante, a través de la decisión del 22 de marzo de 2011, el Tribunal Administrativo de Sucre declaró la nulidad de todo lo actuado, a partir del auto admisorio de la demanda y dispuso la remisión del expediente, por competencia al Consejo de Estado (ff. 696-698). En consecuencia, la Sección



Conforme al texto de la demanda y su respectiva reforma se formularon las siguientes pretensiones:

De nulidad:

- Se declare la nulidad de las siguientes decisiones proferidas en el proceso disciplinario n.º 2003-2006 que el Ministerio de la Protección Social adelantó en contra del demandante: Resolución n.º 4263 de diciembre 6 de 2004 por la cual el ministro de la protección social resolvió una solicitud de nulidad; Resolución n.º 00015 de enero 7 de 2005 por medio de la cual se resolvió un recurso de reposición; auto de cargos n.º 003 de febrero 25 de 2005; auto n.º 113 de abril 12 de 2005 por medio del cual se resolvió una nulidad; auto n.º 164 de mayo 4 de 2005 por el cual se negó una solicitud de pruebas; auto n.º 165 de mayo 4 de 2005 por el cual se resolvió un recurso de reposición; Resolución 2543 del 8 de agosto de 2005 por el cual se resolvió una apelación.
- Se declare la nulidad del acto administrativo de primera instancia del 12 de octubre de 2005, proferido por el jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario del Ministerio de la Protección Social, mediante el cual se sancionó disciplinariamente al demandante con destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años para ejercer cargos públicos.
- Se declare la nulidad de la Resolución n.º 000249 del 27 de enero de 2006, proferida por el viceministro de relaciones laborales encargado de las funciones del ministro de la protección social, por la que se confirmó la decisión anterior.

De restablecimiento del derecho:

- Se ordene reintegrar al señor Rafal del Cristo Barrios Acosta al cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior categoría.
- Se declare que, para todos los efectos legales, no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios del actor durante el periodo comprendido entre la fecha de la destitución y aquella en que se produzca el reintegro.

Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, mediante providencia del 28 de octubre de 2011, admitió la demanda (ff. 704 a 706). De esa manera, el demandante, a través del escrito del 27 de enero de 2012, presentó escrito de reforma de la demanda (ff. 747-754). Mediante proveído del 4 de abril de 2017, se rechazó la modificación de la demanda en cuanto incluyó nuevos demandantes. Se admitió la reforma bajo el entendido que, el único demandante dentro del proceso, es el señor Rafael del Cristo Barrios Acosta y por lo tanto, de la demanda se tendrán en cuenta únicamente los hechos, pretensiones, fundamentos, pruebas y demás elementos relacionados directa o indirectamente con este (ff. 815-818).



De reparación de perjuicios:

- Se condene a la demandada a reconocer y pagar al demandante los salarios, primas, vacaciones, cesantías, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir por el demandante desde la fecha de su destitución del cargo hasta cuando se ordene el reintegro.
- Se ordene a pagar el valor de los gastos que se demuestren por concepto de servicios médicos, hospitalarios y farmacéuticos, requeridos durante el tiempo en que el demandante estuvo desvinculado de la entidad.
- Se condene a la Nación, Ministerio del Trabajo a reconocer y pagar al demandante y a los miembros de su familia que resultaron afectados con la conducta desplegada por la demandada, los perjuicios morales, materiales, daño emergente, lucro cesante y daño a la vida de relación en cuantía razonable y proporcional, tal como se relacionan en el escrito de reforma de la demanda.

Otras:

- Ordenar que las sumas reclamadas sean indexadas conforme a lo ordenado en el artículo 178 del C. C. A.
- Que se condene en costas a la entidad demandada.
- De no efectuarse el pago en forma oportuna, se paguen los intereses comerciales y moratorios de conformidad con lo previsto en el artículo 177 del CCA.

Fundamentos fácticos relevantes

1. El 6 de marzo de 2003, la señora Maricela Vergara Angulo presentó una queja disciplinaria en contra del señor Rafael del Cristo Barrios Acosta, quien para la época desempeñaba el cargo de profesional universitario, código 3020, grado 14 en la Dirección Territorial de Sucre del Ministerio del Trabajo.
2. Las irregularidades denunciadas consistieron, según la quejosa, en que el señor Rafael del Cristo Barrios Acosta se ofreció a gestionarle un caso ante la empresa ARS Mutual Ser, para lo cual ella le hizo un pago de doscientos mil pesos (\$200.000) como anticipo por sus gestiones.
3. Conforme a lo anterior, la Oficina de Control Interno Disciplinario del Ministerio de la Protección Social inició un proceso disciplinario en contra del demandante. En dicha actuación, se profirió el auto n.º 468 del 6 de septiembre de 2004, mediante el cual el implicado fue sancionado en primera instancia. Sin embargo, ante la



«flagrante» violación al debido proceso, el ministro de la Protección Social declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de cargos.

4. Surtido nuevamente el trámite del proceso disciplinario, el jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario profirió el acto administrativo de primera instancia, a través del cual declaró responsable disciplinariamente al demandante y por el que le impuso la sanción de destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años para ejercer cargos públicos.
5. El 27 de enero de 2006, el viceministro de relaciones laborales, encargado de las funciones del ministro de la Protección Social, mediante la Resolución n.º 000249 emitió el acto administrativo disciplinario de segunda instancia, por el cual confirmó la responsabilidad y sanción disciplinaria frente al demandante Rafael del Cristo Barrios Acosta.

Normas violadas y concepto de la violación.

Para el demandante, los actos administrativos sancionatorios acusados desconocieron las siguientes normas:

- Constitución Política de 1991: artículos 1, 2, 6, 7, 11, 12, 13, 14, 15, 21, 25, 29, 53, 93 y 94.
- Ley 734 de 2002: artículos 2, 6, 17, 66, 67, 74, 75, 76, 77, 92 numeral 1 y 4, 97, 129 y 163.
- Pacto de Derechos Civiles de San José de Costa Rica y la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

La formulación del concepto de violación se expresó a partir de los siguientes cargos:

1. Violación del debido proceso
2. Falsa motivación

1. Violación al debido proceso.

El demandante alegó la violación al debido proceso por las siguientes razones:

- El auto de cargos no cumplió con los requisitos previstos en el artículo 163 de la Ley 734 de 2002 en la medida en que no se indicaron las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, no se hizo una valoración de las pruebas en que se fundamentó el cargo, no se analizaron los argumentos de defensa y menos la forma de culpabilidad.
- El auto de cargos es inconsistente por cuanto al identificar al autor de la falta se señaló su condición de profesional universitario grado 14 de la Dirección Territorial



de Sucre, pero, al referirse al concepto de violación, la autoridad disciplinaria sostuvo que la conducta se había cometido valiéndose del ejercicio de sus funciones como inspector de trabajo.

- El ministro de la Protección Social no podía declarar la nulidad del proceso porque la competencia era del jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario, como funcionario de primera instancia.
- La defensa técnica del disciplinado no tuvo acceso a la investigación, pues la administración confundió este derecho con el de obtener copias del proceso.
- Al demandante se le negaron pruebas solicitadas con una falsa motivación.

2. Falsa motivación.

El demandante sostuvo que los actos fueron expedidos con falsa motivación porque la autoridad disciplinaria resolvió negar las pruebas solicitadas por el demandante en descargos, con argumentos contrarios a la realidad procesal.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y DE SU REFORMA⁴

Pronunciamiento frente a las pretensiones de la demanda

La apoderada del Ministerio del Trabajo se opuso a las pretensiones de la demanda.

Excepciones

La apoderada de la entidad demanda propuso las siguientes excepciones:

- Inepta demanda por falta de requisitos formales. En el concepto de violación el demandante se limitó a citar las normas violadas sin señalar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que presuntamente se violaron aquellas normas.
- Legalidad y plena validez de los actos administrativos demandados.
- Inexistencia de obligación.
- Falta de fundamento jurídico. Falta de causa legal para demandar.
- La innominada, de conformidad con lo previsto en el artículo 164 del CCA.

Pronunciamiento frente a los hechos de la demanda

⁴ Folios 107-121 y folios 838-842 del expediente.



La apoderada judicial dio por ciertos la mayoría de los hechos relacionados con el trámite del proceso disciplinario y frente a los restantes dijo que eran apreciaciones subjetivas de la parte demandante.

Pronunciamiento frente a las causales de nulidad que fundamentan la demanda.

La apoderada de la entidad demanda presentó los argumentos que se sintetizan a continuación:

- El proceso disciplinario se surtió de conformidad con la ritualidad exigida en el CDU.
- Los actos demandados son el resultado de un análisis juicioso que se soportó en las pruebas obrantes en el proceso.
- Al disciplinado se le respetó el derecho a la defensa y al debido proceso.
- El pliego de cargos se formuló porque estaba demostrada objetivamente la falta y existía prueba que comprometía la responsabilidad del investigado.
- No es cierto que el demandante haya sido sancionado sin pruebas; además de la queja se obtuvo su ratificación y obra un documento firmado por el implicado en el que acepta haber recibido la suma de doscientos mil pesos (\$200.000) de la señora Maricela Vergara Angulo.
- Las pruebas obrantes en el proceso demostraron la responsabilidad plena del señor Rafael del Cristo Barrios Acosta.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁵

En sus alegatos de conclusión, el apoderado del señor Rafael del Cristo Barrios Acosta reiteró y complementó las razones presentadas en la demanda.

Además, como argumentos novedosos, formuló los siguientes:

- Las distintas declaraciones que rindió la quejosa son contradictorias.

⁵ Folios 851 a 869, *ibidem*.



- Se vulneró el derecho al debido proceso porque, desde el momento en que el demandante rindió su versión libre, la autoridad disciplinaria estaba en la obligación de hacerle saber que tenía el derecho a estar asistido por un abogado.
- El disciplinado siempre manifestó que firmó el documento en el que consta que recibió el dinero, actuando dentro de un deber moral de ayuda para con su amiga, la doctora Nelly Consuelo Gerena, quien le pidió el favor de recoger una plata que la quejosa le adeudaba por concepto de honorarios. Lo expuesto por la señora Maricela Vergara en sus declaraciones no es prueba: «es la palabra de la quejosa o querellante contra la de mi poderdante».
- Los actos fueron expedidos con falsa motivación porque la valoración probatoria no fue correcta. En efecto, el recibo aportado por la quejosa no era suficiente para contradecir la versión del señor Rafael del Cristo Barrios Acosta. De esta manera se configuró una duda razonable que debió resolverse a favor del demandante.

Parte demandada⁶

La apoderada del Ministerio del Trabajo reiteró los mismos argumentos que fueron presentados en la contestación de la demanda.

Ministerio Público⁷.

El representante del Ministerio Público solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda. Las razones de dicha petición se pueden resumir de la siguiente manera:

- Las pruebas practicadas permitieron obtener certeza del comportamiento irregular desplegado por el disciplinado.
- Contrario a lo que sostuvo el demandante, la negativa de pruebas solicitadas por el disciplinado no constituyó una vulneración al debido proceso toda vez que la autoridad disciplinaria expuso la carga argumentativa que impedía acceder a su práctica, lo cual estuvo sustentado en que los hechos a probar no correspondían con el tema de la investigación.
- Las pruebas obrantes en el proceso disciplinario demostraron que el 19 de noviembre de 2002 el señor Barrios Acosta recibió de parte de la señora Maricela Vergara Angulo la suma de doscientos mil pesos (\$200.000) como adelanto de lo que «me corresponde por llevar a cabo el proceso de liquidación», documento cuya firma fue reconocida y aceptada por el implicado. No resulta comprensible que afirme que suscribió un documento, en el que señaló que recibió un dinero como «adelanto», pero que realmente lo hizo en nombre de la apoderada Nelly

⁶ Folios 847 a 850, *ibidem*.

⁷ Folios 871 a 879, *ibidem*.



Consuelo Gerena, de quien la quejosa manifestó desconocer que le haya conferido poder para que la representara.

- El comportamiento del disciplinado resulta reprochable, en tanto no es lo que se espera de un servidor público. Si a la usuaria se le habían vulnerado sus derechos laborales, el deber funcional del servidor público era orientarla y adelantar las gestiones administrativas y legales necesarias para evitar el menoscabo de sus garantías laborales. Por tanto, la conducta del demandante mereció ser sancionada «ejemplarmente», en tanto constituyó falta disciplinaria de naturaleza gravísima, según lo previsto en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, la que, al ser imputada a título de dolo, se sancionó con la destitución e inhabilidad general.
- No existió la vulneración al debido proceso. Al señor Barrios Acosta se le dieron todas las garantías para el ejercicio de su derecho a la defensa; tuvo la oportunidad de controvertir las pruebas practicadas; impugnó las decisiones que consideró procedente y estuvo representado por su abogado de confianza.
- La responsabilidad del demandante no se infiere a partir de la prueba indiciaria, como lo señaló el apoderado. En efecto, el análisis ponderado de las pruebas testimoniales y documentales recaudadas en el proceso disciplinario permitió tener la certeza no solo de la ocurrencia objetiva de la falta endilgada, sino además del elemento subjetivo, es decir de su actuar doloso.

V. CONSIDERACIONES

1. BREVE RECUENTO DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

Los cargos y la sanción disciplinaria

En el proceso disciplinario adelantado por el Ministerio del Trabajo, cuya decisión de primera instancia fue adoptada por la Oficina de Control Interno Disciplinario, se formuló un cargo disciplinario por el que fue sancionado el demandante. En el siguiente cuadro se resume la concordancia entre el pliego de cargos y el acto administrativo sancionatorio:

| PLIEGO DE CARGOS DEL 25 DE FEBRERO DE 2005 ⁸ | ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO |
|---|-----------------------------------|
| | |

⁸ Folios 286 a 2090, del expediente disciplinario.



| | DEL 12 DE OCTUBRE DE 2005⁹ CONFIRMADO EL 27 DE ENERO DE 2006¹⁰ |
|---|---|
| <p>Cargo único:</p> <p>«El funcionario del Ministerio de la Protección Social, RAFAEL DEL CRISTO BARRIOS ACOSTA, en su calidad de profesional universitario, código 3020, grado 14 de la Dirección Territorial de Sucre, presuntamente solicitó la suma de \$250.000.00 a la particular MARICELA MARÍA VERGARA ANGULO y recibió la suma de \$200.000.00, el día 19 de noviembre de 2002, como adelanto por llevar a cabo los trámites concernientes al proceso de liquidación de acreencias laborales, producto del presunto despido sin justa causa de la mencionada particular, de la empresa denominada MUTUAL SER. Aparentemente.»</p> <p>Normas violadas y concepto de la violación:</p> <p>Artículo 404 de la Ley 599 de 2000:</p> <p>«ARTICULO 404. CONCUSION. El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en [...]»</p> <p>Ley 734 de 2002,</p> <p>«Artículo 48. Faltas Gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:</p> <p>1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo».</p> <p>Artículo 48, numeral 3, inciso 2: «Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga».</p> | <p>Se confirmó el cargo formulado, tanto por la decisión de primera como por la de segunda instancia.</p> |

⁹ Folios 391 a 409, *ibidem*.

¹⁰ Folios 460 a 462, *ibidem*.



| | |
|--|---|
| Culpabilidad: La falta se imputó a título de dolo. | Culpabilidad: en ambas instancias se determinó que la falta fue cometida a título de dolo. |
| Decisión sancionatoria de primera instancia: «ARTÍCULO PRIMERO: SANCIONAR al doctor RAFAEL DEL CRISTO BARRIOS ACOSTA [...] quien para la época de los hechos se desempeñó como profesional universitario, código 3020, grado 14, en la Dirección Territorial de Sucre, de la planta global del Ministerio de la Protección Social, con DESTITUCIÓN DEL CARGO E INHABILIDAD GENERAL de DIEZ (10) AÑOS, lo cual implica la terminación de la relación del servidor público con la administración y la imposibilidad de desempeñarse en cualquier otro cargo de la administración pública [...]». | |
| Decisión sancionatoria de segunda instancia: «ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes el Auto n.º 370 del 12 de octubre de 2005 proferido por el jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario, por medio del cual decidió sancionar disciplinariamente al doctor RAFAEL DEL CRISTO BARRIOS ACOSTA con DESTITUCIÓN DEL CARGO E INHABILIDAD GENERAL DE DIEZ (10) años, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído». | |

2. CUESTIONES PREVIAS

2.1 De los actos administrativos demandables.

En relación con el control de legalidad de los actos administrativos, esta Corporación ha sostenido que los actos susceptibles de ser demandados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo son los actos definitivos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto:

Por acto administrativo se entiende toda manifestación de la administración con capacidad para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, esto es, una decisión encaminada a producir efectos jurídicos en los derechos u obligaciones de los administrados, sean subjetivos, personales, reales o de crédito.

La jurisdicción ejerce su control, para verificar que se ajusten a la legalidad, pero debe tenerse en cuenta que la impugnabilidad recae sobre los actos definitivos, es decir, sobre aquellos que exteriorizan la voluntad de la Administración para producir efectos en derecho, pues no se justifica un pronunciamiento sobre actos que no crean, modifican o extinguen una situación jurídica, como son los de trámite, que se limitan a dar impulso a la actuación. Los actos de trámite no son susceptibles de control judicial, salvo que impidan al administrado continuar con la



actuación¹¹.

En efecto, únicamente las decisiones que ponen término al proceso disciplinario son pasibles del control de legalidad, no así los actos preparatorios, de trámite y de ejecución que, como tales, se limitan a preparar, impulsar la actuación administrativa, o dar cumplimiento a la decisión, por cuanto de ellos no surgen situaciones jurídicas diferentes a las contenidas en el acto que ejecutan¹².

En consecuencia, el auto de cargos y las demás decisiones que resolvieron pruebas y nulidades en el proceso disciplinario, no son demandables ante la jurisdicción y, por tanto, el control judicial que efectuará esta Sala solo es procedente frente a los actos administrativos sancionatorios de primera y segunda instancia.

2.2 Control judicial integral respecto de las decisiones administrativas sancionatorias.

Con la sentencia de unificación proferida el 9 de agosto de 2016 por la Sala Plena del Consejo de Estado¹³, se dio inicio a una nueva línea interpretativa en torno al control que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre los actos administrativos de naturaleza disciplinaria.

Al respecto, señaló la providencia que, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, ese control es de carácter integral por cuanto exige una revisión legal y constitucional de las actuaciones surtidas ante los titulares de la acción disciplinaria, sin que, para tales efectos, el juez se encuentre sometido a alguna limitante que restrinja su competencia.

En dicha oportunidad, la corporación fue enfática en explicar que, siendo la función disciplinaria una manifestación de la potestad pública sancionatoria que busca mantener la actividad estatal sujeta a los límites legales y constitucionales, no es dable restringir las facultades de que goza la jurisdicción en la realización de dicho estudio.

Esta integralidad se proyecta en múltiples aspectos que son destacados en la providencia en los siguientes términos:

[...] 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin “deferencia especial” respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la

¹¹ Sección cuarta, sentencia de 12 de junio de 2008, M. P. Ligia López Díaz, Radicado: 08001-23-31-000-2004-02721-01 (16288).

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 16 de agosto de 2018. Radicación 11001-03-25-000-2012-00327-00 (1291-12).

¹³ C.E., S. Plena, Sent. 110010325000201100316 00 (2011-1210), ago. 9/2016.



valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva [...]

Así pues, el control judicial que ha de efectuarse en el presente caso tiene como hoja de ruta los parámetros dispuestos en aquella decisión judicial, lo que implica reconocer las amplísimas facultades de que goza el juez para efectuar una revisión seria y profunda de todas las actuaciones y etapas surtidas en el procedimiento disciplinario.

3. ASUNTO SOMETIDO A ESTUDIO

Así las cosas y de conformidad con los argumentos expuestos en la demanda, los problemas jurídicos centrales que deben resolverse en esta instancia son los siguientes:

- I. ¿Los actos administrativos disciplinarios mediante los cuales se sancionó al señor Rafael del Cristo Barrios Acosta fueron expedidos con vulneración al debido proceso y al derecho a la defensa? Para dar respuesta a esta pregunta, la Subsección resolverá dos subproblemas diferentes:
 - ¿La falta de técnica para elaborar el pliego de cargos, pese a que se cumplan los requisitos sustanciales para proferirse esta decisión, constituye un vicio suficiente para que se anulen los actos administrativos disciplinarios?
 - ¿Se vulneró el derecho al debido proceso del demandante por la configuración de irregularidades ocurridas en el trámite de la actuación disciplinaria?
- II. ¿Los actos administrativos sancionatorios fueron proferidos con falsa motivación por cuanto la valoración probatoria no fue adecuada?

A partir de lo expuesto, la Sala resolverá los problemas jurídicos planteados para tomar la decisión que en derecho corresponda.

3.1 Primer problema jurídico

¿Los actos administrativos disciplinarios mediante los cuales se sancionó al señor Rafael del Cristo Barrios Acosta fueron expedidos con vulneración al debido proceso y al derecho a la defensa?

La respuesta a esta cuestión dependerá de que la Sala, de forma preliminar, se refiera brevemente a la causal relacionada con la violación al debido proceso y al derecho a



la defensa. De forma posterior, deberá solucionar dos subproblemas específicos, para concluir si las decisiones están afectadas del vicio expuesto por el demandante.

3.1.1 El debido proceso y el derecho a la defensa en la actuación disciplinaria.

El debido proceso es un derecho de rango superior que busca la protección de las garantías que instituye el ordenamiento jurídico a favor de quienes se ven llamados a hacer parte de una actuación judicial o administrativa. Por ende, al ser el proceso disciplinario un trámite de naturaleza administrativa, es claro que las partes que en él intervienen se encuentran provistas de tales amparos a lo largo de todas sus etapas.

Al respecto, es pertinente señalar que el derecho al debido proceso goza de una naturaleza dual, la cual se manifiesta en una perspectiva formal y otra material. La primera se refiere a las ritualidades legalmente establecidas, como lo son las etapas que deben surtirse, los términos que han de cumplirse, las oportunidades de actuación procesal, entre otras. Por otro lado, su dimensión material alude a las garantías sustanciales en las que se proyectan esas formalidades, entre las cuales pueden destacarse el principio de publicidad, la doble instancia, la presunción de inocencia, la imparcialidad, el *non bis in idem* y muy especialmente el derecho de contradicción y defensa.

De manera específica, conforme a lo señalado en los artículos 90 y 92 de la Ley 734 de 2002, el derecho a la defensa en el proceso disciplinario comporta las siguientes facultades:

ARTÍCULO 90. FACULTADES DE LOS SUJETOS PROCESALES. Los sujetos procesales podrán:

1. Solicitar, aportar y controvertir pruebas e intervenir en la práctica de las mismas.
2. Interponer los recursos de ley.
3. Presentar las solicitudes que consideren necesarias para garantizar la legalidad de la actuación disciplinaria y el cumplimiento de los fines de la misma, y
4. Obtener copias de la actuación, salvo que por mandato constitucional o legal ésta tenga carácter reservado.

[...]

ARTÍCULO 92. DERECHOS DEL INVESTIGADO. Como sujeto procesal, el investigado tiene los siguientes derechos:

1. Acceder a la investigación.



2. **Designar defensor.**
3. **Ser oído en versión libre**, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia.
4. **Solicitar o aportar pruebas** y controvertirlas, e intervenir en su práctica.
5. Rendir descargos.
6. Impugnar y sustentar las decisiones cuando hubiere lugar a ello.
7. Obtener copias de la actuación.
8. Presentar alegatos de conclusión antes del fallo de primera o única instancia.

[Negrillas fuera de texto].

Cabe destacar que el investigado puede ejercer el derecho a la defensa de dos formas distintas: directamente o a través de la designación de un abogado. La primera posibilidad es comúnmente conocida como la defensa material, mientras que la otra es propiamente la defensa técnica.

En la segunda modalidad anteriormente referida existen dos situaciones diferentes: una, la prerrogativa que tiene el disciplinado a escoger un profesional del derecho de toda su confianza para que lo represente; la otra, el derecho a que la autoridad le designe un abogado de oficio, el que, en materia disciplinaria, puede ser un estudiante de consultorio jurídico. Sin embargo, en esta última eventualidad todavía cabe distinguir, puesto que el abogado de oficio es procedente cuando así lo solicita el mismo investigado; o porque el disciplinado se juzga como «persona ausente».

Sobre el particular, el artículo 17 de la Ley 734 de 2002, señala lo siguiente:

ARTÍCULO 17. DERECHO A LA DEFENSA. <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciera se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente.

Al respecto, cabe destacar que la defensa material en el proceso disciplinario no opera de la misma manera que en el penal. En efecto, la asistencia de un abogado es una facultad con la que cuenta el investigado, quien en cualquier estado del proceso podrá designar un defensor de confianza que lo represente, sin que sea un imperativo que su intervención en el proceso se haga a través de un abogado.



Por su parte, otro aspecto importante del derecho de defensa estriba en la necesidad de que las autoridades efectúen una imputación válida¹⁴, pues una imputación defectuosa cercenará este derecho, ya que el administrado no tendrá la oportunidad de saber con concreción y exactitud de qué defenderse. Sobre tal aspecto, será necesario hacer diferencia entre la existencia o no de los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos y aquellas otras cuestiones informales, que incluso pueden obedecer a una falta de técnica, pero que en nada afecta el núcleo o base de la imputación. Esos yerros simplemente formales pueden obedecer al empleo de expresiones incorrectas, a la transcripción excesiva del contenido de las pruebas o incluso a la mención de normas innecesarias. Pese a ello, si la imputación reúne los requisitos esenciales para su validez¹⁵, no habrá lugar a reclamar la violación del derecho a defenderse.

Para la Sala, algo que también debe quedar muy en claro es que no toda violación a la dimensión formal del debido proceso debe traducirse inexorablemente en la anulación de la actuación procesal afectada, pues, para tales efectos, será necesario que aquella transgresión se proyecte en la esfera material de protección de aquel derecho.

En armonía con lo anterior, se ha sostenido en cuanto a las irregularidades procesales que, para que puedan afectar la validez de lo actuado en el procedimiento disciplinario, tienen que ser determinantes, de manera que, cuando se resguardan las garantías sustanciales con que cuentan los disciplinados para ejercer su derecho de defensa, los yerros procesales de menor entidad no pueden aducirse a efectos de anular el acto administrativo sancionatorio.

Sobre tal aspecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

[...] no toda irregularidad se puede calificar como violación al debido proceso, sino que éste se afecta cuando hay **privación o limitación del derecho de defensa**, que se produce en virtud de concretos actos de los órganos jurisdiccionales que entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en que se ventilan intereses al sujeto, respecto de los cuales las decisiones judiciales han de suponer modificación de una situación jurídica individualizada. Si bien es cierto "toda clase de actuaciones judiciales", pueden acarrear una violación al debido proceso, la connotación constitucional se da **si alguna de las partes es ubicada en tal condición de indefensión que afectaría el orden justo**, violándolo ostensiblemente [...] ¹⁶ [Negrillas fuera de texto].

¹⁴ A propósito, ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia de 24 de octubre de 2019. Referencia: nulidad y restablecimiento del derecho. Radicación: 11001-03-25-000-2010-00264-00 (2217-2010) Demandante: Jorge Eliecer Mustafá Eraso. Demandado: Nación, Procuraduría General de la Nación.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Sentencia T-267 del 7 de marzo de 2000, Corte Constitucional. En este sentido también puede leerse el auto 029A del 16 de abril de 2002, en el que dicha Corporación sostuvo que: «[...] ha de valorarse si la irregularidad observada tiene la capacidad de alterar de manera grave el proceso, tornándolo en



En efecto, este postulado debe ser coherente con el llamado principio de trascendencia que consagra el artículo 310, numeral 1, de la Ley 600 de 2000, aplicable al proceso disciplinario en virtud del artículo 143 de la Ley 734 de 2002, que en su párrafo dispone la incorporación de los principios que, en materia penal, orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación. Esta norma señala sobre el principio en cuestión que «[...] Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento [...]»¹⁷.

De igual forma, ese mismo precepto normativo indica que «no puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica». Así las cosas, para verificar una posible vulneración al debido proceso, se deberá analizar el criterio de la relevancia o de la trascendencia, pues si hubo otra forma de subsanar el vicio que se esgrime, no habrá lugar a declarar la nulidad. Mucho menos habrá lugar a que se estime una afectación sustancial, cuando en la situación irregular han contribuido de forma determinante los sujetos procesales.

En síntesis, la sustancialidad, la afectación material, la relevancia, la contribución de los sujetos procesales y la subsanación de la actuación son algunos de los criterios que, pese a la configuración de una u otra irregularidad, evitan que se considere afectado el derecho al debido proceso y el derecho de defensa, por un vicio que sea capaz de hacer que se anulen los actos administrativos sancionatorios con los que culminan esta clase de procesos.

Hechas estas precisiones, le corresponde a la Sala resolver los subproblemas para saber si los actos acusados desconocieron o no el debido proceso y el derecho a la defensa.

3.1.2 Primer subproblema.

¿La falta de técnica para elaborar el pliego de cargos, pese a que se cumplan los requisitos sustanciales para proferirse esta decisión, constituye un vicio suficiente para que se anulen los actos administrativos disciplinarios?

injusto, es decir, violatorio del debido proceso. En consecuencia, sólo cuando además del vicio procesal se vulnera el fin buscado con la norma, ha de dictarse la nulidad de lo actuado. Por el contrario, cuando la irregularidad no impide la realización efectiva de la función o propósito perseguido por el instrumento procesal, no puede endilgarse de injusto e indebido el proceso. De otra parte, el vicio debe ser trascendente; es decir, que de no haberse producido, otra hubiera sido la evolución del proceso. Por ende, si se incurre en una grave irregularidad en un fallo, pero el fallo de reemplazo debe dictarse en el mismo sentido del anterior, a pesar del defecto es improcedente la nulidad por falta de trascendencia del vicio [...]».

¹⁷ Ley 610 de 2000, artículo 310, numeral 2.



La Sala sostendrá la siguiente tesis:

En el presente caso no se presentó alguna vulneración al derecho de defensa, toda vez que la decisión de cargos cumplió con los requisitos que debe tener una imputación válida.

Para desarrollar este subproblema se hará una exposición de los siguientes temas:

- La imputación válida y su relación con la decisión de pliego de cargos en el derecho disciplinario (3.1.2.1).
- Caso concreto (3.1.2.2).

3.1.2.1 La imputación válida y su relación con la decisión de pliego de cargos en el derecho disciplinario

En el proceso disciplinario, para que los investigados puedan ejercer una defensa adecuada, las autoridades deberán formular un cargo con claridad y altísima precisión. Esta exigencia está contenida en los artículos 162 y 163 de la Ley 734 de 2002, normas que disponen lo siguiente:

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

Artículo 163. Contenido de la decisión de cargos. La decisión mediante la cual se formulen cargos al investigado deberá contener:

1. La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó.
2. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta.
3. La identificación del autor o autores de la falta.
4. La denominación del cargo o la función desempeñada en la época de comisión de la conducta.
5. El análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados.
6. La exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, de conformidad con lo señalado en el artículo 43 de este código.
7. La forma de culpabilidad.
8. El análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales.

Lo anterior indica que la formulación de un cargo no puede ser genérica, ambigua o imprecisa, porque de llegar a confirmarse un reproche formulado en esas condiciones el vicio será todavía mayor. En efecto, si la decisión sancionatoria corrige los vacíos o yerros de la formulación el cargo de manera considerable habrá violación al principio



de congruencia¹⁸; pero si la decisión que resuelve el fondo del asunto corre la misma suerte, el vicio se convertirá en una falsa motivación¹⁹.

Por ello, la Sala considera que todo cargo disciplinario debe responder a lo que la teoría, en otras expresiones del derecho sancionador, ha definido como una «imputación válida»²⁰, frente a la cual se deben observar como mínimo los siguientes requisitos:

- Imputación clara:

«[C]uando el imputado puede comprender cabalmente cuál es la acción que se le atribuye y el resultado que se le recrimina [...]; es necesario formularle una imputación suficientemente asertiva, exenta de ambigüedades que le impidan saber por qué razón se lo investiga [...]».²¹ En materia disciplinaria, la expresión *acción* significa conducta, para comprender tanto la acción como la omisión, mientras que el *resultado* será una cuestión excepcional, si se está en presencia de una falta que lo requiera²².

- Imputación precisa:

Se requiere la exactitud tanto de los aspectos objetivos como subjetivos²³ de la falta disciplinaria, frente a lo cual es necesario puntualidad y rigurosidad. Puntualidad frente a los hechos, en tanto que la rigurosidad se refiere al rol que se le atribuye al imputado para conozca la conducta que se le recrimina²⁴.

- Imputación circunstanciada y específica:

¹⁸ Sobre el principio de congruencia ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. Sentencia del 22 de agosto de 2019. Radicación: 250002342000201402511301 (4785- 2015). Demandante: William Orozco Daza. Entidad demandada: Sena.

¹⁹ En cuanto a la causal de falsa motivación, ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. Sentencia del 26 de septiembre de 2019. Radicación: 11001-03-25-000-2011-00337-00 (1285-2011). Demandante: María Del Rosario Peña Saavedra y otros. Demandado: Nación, Procuraduría General de la Nación y municipio de Santiago de Cali.

²⁰ Seguí, Ernesto. Imputación, Congruencia y nulidad en el proceso penal. Nova Tesis. Editorial Jurídica. Argentina. 2010. p. 20.

²¹ *Ibidem*.

²² «¿todavía podemos atrevernos a decir que el **resultado** nunca será importante para el derecho disciplinario? Desde luego que no, pero siempre que así lo disponga el legislador, para lo cual **dicho resultado se convertirá en un elemento especial del respectivo tipo disciplinario**. Ahora bien, esta consideración —insisto— es excepcional, pues por regla general, para la infracción disciplinaria, únicamente se necesitará el desvalor de acción. De manera muy gráfica: **no es cierto que nunca importe el resultado**, pues en unas faltas disciplinarias así se exige, pero tampoco lo es que toda falta disciplinaria requiera de un resultado o de una consecuencia, pues el fundamento de lo ilícito siempre será —por regla general, subrayo— el desvalor de acción o de conducta». [Negrillas fuera de texto]. Pinzón Navarrete, John Harvey. *La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario: concepto, evolución y criterios teórico-prácticos para su correcto entendimiento*. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez, 2018. pp.197 y 209.

²³ Seguí, Ernesto. Ob. cit. p. 23.

²⁴ *Ibidem*, p. 23.



Relacionada con las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Este es uno de los aspectos más visibles de la imputación disciplinaria (numerales 1 y 2, art. 163 del CDU), pues «resulta impensable una conducta atemporal, inespecial o amorfa»²⁵.

- Imputación integral:

Debe contener todos los elementos que caracterizan el hecho o la conducta, pues la imputación no se satisface con consideraciones parciales, ni con la simple atribución de un rol al sujeto²⁶.

- Imputación propia:

«En el proceso solo se puede imputar a un sujeto los resultados de una acción cuando tuvo el dominio de esta, lo que lo hace responsable por vía causal de aquellos»²⁷. En el proceso disciplinario, se exige que el servidor esté sometido al deber funcional y que este resulte infringido.

- Imputación de una conducta típica:

Es la correspondencia entre los elementos anteriores —que sumados equivalen a la imputación fáctica— con la denominada imputación jurídica, esta última que involucra los aspectos jurídicos más relevantes, como la clase de falta disciplinaria (gravísima, grave, o leve), la naturaleza del tipo (abierto o en blanco), si el comportamiento está relacionado con el cargo, función o servicio y si el precepto normativo contempla o no el resultado como requisito típico²⁸.

Así las cosas, son estos los requisitos sustanciales que deben estar presentes en toda decisión de cargos. Por ende, las imprecisiones formales o, incluso, la falta de técnica para formular un cargo no podrá considerarse como aspectos que desvirtúen una imputación válida.

3.1.2.2 Caso concreto:

El demandante aseveró que se vulneró el derecho a la defensa porque el auto de cargos no cumplió con los requisitos previstos en el artículo 163 de la Ley 734 de 2002.

²⁵ Seguí, Ernesto. Ob. cit. p. 27.

²⁶ «Con acierto puntualiza Vélez Maricondde que el requisito de que la imputación sea integral o completa significa la obligación de comunicar al imputado la totalidad de las circunstancias «jurídicamente relevantes» con el claro designio de que el imputado pueda oponer con eficacia sus medios defensivos a los del cargo». Alfredo Vélez Maricondde, citado por Seguí, Ernesto. Ob. cit. p. 31.

²⁷ Seguí, Ernesto. Ob. cit. p. 44.

²⁸ Pinzón Navarrete, John Harvey. Ob. cit. p. pp. 197 a 209.



Frente a ello, la Sala estima necesario realizar una comparación entre las condiciones que debe tener una imputación válida con aquellos aspectos que hicieron parte del cargo disciplinario formulado al aquí demandante:

| Condiciones de una imputación válida | Aspectos referidos y explicados en el pliego de cargos |
|---|--|
| Imputación clara | Solicitar la suma de doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000) a la particular Maricela María Vergara Angulo y recibir doscientos mil (\$200.000). |
| Imputación precisa | El dinero lo solicitó y recibió el disciplinado, en su calidad de servidor público, como adelanto para llevar a cabo los trámites concernientes al proceso de liquidación de acreencias laborales de la señora Maricela María Vergara. |
| Imputación circunstanciada y específica | El servidor público del Ministerio de la Protección Social solicitó la suma de doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000) y recibió doscientos mil (\$200.000) el 19 de noviembre de 2002, como adelanto por los tramites de liquidación de acreencias laborales. |
| Imputación integral | Solicitar a la señora Maricela María Vergara un dinero indebido. |
| Imputación propia | En su condición de profesional universitario, código 3020, grado 14 de la Dirección Territorial de Sucre del Ministerio de la Protección Social, solicitó a la particular Maricela María Vergara Angulo la suma de doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000) y recibió doscientos mil (\$200.000) como adelanto por llevar a cabo los tramites concernientes al proceso de liquidación de acreencias laborales, producto del despido sin justa causa de la Empresa denominada Mutual Ser. |
| Imputación de una conducta típica | Falta gravísima de acuerdo con el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con la descripción típica del artículo 404 de la Ley 599 de 2000 (concusión). Además se citó la infracción del numeral 3, inciso segundo del artículo 48 <i>ibidem</i> . |

Efectuado el anterior ejercicio comparativo, la Sala no observa alguna vaguedad o falta de claridad del cargo formulado. En efecto, la imputación está tan delimitada y clara que el aspecto central se circunscribió a que el demandante, en su condición de profesional universitario del Ministerio de la Protección Social, le solicitó a una particular un dinero a título de adelanto por realizar los trámites relacionados con la liquidación de sus acreencias laborales. Dicha conducta se adecuó acertadamente a la falta disciplinaria gravísima prevista en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, al realizar objetivamente la descripción típica consagrada en la ley penal como el delito de concusión (artículo 404 de la Ley 599 de 2000).

Ahora bien, aunque en el acápite de normas violadas, también se citó la infracción del inciso segundo del numeral 3 del artículo 48 del CDU, lo cierto es que la conducta que de manera contundente se le reprochó al demandante y frente a la cual se hizo una imputación válida es la que corresponde con la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 1 del artículo 48 *ibidem*.



De esta manera, la mención a otra falta disciplinaria que no hizo parte de la imputación fáctica y frente a la cual tampoco se elevó un reproche distinto, no tiene la entidad suficiente para vulnerar el derecho a la defensa. En efecto, la imprecisión de citar como vulnerado otro tipo disciplinario, frente al cual no se hizo una correcta imputación no afectó la claridad y concreción en cuanto a la conducta por la cual resultó sancionado el demandante, esto es, la falta disciplinaria prevista en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 404 del Código Penal que consagra el punible de concusión.

Así las cosas, pese al yerro simplemente formal en que se incurrió, para la Sala la imputación fue válida, en tanto cumplió con los requisitos sustanciales que se exigen para adoptar esa clase de decisiones, lo cual le permitió al disciplinado ejercer su derecho de defensa y contradicción.

Por otra parte, contrario a lo alegado por el demandante, la providencia de pliego de cargos sí cumplió con los demás requisitos previstos en el artículo 163 de la Ley 734 de 2002. En efecto, la autoridad disciplinaria hizo un análisis de los medios probatorios que fundamentaron el cargo formulado y que hasta ese momento comprometían la responsabilidad del disciplinado. Con todo, no era necesario que la autoridad disciplinaria efectuara una exhaustiva valoración probatoria como se exige al momento de adoptarse la decisión de fondo, ya que le bastaba con explicar en qué pruebas se basaba para imputar la conducta reprochada, como en efecto lo hizo en el acápite denominado «análisis de las pruebas que sustentan el cargo».

Para ello, la Oficina de Control Interno Disciplinario aludió tanto a las declaraciones rendidas por la quejosa, en las que bajo juramento se ratificó de lo denunciado en el escrito de queja, como al documento suscrito por el demandante en señal de haber recibido la suma de doscientos mil pesos (\$200.000). En el mismo acápite de la providencia en mención, se hizo un análisis de los argumentos expuestos por el disciplinado en la diligencia de versión libre, frente a los cuales la autoridad disciplinaria sí se pronunció para indicar que el implicado reconoció haber plasmado su firma y número de cédula en el recibo.

Finalmente, en lo que respecta a la «exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta», basta con señalar que tratándose de los tipos disciplinarios contenidos en el artículo 48 del CDU el legislador previamente los definió como faltas de naturaleza gravísima, por lo que, en el caso analizado, no procedía la exposición de los criterios previstos en el artículo 43 *ibidem*, como equivocadamente lo entendió el demandante.

De esa manera, la Sala constata que la providencia de formulación de cargos sí cumplió con los requisitos sustanciales previstos en el artículo 163 de la Ley 734 de



2002, por lo que las razones presentadas por el apelante no están llamadas a prosperar.

Conclusión: No se presentó alguna vulneración al derecho de defensa, toda vez que la decisión de cargos cumplió con los requisitos que debe tener una imputación para que se pueda considerar como válida. De igual forma, esta se profirió de conformidad con los requisitos sustanciales exigidos en el artículo 163 de la Ley 734 de 2002. En efecto, el disciplinado pudo comprender la conducta atribuida y las razones por las que fue investigado; a partir de dicho conocimiento ejerció su derecho de contradicción y defensa.

3.1.3 Segundo subproblema

¿Se vulneró el derecho al debido proceso del demandante por la configuración de irregularidades ocurridas en el trámite de la actuación disciplinaria?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: En el trámite de la actuación disciplinaria no se vulneró el derecho al debido proceso por cuanto las irregularidades que el demandante esgrimió no constituyeron una irregularidad sustancial capaz de anular los actos demandados.

3.1.3.1 Caso concreto

Esta Subsección observa que no hubo alguna irregularidad sustancial que haga anular los actos administrativos sancionatorios, conforme a las siguientes razones:

- **El ministro de la Protección Social se encontraba facultado para declarar la nulidad de la actuación disciplinaria.**

El apoderado del demandante consideró que la nulidad que declaró la autoridad disciplinaria de segunda instancia vulneró su derecho a la defensa porque esta decisión debió ser decretada por el funcionario de primera instancia.

Al respecto, la Sala constata que mediante auto n.º 468 del 6 de septiembre de 2004 la Oficina de Control Interno Disciplinario del Ministerio del Trabajo profirió el acto sancionatorio de primera instancia²⁹. Dentro del término legal previsto para impugnar la decisión, la defensa técnica del disciplinado allegó un memorial en el que interpuso el recurso de apelación y a la vez solicitó la nulidad del proceso³⁰.

La Oficina de Control Interno Disciplinario concedió el recurso de apelación y ordenó la remisión del expediente al superior. El ministro de la Protección Social profirió la Resolución 004263 del 6 de diciembre de 2004, en la que resolvió no declarar la

²⁹ Folios 331-360 del expediente.

³⁰ Folios 368-375, *ibidem*.



nulidad deprecada³¹. Con fundamento en lo previsto en el artículo 113 de la Ley 734 de 2002³² el defensor interpuso el recurso de reposición, frente al cual el funcionario de la segunda instancia se pronunció, mediante la Resolución n.º 00015 del 7 de enero de 2005 en el sentido de revocar su decisión y declarar la nulidad de lo actuado desde el auto que formuló cargos al disciplinado³³.

Por tanto, los argumentos del apoderado carecen de sustento fáctico y normativo en la medida en que la decisión de nulidad fue proferida por el ministro de la Protección Social y no por la Oficina de Control Disciplinario, porque, para el momento en que fue solicitada, ya se había proferido la decisión sancionatoria de primera instancia. De esta manera, la solicitud de nulidad fue decidida por el funcionario de la segunda instancia, por cuanto en él radicaba la competencia para resolver, en virtud del recurso de apelación instaurado por la defensa del disciplinado.

En todo caso, tampoco se advierte alguna irregularidad por este aspecto en tanto el artículo 144 del CDU le confiere al funcionario de conocimiento la facultad oficiosa para declarar la nulidad de lo actuado, en cualquier estado de la actuación disciplinaria, cuando advierta la existencia de alguna de las causales previstas en la ley. Así las cosas, aun si el disciplinado no hubiera solicitado la nulidad, el ministro de la Protección Social se encontraba facultado para decretarla de oficio, sin que pueda afirmarse alguna falta de competencia para proferir tal decisión.

- **La negativa a decretar las pruebas solicitadas por el disciplinado no se constituyó en una irregularidad sustancial.**

Sobre este asunto se observa que el disciplinado, en el memorial de descargos, solicitó las siguientes pruebas³⁴:

- Que se oficie a la empresa Avianca para que certifique quién es el remitente del correo Deprisa Avianca, guía n.º 1256322855 de agosto 5 de 2002 de la oficina de Sincelejo y quien es su destinatario, cuándo, en dónde y por quién fue recibido.
- Practicar inspección administrativa, en los archivos de la empresa ARS Mutual SER, con el fin de establecer si la abogada Nelly Consuelo Gerena López gestionó el pago de unas prestaciones sociales de la señora Maricela María Vergara Angulo para el año 2002.

³¹ Folios 389-392, *ibidem*.

³² «El recurso de reposición procederá únicamente contra la decisión que **se pronuncia sobre la nulidad** y la negación de la solicitud de copias o pruebas al investigado o a su apoderado, y contra el fallo de única instancia». [Negrilla fuera del texto].

³³ Folios 400-406 *ibidem*.

³⁴ Folio 441-452, *ibidem*.



- Testimonio de la señora Ana Pineda, jefe de recursos humanos de la Empresa ARS Mutual Ser, para que diga quien gestionó ante esa empresa las prestaciones sociales de la señora Maricela María Vergara.
- Testimonio de la señora Marlene Angulo Ortega, madre de la quejosa, para que explique o diga las circunstancias en que le entregó los doscientos mil pesos (\$200.000) al señor Rafael Barrios Acosta.
- Testimonio de la quejosa para que explique nuevamente los hechos materia de su queja.

Al respecto, la autoridad disciplinaria de primera instancia no accedió a la práctica de dichos medios probatorios por varias razones. En primer lugar, porque la verificación de las gestiones realizadas por una abogada ante la Empresa Mutual Ser nada aportaba a la investigación. Lo mismo consideró en relación con el testimonio de la señora Ana Pineda, jefe de recursos humanos de dicha empresa.

En segundo lugar, frente a la declaración de la quejosa sostuvo que la prueba ya obraba en el proceso, pues en tres oportunidades distintas la señora Maricela María Vergara había rendido su testimonio e incluso en una de esas ocasiones, lo había hecho en presencia del disciplinado, por lo que no se veía la necesidad de que rindiera nuevamente su declaración.

Finalmente, señaló que el disciplinado ya había solicitado citar a la madre de la quejosa, pero que no existía claridad en cuanto al nombre de la señora, aunque en todo caso tampoco se advertía cómo su declaración podría cambiar el sentido de la imputación.

Las anteriores fueron razones suficientes para que la autoridad disciplinaria considerara que la prueba solicitada no cumplía con los requisitos de conducencia, pertinencia y necesidad, lo cual se confirmó por el funcionario de segunda instancia al resolver el recurso presentado, quien agregó que la verificación de los trámites adelantados ante la Empresa Mutual Ser no se deducía la ocurrencia de la conducta reprochada.

En efecto, la Sala constata que la finalidad de estas pruebas era demostrar que la abogada Nelly Consuelo Gerena fue quien representó a la quejosa ante la Empresa Mutual Ser y no el investigado. Esta circunstancia ya estaba acreditada en el proceso y, en todo caso, tampoco se advirtió su incidencia frente a la conducta del disciplinado a quien precisamente se le reprochó valerse de su condición de servidor público del Ministerio del Trabajo para inducir a la ciudadana a darle un dinero indebido al demandante.



Cabe reiterar que para poder solicitar la nulidad por violación al derecho de contradicción y defensa se debe constatar que la irregularidad es trascendente, es decir, que de no haberse presentado dicha anomalía los resultados del proceso hubiesen sido diferentes. Esta circunstancia no se advierte acreditada por el demandante en relación con la negativa en acceder a las pruebas antes relacionadas por lo que, en tal sentido, la Sala no encuentra la configuración de una irregularidad sustancial capaz de anular los actos demandados.

Basta con agregar que el demandante tampoco presentó una mínima argumentación en relación con la trascendencia que dichas pruebas tendrían frente al resultado del proceso, por lo que no se advierte que con su negativa se hubiera afectado el núcleo del debido proceso.

- **Al disciplinado se le garantizó el derecho de acceder a la investigación.**

El demandante sostuvo que no se le garantizó el derecho a acceder a la investigación por cuanto el expediente disciplinario se encontraba en la ciudad de Bogotá.

Al respecto, se observa que la autoridad disciplinaria autorizó la expedición de copias en todas las oportunidades que el disciplinado lo requirió; le notificó en debida forma las decisiones adoptadas en el proceso; atendió las solicitudes de nulidad, pruebas y resolvió los recursos interpuestos. En tal forma, esta Subsección constata que el disciplinado, directamente y a través de su defensor, siempre tuvo acceso a la investigación sin que, por el hecho de que el expediente se encontrara en la ciudad de Bogotá, sea dable afirmar que se le negó algún derecho.

En efecto, el demandante no indicó en qué forma la autoridad disciplinaria evitó o le negó el acceso a la investigación. Por el contrario, esta Subsección verificó que, durante el trámite del proceso disciplinario, el implicado siempre estuvo enterado de las diligencias, pruebas y decisiones adoptadas.

Cabe agregar que la Oficina de Control Interno Disciplinario del Ministerio de la Protección Social asumió el conocimiento de la investigación disciplinaria, en virtud de las facultades conferidas en el artículo 34 del Decreto 205 del 3 de febrero de 2003, en el que se dispuso como función de dicha dependencia: «Asumir en cualquier momento y estado en que se encuentren, los procesos disciplinarios que vienen adelantando los Directores Territoriales y que por su connotación o gravedad, se considere procedente por parte de la Oficina de Control Interno Disciplinario».

De esa manera, la Sala encuentra que no existió alguna irregularidad y que, frente a la vulneración del derecho de acceder a la investigación, las aseveraciones del demandante no tienen vocación de prosperar.

- **La defensa técnica no es obligatoria en el proceso disciplinario.**



Al respecto la Sala reitera que la defensa técnica en el proceso disciplinario no opera de la misma manera que en el penal. En efecto, la asistencia de un abogado es una facultad con la que cuenta el investigado, quien en cualquier estado del proceso podrá designar un defensor de confianza que lo represente.

Sobre este asunto, la Corte Constitucional en la sentencia C-328 de 2003³⁵ realizó las siguientes precisiones:

Para resolver esta cuestión es necesario determinar si cuando el artículo 29 de la Constitución dijo que “quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio” estableció una garantía que se ha de extender obligatoriamente a ámbitos diferentes al penal. La jurisprudencia constitucional ya se ha pronunciado acerca del problema planteado. La exigencia constitucional de la defensa técnica ha sido circunscrita al proceso penal y no se tiene siempre que extender a otro tipo de procesos, aunque el legislador puede en ejercicio de su potestad de configuración extenderla. Es así como en la sentencia C-131 de 2002 la Corte resolvió declarar exequible una expresión del artículo 42 de la Ley 610 de 2000 que establecía que la defensa técnica del implicado en un proceso de responsabilidad fiscal era facultativa. **En esta sentencia, la Corporación consideró que el artículo 29 de la Constitución no ordena la defensa técnica en procesos que no son de naturaleza penal.** En palabras de la Corte,

“A diferencia del alcance ilimitado de la cláusula general contenida en el inciso primero, el constituyente circunscribió el alcance de algunos de los principios que integran el debido proceso. Lo hizo, por ejemplo, en el inciso segundo al referir expresamente que lo allí indicado rige en materia penal. Lo expuesto es relevante porque entre los contenidos del derecho al debido proceso cuya cobertura ha sido circunscrita a la materia penal se encuentra precisamente el derecho a la defensa técnica, esto es, aquella que se dinamiza con el concurso de un apoderado que concurre al proceso para defender los intereses del investigado. Así, el artículo 29 del Texto Fundamental, después de consagrar para la materia penal el principio de favorabilidad, aborda varios principios y, tras la alusión al principio de presunción de inocencia, afirma que “Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él durante la investigación y el juzgamiento”. Nótese cómo la asistencia de abogado durante la investigación y el juzgamiento se presta al sindicado, esto es, al sujeto pasivo de la acción penal. De igual manera, al indicar que esa asistencia debe prestarse durante la investigación y el juzgamiento, el constituyente tiene en cuenta la estructura básica del proceso penal mixto con tendencia acusatoria por él consagrado. También se advierte que la referencia constitucional al derecho de defensa técnica le imprime a la defensa el carácter de una pretensión contraria a la acusación, pretensiones éstas promovidas por partes opuestas y sujetas a la decisión de un juez superior e imparcial.

De lo dicho se infiere que la exigencia de la defensa técnica como derecho fundamental ha sido circunscrita por el constituyente al proceso penal y ello es comprensible pues la responsabilidad penal

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-328 de 29 de abril de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.



involucra la afectación directa de derechos fundamentales - piénsese por ejemplo, en la privación de la libertad permitida para muchos delitos, ya como pena, ya como medida de aseguramiento -, circunstancia que conduce a que se intensifiquen al máximo las garantías contenidas en el debido proceso puesto que se trata de dotar al ciudadano de las herramientas que requiera para colocarse en una situación de equilibrio ante el ejercicio del poder más drástico de que es titular el Estado. De allí también por qué, aparte del derecho a la defensa técnica, muchas de las garantías que amparan al ciudadano ante el ejercicio del poder punitivo hayan sido configuradas directamente por el constituyente pues se alienta el propósito de limitar un poder que históricamente se ha prestado al desconocimiento de los atributos inherentes al ser humano.

De lo expuesto se deduce, entonces, que la exigencia constitucional de defensa técnica ha sido circunscrita por el constituyente al proceso penal y no se ha extendido a otro tipo de procesos como es el caso del proceso de responsabilidad fiscal [...].”

En otra sentencia, la Corte Constitucional abordó indirectamente esta misma cuestión cuando declaró exequible una norma que decía que el procesado disciplinariamente podría designar un apoderado “si lo estima necesario”. De dicho fallo se deduce **que el derecho a la defensa técnica no está constitucionalmente ordenado en el campo del derecho sancionatorio disciplinario.**

[Negrillas fuera de texto]

De esta manera, los argumentos del apoderado del demandante en cuanto a la vulneración al debido proceso por el hecho de que el disciplinado no contó con la asistencia de un defensor en la versión libre no pueden ser de recibo.

Al respecto, quedó visto que la asistencia técnica no es un imperativo en el proceso disciplinario. En lo que respecta a la vulneración del derecho a la defensa en la diligencia de versión libre, basta con verificar que la autoridad disciplinaria le hizo saber al demandante su derecho a estar asistido por un profesional del derecho, frente a lo cual, este manifestó: «es una declaración libre de apremio y juramento, hasta ahora no veo la necesidad de estar asistido».

De esa manera el investigado ejerció su defensa directamente hasta que se notificó del auto proferido el 6 de septiembre de 2004, por el cual se emitió la decisión sancionatoria de primera instancia que fue objeto de la declaratoria de nulidad por el funcionario de la segunda instancia. A partir de este momento, el señor Barrios Acosta estuvo asistido por su defensor de confianza quien intervino de manera activa en los actos subsiguiente del proceso disciplinario hasta su culminación.

Conclusión: En el trámite de la actuación disciplinaria no se vulneró el derecho al debido proceso por cuanto las irregularidades que el demandante esgrimió no se configuraron y en cuanto a la negativa de pruebas, tal determinación no se no constituyó en una irregularidad sustancial capaz de anular los actos demandados.



3.2 Segundo problema jurídico.

¿Los actos administrativos sancionatorios fueron proferidos con falsa motivación por cuanto la valoración probatoria no fue adecuada?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: La valoración probatoria realizada por las autoridades disciplinarias se hizo de manera integral y conforme a las reglas de la sana crítica.

Para desarrollar este subproblema se hará una exposición de los siguientes temas:

- La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos (3.2.1.).
- Elementos del tipo objetivo del delito de concusión, contenido en el artículo 404 del Código Penal (3.2.2)
- Control de la valoración probatoria de una actuación disciplinaria por la jurisdicción de lo contencioso administrativo (3.2.3).
- Caso concreto (3.2.4).

3.2.1 La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos.

El vicio de falsa motivación se configura cuando las razones invocadas en la fundamentación de un acto administrativo son contrarias a la realidad. Sobre el particular la jurisprudencia de esta Subsección indicó³⁶:

Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado [...]

Así las cosas, el vicio de nulidad aparece demostrado cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de tres eventos a saber:

- Cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados;

³⁶ C.E. Sec. Segunda. Subsec. A. Sent. 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218-12), mar. 17/2016.



- Cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración, los que habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta.
- Por apreciación errónea de los hechos, «de suerte que los hechos aducidos efectivamente ocurrieron, pero no tienen los efectos o el alcance que les da el acto administrativo [...]».³⁷

En lo que respecta a los actos administrativos disciplinarios, una causal de falsa motivación podría estar relacionada con la valoración probatoria que se haga de la respectiva conducta o con el entendimiento y acreditación de cualquiera de las categorías que conforman la responsabilidad disciplinaria, esto es con la tipicidad, ilicitud sustancial o la culpabilidad. Allí converge tanto la imputación fáctica como la imputación jurídica, formuladas en cada proceso, por lo cual resulta indispensable analizar la realidad de lo sucedido con las pruebas obrantes en el proceso.

Por tanto, si conforme a las pruebas los hechos no se pudieron «acreditar debidamente», es necesario que la autoridad disciplinaria reconozca la duda a favor del investigado. En la Ley 734 de 2002, tal proceder está contenido el artículo 9, que dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 9o. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado.
Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla.

3.2.2 Elementos del tipo objetivo del delito de concusión contenido en el artículo 404 del Código Penal.

El artículo 404 del Código Penal (Ley 599 de 2000) dispone lo siguiente:

ARTICULO 404. CONCUSION. <Ver Notas de Vigencia en relación con el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011> <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de [...]

³⁷ BERROCAL GUERRERO, *op. cit.*, p. 550. Este autor en cuanto a la apreciación errónea de los hechos también agrega: «o no corresponde a los supuestos descritos en las normas que se invocan».



Con apoyo de la doctrina penal³⁸, los elementos del tipo objetivo³⁹ de este delito son los siguientes:

- Sujeto activo: servidor público, que conforme al artículo 123 de la Constitución Política de Colombia, puede ser, entre otros, un trabajador del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
- Sujeto pasivo: el Estado.
- Verbo rector: Constreñir, inducir o solicitar. El primero significa obligar o hacer presión sobre alguien con una finalidad determinada. El segundo, persuadir, convencer, llevar a alguien a la idea de algo. El tercero, que es solicitar, hace referencia a una petición expresa.
- Objeto jurídico y antijuridicidad material: la administración pública, concretamente su componente denominado instituto funcional⁴⁰.
- Objeto material: la persona a quien se le hace la exigencia o la solicitud, o a quien se induce a la entrega o a la promesa.
- Ingrediente normativo: entrega o promesa de dinero, o cualquier otra utilidad indebida.
- Otros ingredientes normativos que son comunes con otros tipos, pero que también los diferencia de otras conductas punibles: abuso del cargo o las funciones. Frente a la primera posibilidad, podría haber, por ejemplo, un concurso aparente con el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto⁴¹, pero ello se resuelve con el principio de subsidiariedad, pues este punible refiere expresamente «fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles». En cuanto a lo segundo, los ingredientes «abuso del cargo o las funciones» hacen que el delito de concusión sea diferente a figuras delictivas como, por ejemplo, la extorsión⁴².

³⁸ GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Delitos contra la administración pública. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (Colombia). Año 2008. pp. 217 a 239.

³⁹ En derecho penal, toda descripción típica tiene un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo. Este último, considerado como tipo subjetivo, se refiere al dolo, la culpa o preterintención y a los demás elementos anímicos y subjetivos.

⁴⁰ La Administración Pública, como bien jurídico objeto de protección en el derecho penal, estaría conformada por cuatro institutos diferentes: 1) instituto personal; 2) Instituto funcional; 3) Instituto jurídico y 4) Instituto real. GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Delitos contra la administración pública. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (Colombia). Año 2008. pp. 65 a 73.

⁴¹ Artículo 416 del Código Penal: «ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO. El Servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público».

⁴² ARTICULO 244. EXTORSION. <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 733 de 2002. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto



Ahora bien, en cuanto a la coacción, como modalidad del constreñimiento, esta misma doctrina⁴³, acudiendo a la jurisprudencia⁴⁴, ha explicado lo siguiente:

La Corte ha señalado que existe una modalidad de concusión que puede llamarse **implícita por cuanto el sujeto activo usa medios que, aparentemente no envuelven coacción, pero los emplea de tal forma que el sujeto pasivo se siente intimidado y teme que si no hace u omite lo que el funcionario pretende puede resultar un perjuicio en su contra**. En tales oportunidades, se evidencia en el comportamiento de la víctima está determinado por el *metus publica potestatis*, es decir, el temor o la perturbación que en su ánimo produce el poder del funcionario. Sin embargo, tiene que haber en el comportamiento de este algo que ponga de presente **que está usando su autoridad** para determinados fines reñidos con la función pública que desempeña. En otras palabras: que está presionando a la víctima en determinado sentido y por medio de encubiertas amenazas de usar en contra de ésta **la potestad de la que está investido** [...].

Así mismo en decisión del 22 de octubre de 1996, la Corte Suprema se pronunció sobre este punto:

De conformidad con lo probado el sujeto agente “solicitó” dinero de un particular, **sin formular expresamente amenaza o ejercer coacción alguna**, descartándose por ende la realización de las restantes conductas alternativas que el tipo legal recoge, hecho que permite identificar su comportamiento con la doctrinaria denominada **concusión implícita**, según el cual, **dado el poder que el agente detenta**, la petición indebida se supone obligatoria para la víctima por la posibilidad de recibir un perjuicio en el evento de no acceder a lo pretendido *metus publica potestatis*. [Negrillas fuera de texto].

Sobre la diferencia entre el cargo y las funciones del delito de concusión, la Corte Suprema de Justicia sostuvo en otro pronunciamiento lo siguiente⁴⁵:

Al respecto, **resáltese que el abuso del cargo y de las funciones públicas son categorías diversas** cuya realización se presenta al margen de que la arbitrariedad se vea reflejada en una decisión ilegal. De tal forma que **basta con que el sujeto activo aproveche indebidamente su vinculación al servicio público** o desborde sus funciones, para atemorizar al particular con miras a alcanzar la utilidad indebida. Sobre el tema, tiene dicho esta Sala que:

El abuso del cargo inherente al delito de concusión exige que el agente “haga sobresalir ilícitamente la calidad pública de que está investido [...] para atemorizar al particular y conseguir sus propósitos, es decir, aprovecha indebidamente su vinculación legal o reglamentaria con la administración pública

modificado y con las penas aumentadas es el siguiente:> El que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito o cualquier utilidad ilícita o beneficio ilícito, para sí o para un tercero, incurrirá en prisión de ciento noventa y dos (192) a doscientos ochenta y ocho (288) meses y multa de ochocientos (800) a mil ochocientos (1.800) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

⁴³ GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Ob., cit. p. 301

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de octubre de 1996.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicación 46794 (02-11-2016) M. P. Patricia Salazar Cuéllar. Sentencia del 2 de noviembre de 2016.



y sin guardar relación con sus funciones consigue intimidar al ciudadano a partir de su investidura oficial, a fin de obtener de este una prebenda no debida.

Por su parte, el abuso de las funciones públicas que también corresponde al delito de concusión, está determinado por el desvío de poder del servidor público, quien desborda sus facultades regladas, restringe indebidamente los límites de éstas o pervierte sus fines, esto es, la conducta abusiva tiene lugar con ocasión del ejercicio funcional o en relación con el mismo. (CSJ SP 10 nov. 2005. Radicado 22333) [Negrillas fuera de texto].

Y en una providencia más reciente, la alta corporación se refirió a todos los elementos del delito de concusión así:

En efecto, según lo ha señalado la jurisprudencia, dicho comportamiento precisa de: a) Sujeto activo calificado; b) **abuso del cargo o de las atribuciones**; c) la ejecución de cualquiera de los verbos: constreñir, **inducir o solicitar un beneficio o utilidad indebidas**; y d) relación de causalidad entre el acto del servidor público y la entrega o promesa de dar el dinero o la utilidad indebidos.

a. El sujeto activo debe ser un servidor público que **abuse del cargo o de sus funciones**. Tiene lugar cuando al margen de los mandatos constitucionales y legales concernientes a la organización, estructura y funcionamiento de la administración pública, constriñe, induce o solicita a alguien dar o prometer una cosa.

La arbitrariedad puede referirse solamente al cargo del que está investido, caso en el cual es usual su manifestación a través de conductas por fuera de la competencia funcional del agente, posición aceptada por la jurisprudencia atendiendo la incontrovertible ofensa sufrida por la administración pública. En suma, es susceptible de realización por los servidores públicos que en razón de su investidura o de la conexión con las ramas del poder público, pueden comprometer la función de alguna forma.

Cualesquiera sea la modalidad ejecutada por el autor, es indispensable que la víctima actúe determinada por el temor derivado de fuerza moral (constreñimiento) que infunde idóneamente el funcionario en razón de su investidura oficial o por la inducción a entregar determinada dádiva.

b. Constreñir es obligar, compeler o forzar a alguien para que haga algo. Es ejercitar con violencia o amenazas presión sobre una persona alterando el proceso de formación de su voluntad, sin eliminarla, determinándola a hacer u omitir una acción distinta a la que hubiese realizado en condiciones diversas. Puede revelarse a través de palabras, actitudes o posturas, la ley no exige una forma precisa de hacerlo.

Inducir es instigar o persuadir por diferentes medios a alguien a que efectúe determinada acción; y solicitar es pretender, pedir o procurar obtener alguna cosa. El resultado se obtiene por medio de un exceso de autoridad que va oculto, en forma sutil, en el abuso de las funciones o del cargo; el sujeto pasivo se siente intimidado, cohibido porque si no hace u omite lo pedido, puede resultar perjudicado por el agente.

El constreñimiento tiene lugar por el uso de medios coactivos que subyuguen el consentimiento del sujeto pasivo, o con el uso de amenazas abiertas mediante un



acto de poder en procura de conseguir la entrega o promesa de dar lo ilegalmente pretendido por el autor de la concusión.

Es necesaria la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, esto es, la administración pública, la cual será efectivamente vulnerada o amenazada con el acto ilegal de constreñir, inducir o solicitar, por resultar resquebrajada su estructura y organización, generando en la colectividad la sensación negativa de deslealtad, improbidad y deshonestidad, contraria a sus principios y fines constitucionales.

Para su consumación basta con la exigencia, no requiere que el desembolso se cause, o que efectivamente se prometa la entrega del objeto o la dádiva, por tratarse de un punible de mera conducta.

c. Por promesa se concibe el ofrecimiento de un beneficio futuro. El dinero o la utilidad deben ser indebidos, esto es, no tener causa o título legítimo alguno.

Tanto la promesa como la entrega de dinero pueden tener como destinatario al propio funcionario o a un tercero, particular o servidor público.

Es presupuesto indispensable del delito de concusión que pueda deducirse, además de los elementos referidos, **el abuso del cargo o de las funciones**, esto es, que el servidor se margine de las normas constitucionales y legales que rigen su función, a las cuales debe obediencia, es decir, aquellas que organizan y diseñan estructural y funcionalmente la administración pública (2).

El agente actúa en un plano de superioridad derivado de su cargo o funciones públicas, respecto de la víctima, **con base en el cual le solicita, la induce** o constriñe a darle o prometerle una prestación que no debe.

[Negrillas fuera de texto].

A partir de lo expuesto, la Sala considera que es útil destacar las siguientes características de este punible:

- La conducta se puede cometer por constreñir, inducir o solicitar a alguien la entrega o promesa de dinero, o cualquier otra utilidad indebida.
- Este comportamiento delictivo puede tener lugar por abusar del cargo o de las funciones. Uno y otro concepto son autónomos y diferentes.
- Existe una modalidad implícita de la concusión, soportada en la figura del *metus publica potestatis*, que significa el temor o la perturbación que en su ánimo produce el poder del servidor público de la falta.

En el derecho disciplinario, por razón de lo ordenado en el numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, estos requisitos tendrán que observarse cuando sea necesario imputar el delito de concusión, situación en la cual el abuso del cargo o de las funciones tienen una amplitud todavía mayor.



3.2.3. Control de la valoración probatoria de una actuación disciplinaria por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En la sentencia de unificación de 9 de agosto de 2016 proferida por la Sala Plena de esta Corporación, referida en el acápite de las cuestiones previas a resolver en esta sentencia, se definió que la interpretación normativa y la valoración probatoria hechas en sede disciplinaria son controlables judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley.

De esta manera, la integralidad que se predica del control de legalidad que ejerce esta jurisdicción especializada, sobre las decisiones sancionatorias, debe entenderse en el sentido de que el operador judicial se encuentra plenamente investido de la facultad de evaluar la situación fáctica y jurídica sometida a su estudio, sin ninguna restricción, toda vez que solo a partir de una ponderación objetiva y razonable de los medios de prueba puede decirse que el acto administrativo de carácter disciplinario se encuentra debidamente motivado.

El Título VI del Libro IV de la Ley 734 de 2002⁴⁶ señala los principios y reglas aplicables en materia probatoria para los procedimientos disciplinarios; estos se constituyen en la guía del control judicial de la valoración de las pruebas que fundamentan la decisión sancionatoria que se demande. De lo anterior se resalta que, según el artículo 141 *ibidem*, los medios de prueba que se recauden en el trámite sancionatorio deben apreciarse integralmente, de forma conjunta, y de acuerdo con las reglas de la sana crítica; asimismo, que toda decisión motivada debe tener la exposición razonada del mérito de las pruebas en que se fundamenta.

De conformidad con lo precedente, en sede judicial, a la luz de criterios de la lógica y de la experiencia⁴⁷, corresponde hacer una estimación del grado de solidez o de peso de las inferencias probatorias empíricas realizadas por la autoridad disciplinaria, para verificar si estas permiten afirmar que las premisas o elementos de juicio que avalaron la hipótesis o las conclusiones fácticas que fundamentaron la decisión sancionatoria, son ajustadas a la realidad.

Para la Sala, la sana crítica está edificada con los criterios de la lógica, el uso de la ciencia y de la técnica, y las reglas de la experiencia. Respecto de la lógica, podemos destacar, entre otros, el principio de razón suficiente. En cuanto a la ciencia y la técnica, ello está asociado con las opiniones, estudios y dictámenes de los expertos en determinadas materias. A su vez, las reglas de la experiencia pueden ser individuales y colectivas, como también pueden ser construidas por conocimientos

⁴⁶ L. 734/2002, arts. 128-142.

⁴⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Sexta edición. Tomo I. Bogotá: Temis, 2017, p. 88.



públicos y privados.⁴⁸ Una regla de la experiencia plena es la que tiene en cuenta tanto lo colectivo como lo público.⁴⁹ Estas pueden acreditarse por cualquier fuente de conocimiento, sin que sea necesario una prueba o cierta formalidad.⁵⁰

Así las cosas, una adecuada valoración probatoria estará sustentada en los criterios objetivos y racionales antedichos, con los cuales se podrá formar el convencimiento de que determinado servidor público cometió cierta falta disciplinaria, con lo cual se hará merecedor a las sanciones que previamente haya fijado el legislador.

3.3.3 Caso concreto

El demandante sostuvo que los actos demandados se expidieron con falsa motivación porque la valoración probatoria no fue adecuada y las pruebas del proceso no demostraron la incursión en la falta endilgada.

Al respecto, la Sala destaca que la investigación disciplinaria adelantada en contra del demandante tuvo su origen en la queja instaurada⁵¹ ante la Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo el 6 de marzo de 2003, por la señora Maricela Vergara Angulo quien denunció los siguientes hechos:

[...] me suspendieron el contrato laboral el 30 de junio de 2002, me acerqué aquí ante esta oficina para que me asesoraran, le expliqué el caso al secretario y él me llevó donde el doctor Rafael Barrios, desde ahí se comenzó a tramitar lo de mi liquidación [...] le traje toda la documentación que él me pidió y hasta le firmé un poder ya que la cuenta ósea la liquidación que él sacó no coincidía con la que la empresa me envió, según me cuenta ha hablado allá en Cartagena con abogado y la dra. Ana Pineda jefe de recursos humanos y llegaron a un acuerdo consignarme los \$2260.000 que considera la empresa [...] el dr Barrios se ha comunicado con ellos y no se ha podido llegar a un acuerdo [...] procedí a darle autorización al doctor Barrios para que coloque una demanda [...] me acerqué nuevamente acá a la oficina de él y manifiesta que todavía no ha redactado la demanda que viniera otro día [...] lo he estado llamando y nunca está en la oficina y hoy 6 de marzo vine a hablar con él y tampoco se encuentra por lo cual me dirigí a donde la secretaria y le comenté el caso y es por eso que le escribo para ver qué solución me da. Además, le entregué \$200.000 como adelanto.

Lo anterior fue ratificado y ampliado por la quejosa, en declaración rendida bajo juramento, en la que expuso lo siguiente⁵²:

«[...] me dirigí hasta estas instalaciones y en primera instancia fui atendida por el señor Juvenal Manjarrez, quien me envió a la Oficina del Dr. Barrios para que me asesorara. El Dr. Rafael Barrios me asesoró, pero me dijo que tenía que traerle el

⁴⁸ Coloma Correa, Rodrigo; y Agüero San Juan, Claudio. LÓGICA, CIENCIA Y EXPERIENCIA EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. Revista Chilena de Derecho, vol. 41, n.º 2, pp. 673 – 703. 2014.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Parra Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Librería ediciones del Profesional LTDA. Décima sexta edición. Bogotá. 2008. pp. 96 y 97.

⁵¹ Folio 1-2 del expediente disciplinario.

⁵² Folios 12-14, *ibidem*.



contrato de trabajo, la carta de despido, la liquidación de la empresa [...] cuando le traje la documentación me dijo que la liquidación me daba más de \$6.000.000 y la empresa me estaba liquidando \$2.200.000. También me dijo que él me había enviado una carta a la empresa en la que le adjuntaba la liquidación de lo que me debía pagar, tengo conocimiento que la empresa envió a un abogado para llegar a una conciliación [...] Yo no estuve de acuerdo con esa cantidad [...] en el mes de noviembre de 2002 la empresa me consignó los \$2.200.000, cuando él se enteró me llamó a la casa de mi suegra y **me dijo que le diera en adelanto la suma de \$250.000, pero solamente le entregué \$200.000.** Esa cantidad se la entregó mi madre por autorización mía. Yo había enviado primero a mi hermana a la casa de él para que le entregara el dinero, pero como él no estaba, le dejó la razón de que fuera a la casa de mi mamá. **Cuando él fue en la noche a buscarla, ella se la entregó y lo hizo que firmara el recibo que yo previamente había elaborado.** Al día siguiente él me llamó y me dijo que por qué lo había puesto a firmar, que él era una persona honesta y que él no le robaba nada a nadie. Que con ese dinero personalmente iría a Cartagena a tratar de buscar la solución [...]. Cuando recibí los \$2.200.000 le pedí que presentara la demanda para cobrar el excedente, pero me dijo en diciembre de 2003 que no podía presentar la demanda porque los Juzgados salían de vacaciones, motivo por el cual regresé en varias ocasiones por el mismo asunto y siempre me decía que todavía no había hecho el poder [...]. Luego, cuando consulté el caso con un abogado me informó que el Dr. Barrios no tenía por qué estar pidiéndome dinero porque era servidor público [...] quiero aclarar que en un principio creía que todas las gestiones que se estaban adelantando eran a través de este Ministerio y no a través de ninguna persona extraña [...].

Anexo a la queja, la señora Maricela Vergara adjuntó la copia del documento del 19 de noviembre del 2002⁵³, en el cual consta la firma del demandante y en la que se observa la siguiente manifestación:

YO RAFAEL BARRIOS ACOSTA identificado con cédula de ciudadanía N° 19.446.840 de Bogotá D.C hago constar mediante este documento que recibí la suma de \$200.000 de la señora MARICELA VERGARA ANGULO como adelanto de lo que me corresponde por llevar a cabo el proceso de liquidación.

Para constancia se firma el día 19 de noviembre del presente año.

El 15 de octubre de 2003, nuevamente la quejosa rindió su testimonio en el que reiteró los hechos que fueron expuestos en las diligencias anteriores. En esta oportunidad, la quejosa agregó que siempre pensó que el señor Rafael del Cristo Barrios era abogado. Además, indicó que la solicitud de los doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000) la hizo el servidor público «como adelantó del 30% de la plata que supuestamente me consignaban [...] hablé con mi esposo y él me dijo, no les de los \$250.000 pesos sino dale 200 mil, mi hermana fue a su casa con el dinero pero él no estaba, como ya era tarde yo se los dejé donde mi mamá y le dejé dos constancias donde decía que me firmara esas dos cartas antes de entregarle la plata como constancia de que yo le

⁵³ Folio 3, *ibidem*.



entregaba esos 200 mil pesos como adelanto y me dice mi mamá que a él como que no le gustó [...]»⁵⁴.

Ante la contundencia de las anteriores pruebas, la autoridad disciplinaria tuvo por demostrado que el señor Rafael del Cristo Barrios Acosta, abusando de su condición de profesional universitario del Ministerio del Trabajo, le solicitó a la señora Maricela Vergara un dinero indebido, lo que en efecto se efectuó con la entrega de la suma de doscientos mil pesos (\$200.000) que esta le entregó, según consta en el recibo suscrito por el implicado el 19 de noviembre de 2002. Por este comportamiento, se le endilgó al demandante la incursión en la falta disciplinaria gravísima descrita en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el tipo penal de concusión.

En efecto, en las distintas declaraciones que rindió la señora Maricela Vergara Angulo su dicho fue consistente y coherente en cuanto al hecho de haber acudido a la Oficina del Ministerio del Trabajo con el fin de recibir la asesoría en relación con un caso de despido, frente al cual el funcionario Rafael del Cristo Barrios Acosta fue quien la atendió y le manifestó que realizaría los respectivos trámites ante su empleador, para lo cual le pidió un dinero que ella le entregó a título de adelanto.

En las declaraciones de la quejosa se observó un relato contextualizado y preciso en cuanto a la forma en que el servidor público le brindó la asesoría por la que, posteriormente le solicitó la suma de doscientos cincuenta mil pesos, de los cuales está demostrado que ella le entregó doscientos mil (\$200.000), con la convicción de que dicho funcionario le adelantaría las gestiones necesarias para obtener la liquidación y el pago de sus acreencias laborales.

Nótese que la conducta del servidor público constituyó un claro abuso del cargo de profesional universitario que el demandante desempeñaba en el Ministerio del Trabajo. De la misma manera, no existe ninguna duda en cuanto a que el funcionario, a través de engaños, le solicitó a la señora Maricela Vergara un dinero que claramente era indebido en tanto no tenía una causa o título legítimo alguno.

Ahora, aunque el señor Rafael del Cristo Barrios Acosta, en la diligencia de versión libre, negó las acusaciones de la quejosa, para la Sala sus explicaciones no se observan verosímiles en cuanto a las razones por las que firmó un documento como señal de haber recibido el pago de doscientos mil pesos. Al respecto, el demandante manifestó:

[...] si bien es mi letra y aparece en el citado folio, se está magnificando sobre un hecho que no tiene ni el más mínimo o menor atisbo de que le hubiera recibido la suma de \$200.000 pesos a la señora Maricela Vergara, por lo siguiente. No sé qué intención guardaba la señor Maricela y si fue ella o el doctor Tobías quien extraordinariamente, en forma ligera concluyeron que se trataba de una gestión personal y de forma ilícita, la razón principal por la que aparece allí mi letra es un

⁵⁴ Folios 68-71 *ibidem*.



favor que estaba haciendo en forma muy desprevenida a la doctora Consuelo Gerena López y yo en ese momento haciendo ese favor era solamente un simple y llano depositario de ese favor y afirmo esto porque la señora Maricela Vergara y la doctora Consuelo Gerena supongo que se pusieron de acuerdo para el pago o cancelación de su trabajo profesional; porque la doctora Consuelo Gerena me pidió el favor de que le recibiera ese dinero a la señora Maricela Vergara Angulo, puesto que ya ellas lo habían acordado y se lo trajera a la ciudad de Sincelejo y que ella pasaría por mi oficina a recibir, como en efecto procedí [...].

Para la Sala carece de credibilidad la versión dada por el disciplinado en cuanto a que estaba sirviendo como un simple intermediario para recibir el dinero que la quejosa le estaba enviando a la abogada Consuelo Gerena. De ser esto cierto, no se encuentra alguna explicación para que un servidor público hubiera firmado un documento sin percatarse de su contenido por las implicaciones que ello podría significarle en su condición de funcionario del Ministerio del Trabajo. Tampoco es comprensible que para el señor Barrios Acosta no fuera evidente la manifestación allí contenida de estar recibiendo la suma de doscientos mil pesos «de la señora MARICELA VERGARA ANGULO como adelanto de lo que me corresponde por llevar a cabo el proceso de liquidación».

Carece de lógica al tenor de las reglas de la experiencia, que para que una persona del nivel profesional del demandante —administrador público con estudios en derecho— haya firmado un documento para confirmar el recibido de un dinero, que según él no le pertenecía, pero que, conforme a lo allí expresado, obedecía al pago por llevar a cabo un proceso de liquidación.

En cambio, para la Sala las declaraciones de la quejosa sí gozan de toda la credibilidad por la verosimilitud de su dicho, en cuanto a que recibió una asesoría de un funcionario del Ministerio del Trabajo, que este le solicitó distintos documentos relacionados con el trámite de la liquidación de sus acreencias laborales; le hizo firmar un poder y la llevó a creer que era él quien se encargaría de gestionar los trámites con su antiguo empleador, para finalmente solicitarle un dinero como pago por las gestiones realizadas.

Así las cosas, es una interpretación errada del recurrente afirmar que la valoración de las pruebas no fue integral y conforme a las reglas de la sana crítica, así como tampoco le asiste razón en cuanto a que por el hecho de existir dos versiones distintas de los hechos —la de la quejosa y la del demandante— entonces se configuró una duda razonable que debió resolverse a su favor.

En efecto, las alegaciones ofrecidas en la versión libre rendida por el disciplinado fueron estudiadas por la autoridad disciplinaria, con el fin de efectuar un análisis integral y en conjunto con el acervo probatorio. Dicha valoración arrojó como resultado, la convicción de que las aseveraciones de la quejosa ofrecían toda la credibilidad, no



así la versión dada por el demandante, quien rindió unas explicaciones forzadas y poco probables.

Ahora, aunque es cierto que al proceso se allegó un poder conferido por la quejosa a la señora Nelly Consuelo Gerena, esto quedó explicado con el dicho de la señora Maricela Vergara Angulo en cuanto a que sí firmó un poder, pero que no supo con exactitud a nombre de quien lo hizo, aunque ella siempre tuvo la convicción de que era el señor Rafael del Cristo Barrios quien estaba tramitando la liquidación de sus acreencias laborales, justamente por el cargo que desempeñaba en el Ministerio del Trabajo.

En suma, para esta instancia, los testimonios y documentos allegados al proceso fueron suficientes para tener por demostrada la realización de la falta y la responsabilidad del demandante. Corolario de lo anterior, la Sala observa que la valoración de las pruebas efectuada por la entidad demandada fue integral y conforme a las reglas de la sana crítica.

Conclusión: La valoración probatoria efectuada por las autoridades disciplinarias que expidieron los actos disciplinarios demandados fue acertada, con lo cual se demostró que el señor Rafael del Cristo Barrios Acosta realizó la descripción típica del delito de concusión, comportamiento que conforme a lo preceptuado en el numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 significó la realización de una falta disciplinaria gravísima.

DECISIÓN DE ÚNICA INSTANCIA

Al no encontrarse probada ninguna de las causales de nulidad endilgadas en contra de los actos acusados, conforme a lo expuesto en precedencia, la Subsección denegará las súplicas de la demanda.

Condena en costas

Toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el presente caso, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección «A», administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA



Primero: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por Rafael del Cristo Barrios Acosta en contra del Ministerio del Trabajo, por lo expuesto en la motivación de esta sentencia.

Segundo: Sin costas por lo brevemente expuesto.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en la plataforma del Consejo de Estado denominada «SAMAI».

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firma electrónica

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firma electrónica

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firma electrónica

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.