ACTUACIÓN DISCIPLINARIA - Marco normativo

De conformidad con la Ley 734 de 2002, la actuación disciplinaria se desarrolla en garantía de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción. Según lo previsto en el artículo 6 *ibidem* este tipo de actuación debe ser seguida observando formal y materialmente las normas que determinan la ritualidad del proceso. Ahora bien, a efecto de garantizar el debido proceso, el juzgador ha de tener en cuenta, entre otras garantías, la de presunción de inocencia, consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política y la buena fe, que se debe presumir tanto de las actuaciones de los particulares como la de las autoridades públicas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 83 de la norma superior. Ahora bien, el artículo 1 constitucional consagra que Colombia es un Estado Social de Derecho que se funda, entre otras cosas, en la prevalencia del interés general sobre el particular y esta primacía es la que llevó a que el demandante asegurara que su actuar estaba amparado por la causal de exclusión de responsabilidad prevista en el artículo 28, numeral 2 de la Ley 734 de 2002… La conducta por la que fue investigado y sancionado el demandante es la descrita en el artículo 35, numeral 1, de la Ley 734 de 2002, en cuanto se desconoció la previsión contenida en el artículo 39, inciso 3, de la Ley 80 de 1993.

**DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Garantía**

El demandante hizo consistir el cargo por violación al debido proceso en que su actuar estuvo amparado por el principio de buena fe, pues, dentro de su interpretación jurídica, consideró que estaba cumpliendo un deber legal, que no estaba quebrantando ninguna disposición y que podía dar prioridad a la construcción de la red de acueducto en el tramo indicado, y que, de ese modo, priorizaba el interés general; asimismo, adujo falta de tipicidad y de antijuridicidad de la conducta, desconocimiento del principio de culpabilidad y falta de congruencia entre la decisión penal y la disciplinaria. A efecto de resolver el cargo planteado, la Sala considera necesario precisar que la conducta por la que el demandante fue investigado y sancionado está consagrada en el artículo 35, numeral 1, de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 39, parágrafo, inciso 3, de la Ley 80 de 1993, según los cuales al servidor público le está prohibido incumplir los deberes o extralimitar las funciones asignadas por la Constitución, los tratados internacionales, las leyes, los reglamentos o manuales de funciones y, en forma particular, el deber que le está encomendado al jefe o representante legal de la entidad, para ordenar las obras, trabajos o bienes de servicios a través de contrato por escrito, previamente a su realización. Lo anterior quiere decir que la investigación se promovió por el presunto desconocimiento, por parte del demandante, de una norma que hace parte del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y su desatención no podía excusarse en el presunto desconocimiento de esta, comoquiera que dentro de los principios de interpretación de la ley, consagrados en el Código Civil, está contemplado aquél según el cual «la ignorancia de la ley no sirve de excusa»; tampoco era viable que adujera buena fe en la inaplicación de tal disposición, pues, lo que debía demostrar, a efecto de contrarrestar la acusación que al respecto se le estaba imputando, era que había atendido el deber descrito en la norma cuyo desconocimiento se le atribuía. La Corte Constitucional se pronunció en torno a la constitucionalidad del principio aludido, a la luz de los principios de presunción de inocencia y buena fe, y consideró que estos no pueden ser utilizados como excusa para desatender el primero…Con fundamento en lo anterior, la Sala considera que el argumento según el cual la autoridad disciplinaria no atendió el principio de buena fe para eximir de responsabilidad al demandante, no constituye un vicio que permita invalidar las actuaciones acusadas, en el entendido de que el actor no podía excusarse en la buen fe para la inaplicación de la ley, pues, solo habría sido válido ese argumento, si hubiera estado ante una situación de fuerza mayor o caso fortuito, pero ninguna de tales circunstancias fue alegada por el actor durante la actuación disciplinaria para justificar que, producto de ella, se produjo el desconocimiento de las normas de contratación estatal que le era imperioso aplicar.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Conducta típica, antijurídica y culpable disciplinaria**

Ahora bien, el demandante consideró que su conducta era atípica y carecía de antijuridicidad; además, adujo desconocimiento del principio de culpabilidad, motivo por el cual es necesario recordar que una conducta disciplinaria es típica, cuando el comportamiento que se investiga se subsume en la descripción de una falta disciplinaria; Entre tanto, es antijurídica, cuando el actuar del investigado es contrario al ordenamiento jurídico, siempre que con ello se afecte el deber legal, sin justificación alguna y, finalmente, la culpabilidad se predica del comportamiento que se puede atribuir al investigado, a título de dolo o culpa. Precisado lo anterior, y descendiendo a la actuación disciplinaria, se observa que la conducta por la que se investigó al demandante consistió en ordenar obras encaminadas al cambio de red de acueducto en la carrera 14, entre calles 11 y 13 del municipio de Saldaña, sin haber realizado, previamente, el contrato por escrito. Para llegar a la conclusión de que su actuar se enmarcaba dentro del tipo disciplinario previsto en el artículo 35, numeral 1, de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 39, parágrafo, inciso 3, de la Ley 80 de 1993…Lo anterior quiere decir que el ente disciplinante, soportado en las pruebas recaudadas durante la actuación disciplinaria, consideró que estaba demostrado que la orden de prestación de servicios que el demandante, en su condición del alcalde del municipio de Saldaña, suscribió el 17 de agosto de 2004 a fin de realizar las obras de acueducto fue posterior a la ejecución de estas, pues se pudo establecer que se habían desarrollado el 2 de agosto de ese año; por ende, tal conducta sí se enmarca dentro del tipo disciplinario por el cual fue investigado que, se repite, consiste en el desconocimiento del inciso 3 del parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, según el cual la obra debía ser ordenada por escrito, en forma previa a su realización o ejecución. Ahora bien, la aludida conducta es antijurídica, en tanto y en cuanto la elaboración del contrato u orden de prestación de servicios, en forma posterior a la realización de la obra constituye una violación al ordenamiento legal y esta, a su vez, afectó el deber legal que le asistía al demandante, de acatar las disposiciones legales en materia de contratación estatal, en especial, la de no ordenar la realización de obras sin previo contrato escrito, lo que, a su vez, riñe con los principios que orientan la función pública, tales como la moralidad, la igualdad y la imparcialidad, y ello estructura la afectación del deber legal. Finalmente, en lo que respecta a la culpabilidad, la Procuraduría Provincial calificó el actuar del señor Oyuela, como culpa gravísima, comoquiera que «pretendi[ó] de manera descuidada, legalizar unos hechos, como era la instalación de la tubería mediante la orden de prestación de servicios No. 320, cuando la ley, es clara que no se puede hacer, por cuanto esta debe estar previamente ordenada mediante escrito por el representante legal», calificación que fue avalada por la segunda instancia disciplinaria. Lo anterior quiere decir que el juzgador disciplinario sí atendió el principio de culpabilidad para efectos de calificar la conducta en que incurrió el demandante y, producto de su análisis, consideró que su actuar obedeció a un descuido o falta de diligencia, de modo que la calificación de la conducta del disciplinado no estuvo desprovista de ese elemento. Las anteriores razones permiten considerar que no debe prosperar el cargo de violación del debido proceso, alegado por el accionante, por la presunta atipicidad, antijuridicidad y falta de culpabilidad en la comisión de la conducta, pues, por el contrario, en los actos acusados se dejaron plenamente establecidos los motivos por los cuales se configuraron tales elementos, con el soporte probatorio que permitió llevar a la conclusión de que se habían cumplido.

**FALTA DE CONGRUENCIA - Decisiones penal y disciplinaria**

En lo que respecta a la falta de congruencia entre la decisión penal y la disciplinaria, la Sala considera oportuno recordar que la acción disciplinaria «se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo», mientras que la acción penal busca «la protección del orden jurídico social» . Y la diferencia entre una y otra acciones radica en que «la ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro. El derecho penal, por su parte, no establece prohibiciones ni formula mandatos, aunque la regla secundaria que subyace a la norma penal los presupone. La norma penal castiga a quien en el mundo fáctico ha incurrido en la conducta descrita en el tipo, pero no contiene preceptos deónticos, preventivos o cautelares que persigan el funcionamiento pacífico de la dinámica de la sociedad a la cual se aplican. El derecho disciplinario, en cambio, sí lo hace». Siendo así, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la de esta Corporación ha sido pacífica en considerar que existe total independencia y autonomía entre las decisiones que se toman dentro de la acción disciplinaria, respecto de las que se adoptan en la acción penal, en cuanto cada una de ellas protege bienes jurídicos diferentes, motivo por el cual es posible que una misma conducta dé lugar a imposición de sanción disciplinaria y no así sanción penal, y a la inversa…Lo anterior quiere decir que la ausencia de fallo condenatorio en materia penal no impide imponer sanción disciplinaria, siempre que en esta se configuren los presupuestos exigidos por la ley para el efecto. Así las cosas, forzoso es concluir que el cargo propuesto por el demandante no prospera, porque la inexistencia de fallo penal condenatorio en su contra, no reprimía la facultad disciplinante, lo que conlleva la no prosperidad del cargo.

**PRUEBAS - Falta de prueba - Causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria de colisión de deberes**

El actor asegura que su conducta estaba amparada por la causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria consistente en la colisión de deberes, pues, la conducta fue el resultado de haber dado prioridad al interés general, comoquiera que el cambio de la red de acueducto del municipio constituía una necesidad que beneficiaba a 10 familias, aproximadamente. De conformidad con lo previsto en el artículo 28, numeral 2, constituye causal de exclusión de responsabilidad, el actuar «en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado» y, en torno a esa causal, la Corte Constitucional, declaró la exequibilidad de la expresión «de mayor importancia que el sacrificado»…Con fundamento en lo anterior, es válido afirmar que el servidor público está en la obligación de conocer y cumplir sus deberes funcionales, y, solo ante la eventualidad de que existan dos o más deberes en conflicto, debe sopesar y definir cuál de ellos tiene mayor relevancia para cumplir los fines estatales, caso en el cual podrá dar prioridad al que considere prioritario. Frente a la causal de exclusión de la responsabilidad, la doctrina ha considerado que su configuración «exige que el deber jurídico antepuesto, además de vigente, sea de mayor importancia que el sacrificado o pospuesto» y que el análisis de la conducta debe estar orientado a sopesar «las razones esgrimidas por el investigado, pues fue, en aplicación de su particular criterio, que él optó por no acatar el deber objeto de reproche». Analizado el caso planteado, la Sala considera que el accionante no estuvo ante el supuesto que consagra la causal de exclusión de responsabilidad aludida, pues si bien es cierto que su intención primordial consistía en garantizar el interés general y para ello consideró necesaria la realización de las obras encaminadas a reemplazar la red de acueducto en la zona ya determinada, también lo es que para la realización de la obra, era requisito suscribir previamente el contrato que la ordenara, de modo que un deber no se anteponía a otro, sino que el que fue desconocido, constituía una exigencia previa para el desarrollo del segundo. Valga aclarar, además, que el accionante no se encontraba ante una situación apremiante y actual que lo sorprendiera y lo llevara a ponderar cuál era el deber al que le debía dar prelación, pues, la realización de la obra de saneamiento, en este caso, no constituía una situación de urgencia manifiesta , ya que no se trataba de una circunstancia excepcional o de fuerza mayor que demandara una acción inmediata por su parte, se repite, consistía en el reemplazo de la red de acueducto en un sector del municipio, para lo cual pudo realizar previamente las gestiones contractuales necesarias encaminadas al desarrollo de la obra; en todo caso, el demandante en momento alguno expidió acto administrativo que hubiera declarado el estado de urgencia, tal como lo exigía el inciso final del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, ni dejó constancia previa sobre la autorización impartida para el desarrollo de la obra, al tenor de lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 41 ibidem. Tampoco es de recibo el argumento según el cual si hubiera actuado de modo diferente, habría atentado contra el deber principal que consistía en proveer la prestación del servicio básico de agua potable, pues precisamente de lo que se trataba la obra era de reemplazar la red de acueducto y la ley que desconoció no le impedía realizar la obra, ni postergaba su ejecución, sino que, se repite, le exigía cumplir con los requisitos y formalidades que dispone la ley, en forma previa, a su realización. Para la Sala es claro que el cumplimiento de las disposiciones sobre contratación estatal no se contraponía a la realización de la obra, sino que constituía un requisito previo para ese efecto; por tal motivo, ante la ausencia de conflicto de deberes, es claro que no se configuró la causal eximente de responsabilidad que el actor considera le fue desconocida, y ello impide declarar probado el cargo.

**ACTUACIÓN DISCIPLINARIA - Competencia**

El accionante asegura que el procurador delegado era el funcionario especial que debió conocer, en segunda instancia, la actuación disciplinaria, ello de conformidad con la Directiva 002 del 24 de enero de 2008. Al respecto, vale precisar que dentro de la actuación no se arrimó prueba de la aludida directiva y, en todo caso, la competencia para conocer la segunda instancia de las decisiones disciplinarias dictadas por los procuradores provinciales está dada por el Decreto 262 de 2000, en su artículo 75, numeral 3, según el cual, esa función está atribuida a las procuradurías regionales. Así las cosas, y como la competencia está dada por una norma de mayor jerarquía que la directiva aludida por el actor, es forzoso concluir que la Procuraduría Regional del Tolima sí tenía competencia para conocer la segunda instancia dentro del proceso disciplinario que se tramitó en contra del demandante, razón suficiente para declarar no probado el cargo propuesto.

CONSEJO DE ESTADO

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN A**

# Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

# Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00026-00(0129-12)**

##### Actor: JOSÉ VIDAL OYUELA RODRÍGUEZ

**Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

Se decide la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentó José Vidal Oyuela Rodríguez contra la Procuraduría General de la Nación.

1. **Antecedentes**

**1.1. La demanda**

**1.1.1. Las pretensiones**

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, el señor José Vidal Oyuela Rodríguez, por conducto de apoderado, formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en orden a que se declare la nulidad de las Resoluciones 026 del 27 de noviembre de 2007 y 038 del 29 de mayo de 2008, que contienen los fallos disciplinarios sancionatorios emanados de la Procuraduría Provincial de Chaparral y la Procuraduría Departamental del Tolima, mediante los cuales se le impuso la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo de alcalde municipal de Saldaña, por el término de dos meses.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó ordenar a la Procuraduría General de la Nación disponer la devolución de la suma de $3.956.342, que constituye el valor de la sanción impuesta, con la indexación correspondiente, comunicar tal decisión a esa entidad, para los fines legales pertinentes, dar cumplimiento a la sentencia en el término previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo y condenar en costas a la entidad demandada.

**1.1.2. Hechos**

Los hechos que fundamentaron las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

Fue elegido alcalde del municipio de Saldaña, para el periodo constitucional 2004 – 2007; durante su mandato, la Procuraduría Provincial de Chaparral inició indagación preliminar en su contra el 28 de febrero de 2006 y, mediante auto de 5 de junio de ese año, abrió investigación formal, dentro de la cual se profirió pliego de cargos el 15 de junio de 2007, producto de los cuales rindió los descargos pertinentes, dentro de la oportunidad procesal que correspondía.

En el auto de formulación de cargos se hizo alusión a la violación de varias disposiciones legales y a la presunta comisión de la conducta consistente en haber suscrito la orden de prestación de servicios 320 del 17 de agosto de 2004 con el objeto de cambiar la red de acueducto en la carrera 14 con calles 11 y 13 del barrio Bonanza por valor de $5.204.821,63, aunque la obra había sido realizada 15 días antes, con lo que se le endilgó el desconocimiento de lo previsto en el artículo 39, inciso 3, de la Ley 80 de 1993.

Producto de la investigación, la Procuraduría Provincial de Chaparral profirió la Resolución 0026 del 27 de noviembre de 2007, mediante la cual emitió fallo de primera instancia, en el cual le impuso la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de dos meses con el fundamento de que las obras se deben ordenar previamente y por escrito, pero, en el caso analizado, el contrato se suscribió cuando la obra ya estaba cumplida; no obstante, en el acto no se precisó en forma taxativa la tipificación del cargo, condición que era necesaria para su validez, por lo que con ello se quebrantó el artículo 170 de la Ley 734 de 2002. Tal decisión fue apelada ante la Procuraduría Regional del Tolima, que la confirmó en su integridad.

Con los actos acusados se causaron perjuicios materiales, por los gastos en que tuvo que incurrir para ejercer su derecho a la defensa, y morales, por la afectación al buen nombre y el honor, que se vieron desacreditados ante sus electores, entre quienes corrió el rumor de su suspensión y la consecuente percepción de que la sanción era consecuencia de la comisión de hechos irregulares gravísimos.

En su condición de alcalde del municipio de Saldaña, su actuar estuvo precedido por el acatamiento de todos los procedimientos y principios orientadores de la actuación contractual, así como por el recto e imparcial desempeño de su cargo.

**1.1.3. Normas violadas y concepto de violación**

Como tales se señalaron los artículos 13, 29 y 83 de la Constitución Política; 85 del Código Contencioso Administrativo; 13 y 28 de la Ley 734 de 2002 y la Directiva 002 del 24 de enero de 2008 de la Procuraduría General de la Nación.

Al desarrollar el concepto de violación, el demandante adujo que a lo largo de toda la investigación manifestó que su actuar estuvo amparado por el principio de buena fe, y que estaba ajustado al ordenamiento jurídico; además, las obras de saneamiento básico relativas al cambio de la red de acueducto del municipio en la carrera 14, entre calles 11 y 13 era una necesidad de 10 familias, aproximadamente; por lo tanto, debían ser desarrolladas, de modo que se diera primacía al interés general sobre el particular y, según la inspección ocular realizada por la Procuraduría, se estableció que la obra se desarrolló de acuerdo con el objeto contractual.

Hizo mención a antecedentes jurisprudenciales relacionados con la tipificación de la conducta como falta disciplinaria, al principio de culpabilidad y a la congruencia que debe haber entre las decisiones sancionatorias disciplinaria y penal, y concluyó que la interpretación de la ley, aunque sea errada, no puede ser motivo para imponer sanción disciplinaria, pues ello constituye una sanción a la buena fe, máxime cuando en el caso bajo análisis, se trató de una interpretación sana, legal y jurídica, con la creencia de que estaba en cumplimiento de un deber legal, sin violación de precepto legal alguno.

Después de referir doctrina acerca de la tipicidad y la antijuridicidad, afirmó que su principal deber consistía en suministrar un servicio público a la comunidad, por ello obró de la manera en que lo hizo y, aunque su deber legal consistía en realizar el contrato de obra antes de iniciar la construcción de la red de acueducto, consideró que su actuar dirigido a disponer la realización de la obra que beneficiaba a la comunidad, estaba exenta de dolo o culpa, comoquiera que para ello primó su buena fe pues actuó con la convicción de que no estaba infringiendo disposición disciplinaria alguna.

Aseguró que los actos censurados incurrieron en error de interpretación al dejar de considerar que se estaba ante una colisión de deberes y, en su lugar, concluir que se trató de una omisión del inculpado, comoquiera que no se analizaron los fundamentos dados en el curso del proceso disciplinario. Al respecto, afirmó que estaba ante un deber principal que consistía en suministrar un servicio público a la comunidad y aunque también debía realizar el contrato de obra antes de construir la red de acueducto, consideró que era de mayor importancia, dar prioridad a la construcción del acueducto, por provenir de una norma de orden público, decisión que adoptó con la convicción de no estar violando disposiciones disciplinarias.

Sostuvo que si hubiera actuado de modo diferente, habría atentado contra su deber principal que, en ese caso, consistía en proveer la prestación del servicio básico de agua potable a una comunidad; sin embargo, los fallos censurados adolecen del estudio propio de la colisión de deberes legales.

Finalmente aseguró que, conforme a la Directiva 002 del 24 de enero de 2008, la competencia para conocer la actuación disciplinaria en segunda instancia era del procurador delegado, en calidad de funcionario especial de segunda instancia, de modo que como el funcionario que conoció la actuación disciplinaria en segunda instancia fue el procurador regional del Tolima, lo que él decidió es nulo por falta de competencia, al tenor de lo dispuesto en la directiva citada.

**1.2. Contestación de la demanda**

La apoderada de la Procuraduría General de la Nación se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda[[1]](#footnote-1) y expuso como argumentos de defensa los siguientes:

Los fallos disciplinarios que se controvierten en la demanda fueron proferidos dentro de una actuación en la que el actor fue vinculado oportunamente, constituyó apoderado, presentó descargos, solicitó y aportó pruebas, rindió versión libre, impugnó la decisión de primera instancia, es decir, en él se le garantizó el derecho a la defensa técnica y material y el hecho de que no se hubieran acogido sus exculpaciones, no constituye vulneración de su derecho al debido proceso.

Además, la investigación se desarrolló con cabal seguimiento de las normas sustantivas y adjetivas que regían el asunto, se cumplieron las etapas procesales, se concedieron las oportunidades de ley para cuestionar las pruebas y los diferentes actos emitidos; se garantizaron los derechos de defensa y debido proceso; se motivaron debidamente los fallos disciplinarios, efecto para el cual se confrontaron los hechos investigados, a la luz del material probatorio recaudado y los argumentos de defensa del actor y todo ello condujo a una decisión sancionatoria que goza de presunción de legalidad.

Adujo que la jurisprudencia ha determinado que el juzgador disciplinario goza de mayor amplitud al momento de realizar la adecuación típica pues «por lo general la descripción de las faltas disciplinarias deben ser objeto de complementación o determinación a partir de la lectura sistemática de un conjunto de normas jurídicas que desarrollan deberes, mandatos y prohibiciones» y que como en la definición de las faltas disciplinarias confluyen elementos propios de la función pública, se puede evaluar con mayor flexibilidad; en todo caso, aseguró que al constatar la imputación fáctica y jurídica que se hizo al actor se pudo concluir que la falta imputada sí está descrita en la ley y debidamente demostrada la conducta con las probanzas arrimadas al expediente.

Finalmente, propuso las excepciones de legalidad de los actos demandados, porque se observaron todas las reglas sustantivas y procesales, cobro de lo no debido y falta de causa, comoquiera que la instrucción de la acción disciplinaria se hizo con respeto de las normas que rigen el derecho disciplinario.

**1.3. Alegatos de conclusión**

Las partes demandante y demandada guardaron silencio durante esta etapa procesal[[2]](#footnote-2).

**1.4. Concepto del Ministerio Público**

La procuradora tercera delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto[[3]](#footnote-3) en el que solicitó denegar las pretensiones de la demanda y, para tal efecto, solicitó tener en cuenta los siguientes argumentos:

El sistema de responsabilidad personal e individual de los servidores públicos consagrado en nuestro ordenamiento jurídico conlleva que quienes están al servicio del Estado deben observar la Constitución, las leyes, los reglamentos y atender las funciones y servicios públicos, siguiendo parámetros de moralidad, eficiencia, eficacia y respeto por los derechos y garantías de los particulares; ahora bien, para establecer la comisión de una falta disciplinaria, es suficiente que el operador jurídico observe que hubo incumplimiento de deberes, abuso o extralimitación de derechos y funciones o incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflicto de intereses y, tales referentes sirven para determinar el grado de participación en la comisión de la falta.

Examinados los actos administrativos y las pruebas arrimadas al proceso, se puede verificar que el pliego de cargos que se formuló al demandante cumplió con todos los requisitos legales, producto de ello, el demandante constituyó apoderado para que lo representara y, por conducto de él, presentó sus descargos; sin embargo, el fallador disciplinario de primera instancia no compartió sus argumentos, tal como quedó consignado en el fallo; además, esta última decisión fue debidamente motivada y tuvo como sustento las pruebas oportunamente allegadas, de ese modo, se garantizó al actor su derecho al debido proceso.

Los argumentos que soportan la demanda son los mismos que el demandante invocó a lo largo de la actuación disciplinaria en la que, como ya se señaló, no se vulneró su derecho al debido proceso, y no puede acudir a la acción contenciosa con el objeto de acceder a una tercera instancia, ni para cuestionar los elementos de convicción que llevaron a la entidad a tomar la decisión censurada, la cual estuvo ajustada al principio de la sana crítica.

En torno a la falta disciplinaria por la que fue sancionado el actor, consideró que no se puede permitir la infracción del trámite contractual para la suscripción de órdenes de servicios para realizar una obra pública, pues ello conlleva violación de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que guían la función administrativa.

Finalmente, de conformidad con lo previsto en el artículo 75 de la Ley 262 de 2002, dentro de las funciones atribuidas a las procuradurías regionales está la de conocer en segunda instancia los procesos disciplinarios que fueron decididos por los procuradores provinciales en primera, razón por la cual no se configuró la falta de competencia que se alega.

La Sala decide, previas las siguientes

**2. CONSIDERACIONES**

**2.1. Asunto previo**

La Procuraduría General de la Nación al contestar la demanda propuso las excepciones de legalidad de los actos demandados, cobro de lo no debido y falta de causa; no obstante, como tales medios exceptivos tienen estrecha relación con el fondo de la controversia, se analizarán más adelante como fundamento de oposición a los cargos planteados.

**2.2. El problema jurídico**

Se circunscribe a establecer: (i) si durante el curso del proceso disciplinario seguido contra el señor José Vidal Oyuela Rodríguez se violó el derecho al debido proceso; (ii) si la conducta del demandante estaba amparada por la causal de exclusión de responsabilidad prevista en el artículo 28, numeral 2, de la Ley 734 de 2002, como quiera que se produjo una colisión de deberes; (iii) si la Procuraduría Regional del Tolima tenía competencia para conocer la actuación disciplinaria en segunda instancia.

**2.3. Marco normativo**

De conformidad con la Ley 734 de 2002, la actuación disciplinaria se desarrolla en garantía de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción.

Según lo previsto en el artículo 6 *ibidem* este tipo de actuación debe ser seguida observando formal y materialmente las normas que determinan la ritualidad del proceso. Ahora bien, a efecto de garantizar el debido proceso, el juzgador ha de tener en cuenta, entre otras garantías, la de presunción de inocencia, consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política y la buena fe, que se debe presumir tanto de las actuaciones de los particulares como la de las autoridades públicas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 83 de la norma superior.

Ahora bien, el artículo 1 constitucional consagra que Colombia es un Estado Social de Derecho que se funda, entre otras cosas, en la prevalencia del interés general sobre el particular y esta primacía es la que llevó a que el demandante asegurara que su actuar estaba amparado por la causal de exclusión de responsabilidad prevista en el artículo 28, numeral 2 de la Ley 734 de 2002, cuyo tenor literal es el siguiente:

**Artículo 28.-** Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta:

(…)

2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.

La expresión «de mayor importancia que el sacrificado» contenida en el numeral referido, fue declara exequible por la Corte Constitucional, para lo cual tuvo en cuenta los siguientes fundamentos:

Al respecto la Corte recuerda que, como ya se señaló en esta misma providencia, el ejercicio del poder del Estado para sancionar las faltas disciplinarias que cometan sus servidores como mecanismo para prevenir conductas contrarias al cumplimiento recto del servicio público y leal de la función pública, debe estar revestido de todas las garantías de orden sustantivo y procesal, consagradas constitucional y legalmente. Así pues, los principios del debido proceso, legalidad, favorabilidad, presunción de inocencia, igualdad ante la ley, reconocimiento de la dignidad humana, resolución de la duda en favor del disciplinado, entre otros, se muestran como rectores del proceso disciplinario en general59.

Así en este campo la garantía constitucional del principio de legalidad impone al legislador la obligación de definir previa, taxativa e inequívocamente las conductas consideradas como reprochables y las sanciones en las que incurrirá quien cometa alguna de las conductas prohibidas, pues sólo de esa manera el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal.60 Cuando ello no ocurre así, la norma en cuestión viola la Carta, bien sea porque nodetermine claramente la conducta reprochada, o porque no define claramente cuál es la sanción que debe imponerse o los criterios que claramente permiten su determinación61.

Para el actor los apartes acusados del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 desconocen dichos presupuestos. Para la Corte sin embargo no son necesarios mayores desarrollos para concluir que la acusación del actor no toma en cuenta que el objeto del artículo 28 en que se encuentran insertos los apartes acusados no es la tipificación de conductas que puedan ser reprochadas disciplinariamente sino que en ella se señalan son las causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria, causales que dado su carácter general resultan aplicables a todos los tipos disciplinarios y que para poder ser invocadas implican el análisis específico de la situación de cada servidor público en el marco del proceso respectivo.

No sobra señalar además, como lo recuerda la vista fiscal en su intervención, que no es cierto que dichas causales escapen a la consideración de la voluntad del servidor público al momento de la comisión del hecho que pueda reprocharse disciplinariamente, pues dicho servidor tiene la obligación de conocer y cumplir sus deberes funcionales en debida forma con la capacidad de valorar, en un momento determinado, cuales son de mayor importancia para el efectivo cumplimiento de los fines estatales.[[4]](#footnote-4)

La conducta por la que fue investigado y sancionado el demandante es la descrita en el artículo 35, numeral 1, de la Ley 734 de 2002, en cuanto se desconoció la previsión contenida en el artículo 39, inciso 3, de la Ley 80 de 1993, normas que son del siguiente tenor literal:

**Artículo 35[[5]](#footnote-5).-** Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

**Artículo 39[[6]](#footnote-6).-** De la Forma del Contrato Estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles, y en general aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

(…)

**Parágrafo.-** No habrá lugar a la celebración de contrato con las formalidades plenas cuando se trate de contratos cuyos valores corresponden a los que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades a las que se aplica la presente Ley expresados en salarios mínimos legales mensuales.

(…)

En estos casos, las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto.

Ahora bien, en materia de competencia para conocer en segunda instancia los procesos disciplinarios decididos por los procuradores provinciales, el artículo 75 de la Ley 262 de 2000 establece:

**Artículo 75.** Funciones. Las procuradurías regionales tienen, dentro de su circunscripción territorial, las siguientes funciones, cuando lo determine el Procurador General en virtud de las facultades contenidas en el artículo 7 de este decreto.

(…)

3. Conocer en segunda instancia los procesos disciplinarios decididos en primera por los personeros, los procuradores provinciales y judiciales I.

Entre tanto, el artículo 7 *ibidem* confiere al Procurador General de la Nación la función de crear comisiones especiales para adelantar decisiones disciplinarias, así:

**Artículo  7.** Funciones. El Procurador General de la Nación cumple las siguientes funciones:

(…)

19. Crear comisiones disciplinarias especiales de servidores de la Procuraduría General o designar a un funcionario especial de la misma para adelantar investigaciones disciplinarias y fallar, así como para decretar la suspensión provisional, cuando la gravedad, importancia o trascendencia pública del hecho lo ameriten, para lo cual podrá desplazar al funcionario del conocimiento.

En este evento, el fallo será proferido por quien presida la comisión o por el funcionario designado, que, en todo caso, deberá ser de igual o superior jerarquía que el funcionario desplazado. La apelación se surtirá ante el superior funcional de quien tomó la decisión en primera instancia.

**2.4. Hechos probados**

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

**2.4.1. En relación con el trámite de la actuación disciplinaria**

La actuación disciplinaria seguida en contra del demandante José Vidal Oyuela Rodríguez, en calidad de alcalde del municipio de Saldaña (Tolima), tuvo origen en la queja formulada el 8 de noviembre de 2005 por un ciudadano de ese ente territorial[[7]](#footnote-7), según la cual se emitió una orden de pago de un contrato de prestación de servicios personales por una presunta obra de construcción de la red de acueducto que se había realizado en forma previa a la suscripción del contrato, y por empleados adscritos a la dependencia municipal encargada de esa labor.

El 28 de febrero de 2006[[8]](#footnote-8), la procuradora provincial de Chaparral profirió auto mediante el cual inició indagación preliminar; en él decretó las pruebas y ordenó notificar a quienes surgieran como presuntos responsables de los hechos materia de investigación.

El 5 de julio de 2006[[9]](#footnote-9), se abrió la investigación disciplinaria en contra del señor José Vidal Oyuela Rodríguez, en su condición de alcalde del municipio de Saldaña y de la señora Sandra Rocío Meneses, en calidad de secretaria de planeación municipal; se decretaron pruebas y se ordenó notificar personalmente a los investigados; con el fin de realizar la notificación se citó al demandante para que compareciera a la Procuraduría Provincial[[10]](#footnote-10) y se fijó el edicto ante la no comparecencia de los citados[[11]](#footnote-11) y el actor constituyó apoderado para que lo representara en esa actuación[[12]](#footnote-12).

Mediante auto de 15 de junio de 2007 se formuló el pliego de cargos[[13]](#footnote-13) contra el demandante por la presunta comisión de la siguiente conducta:

Haber suscrito la Orden de Prestación de Servicios No. 320 de fecha 17 de agosto de 2004, con el Ingeniero HUMBERTO TOCORA DEVIA, cuyo objeto era el cambio de red del Acueducto en la Carrera 14 entre calles 11 y 13 del barrio Bonanza del Municipio de Saldaña, por valor de $5.204.821.63, cuando el citado ingeniero había realizado quince (15) días antes (2 de agosto), el objeto del Contrato, pasando por alto, lo señalado en el inciso 3º del parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1.993, que para realizar las obras objeto del Contrato, deber (sic) ser ordenados previamente y por escrito por el Jefe o Representante legal de la Entidad.

Con la conducta anterior, el doctor YUELA (sic) RODRÍGUEZ, pudo haber incurrido en falta disciplinaria, conforme a lo señalado en el Artículo 35 numeral 1º de la ley 734 de 2002.

El señor Oyuela Rodriguez fue notificado personalmente de la anterior decisión[[14]](#footnote-14) y frente a los cargos formulados, presentó el memorial de descargos[[15]](#footnote-15) en el que alegó la inexistencia de conducta constitutiva de falta disciplinaria; para demostrar su dicho, solicitó la práctica de pruebas, que fueron decretadas por la Procuraduría Provincial mediante providencia de 16 de agosto de 2007[[16]](#footnote-16).

Concluida la etapa probatoria y vencido el término para presentar alegatos de conclusión, dentro del cual las partes no se pronunciaron[[17]](#footnote-17), se profirió la Resolución 0026 del 27 de noviembre de 2007[[18]](#footnote-18) mediante la cual se emitió fallo de primera instancia, en el que se decidió sancionar disciplinariamente al demandante con la suspensión en el ejercicio de su cargo por el término de dos meses, por encontrarlo responsable del cargo que le fue formulado. Dentro de las consideraciones que llevaron a adoptar esa decisión y luego de hacer mención a las pruebas recaudadas, invocó las siguientes:

(…) Esas pruebas no son meros indicios, son pruebas claras y contundentes que muestran que dichas instalaciones de la red de Acueducto se hicieron con fecha 02 de agosto de 2004, y posteriormente, el doctor OYUELA RODRÍGUEZ, legaliza la realización de dicha obra, celebrando la Orden de Prestación de Servicios No. 320 con fecha 17 de agosto de 2004. Tales circunstancias lleva (sic) a la Provincial de Chaparral, a la certeza que la obra objeto de la orden de prestación de Servicios No. 320 de fecha 17 de agosto de 2004, que era el cambio de red del Acueducto en la carrera 14 entre calles 11 y 13 del Barrio Bonanza del Municipio de Saldaña, ya se había realizado con anterioridad a la celebración del mismo.

Contra la decisión anterior, el demandante interpuso recurso de apelación[[19]](#footnote-19), cuyo conocimiento fue asumido por la Procuraduría Regional del Tolima, que profirió Resolución 038 del 29 de mayo de 2008[[20]](#footnote-20), mediante la cual confirmó la decisión inicial, con base en los siguientes fundamentos:

En síntesis el marco de discusión entre el proceso disciplinario adelantado y la posición del Disciplinado durante el curso y en el recurso de apelación, es la calificación de la falta, ya que considera que la falta es leve culposa y la sanción a aplicar es la amonestación escrita y no grave culposa como lo expresa la Procuraduría Provincial de Chaparral.

La conducta cuestionada se encuentra probada en el marco del proceso, es decir, se ejecutaron las obras objeto de la orden de prestación de servicios 320 del 17 de agosto de 2004 antes de la suscripción de la misma, por ello, aunque el Apoderado expresa “si fuera cierto”, con intención de crear duda sobre la ocurrencia del hecho, esto no ocurre porque el recaudo probatorio permite determinar claramente que el hecho efectivamente ocurrió.

El Aquo calificó la falta como grave al tener en cuenta los criterios de jerarquía y mando que tenía el investigado, ya que la falta la cometió en calidad de Alcalde, el grado de culpabilidad por violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, cual es que los contratos deben ser ordenados por escrito y previamente a la ejecución del objeto.

El hecho de que la conducta no haya causado un perjuicio al erario público no implica per se que la falta sea leve, porque se encuentran los criterios antes señalados que inciden en la calificación.

**2.4.2. En relación con las pruebas recaudadas dentro de la actuación disciplinaria**

El 30 de julio de 2004, el secretario de planeación e infraestructura del municipio de Saldaña rindió el informe que contiene el análisis de conveniencia y oportunidad efectuado para contratar el servicio de construcción del tramo de acueducto en la carrera 14, entre calles 11 y 12 del barrio Bonanza de ese municipio[[21]](#footnote-21) y, en la misma fecha, informó los ítems que se debían tener en cuenta para realizar la obra del cambio de la red de acueducto[[22]](#footnote-22).

El 17 de agosto de 2004, se suscribió la orden de prestación de servicios número 320[[23]](#footnote-23), entre el demandante, en su condición de alcalde de Saldaña, y el señor Humberto Tocora Devia, como contratista, cuyo objeto consistía en «prestar los servicios en el cambio de red de Acueducto de la carrera 14 entre calles 11 y 12 del Barrio Bonanza», cuyo valor fue de $5.204.821.63 y se determinó que el contratista se obligaba a constituir la póliza de cumplimiento por el 10%. Según lo allí manifestado, era necesario aplicar la reserva presupuestal correspondiente.

Con el fin de dar cumplimiento al último requerimiento aludido, el coordinador de presupuesto del municipio expidió el certificado de disponibilidad presupuestal 01498 del 17 de agosto de 2004[[24]](#footnote-24) del rubro denominado ampliación, remodelación y mantenimiento de acueductos. El 20 de agosto siguiente, se suscribió el acta de liquidación final de la orden de prestación de servicios[[25]](#footnote-25).

Según Resolución Administrativa 348 del 24 de agosto de 2004[[26]](#footnote-26), el alcalde del municipio de Saldaña aceptó la póliza de cumplimiento 4004000176601 expedida por la compañía Agrícola de Seguros[[27]](#footnote-27) constituida por el señor Humberto Tocora Devia, en procura de garantizar el cumplimiento de la orden de prestación de servicios 320 del 17 de agosto de 2004.

El 7 de septiembre de 2004, el municipio de Saldaña emitió la orden de pago 100276 [[28]](#footnote-28) a favor de Humberto Tocora Devia, por los «servicios prestados en el cambio de red del acueducto de la carrera 14 entre calles 11 y 12 del barrio bonanza del municipio de saldaña. 20 de julio de este municipio».

El señor Tocora Devia pagó el aporte correspondiente al Sena, regional Tolima[[29]](#footnote-29), producto de la orden de prestación de servicios aludida; ahora bien, como no estuvo de acuerdo con el porcentaje descontado en la orden de pago, por concepto de retención en la fuente, correspondiente al 6%, solicitó aplicar solo el 1%, en consecuencia, reclamó la devolución del 5% que se cobró en forma adicional[[30]](#footnote-30), petición que fue acogida, según nota de contabilidad del 10 de septiembre de 2004[[31]](#footnote-31).

Entre las pruebas testimoniales recaudadas en la actuación disciplinaria se encuentran las siguientes:

(…) preguntado Se dice en estas diligencias, que ustedes (sic) como empleados del Municipio realizaron la instalación de un tramo del acueducto Municipal ubicados (sic) en la carrera 14 ente calles 11 y 12 del Barrio Bonanza de este Municipio, que tienen que decirl (sic) al respeco (sic), que fecha se ejecutó esta obra y si recibieron (sic) dinero alguno por la instalación del mencionado acueducto.- contesto. Rcuerdo (sic) que el 2 de Agosto del 2004 me encontraba en la planta, y entregué los materiales para realizar la instalación al Jefe o Coordinador de los servicios públicos y a los dos fontaneros, se la entregueoa (sic) ellos y no se nada más al respecto, ya que ese día me correspondía estar en la planta.- No recibi dinero alguno por eso. (…)[[32]](#footnote-32)

Además, el señor Rivera, en declaración posterior[[33]](#footnote-33), expuso:

(…) preguntado.- Sírvase manifestar que (sic) constancia dejo (sic) o que (sic) documento con ocasión de la entrega de materiales para la instalación de tubería en la carrera 14 con calle 11 y 12 del Barrio Bonanza. Quien lo (sic) ordenó entregar dicho material, sabía que (sic) destino tenía dicho material, él (sic) mismo fue devuelto.- contesto.- No recuerdo la fecha, solo recuerdo que una vez de turno en la planta del Acueducto Municipal, se presentaron el Jefe jose manuel, el fontanero jesus arnovy y mi otro compañero egidio quintana a solicitar la entrega de materiales para la calle de don tito duarte, o la carrera 14, tengo la certeza que esa entrega debió quedar registrada en el libro radicador de la planta, **recuerdo bien que le escribía en un borde del mismo el destino** calle de tito duarte porque no nos acordábamos de la dirección en ese momento.- jose manuel carcamo lo solicitó verbalmente, esto (sic) materiales llevaban días en la planta (…) (Resalta la Sala).

Al absolver similar interrogante, el señor Jesús Arnovy Caicedo Duarte quien, para la época de los hechos, se desempeñaba como fontanero al servicio del acueducto municipal, manifestó:

(…) El **2 de Agosto del 2004**, fuimos con el Coordinador de Servicios Públicos jose manuel carcamo y egidio quintana a retirar una tubería de la planta del acueducto y cargarla en la volqueta que maneja rigoberto la vino tinto, en las horas de la mañana, y la dejamos en la carrera 14 en una excavación que había allí, después volvimos con egidio a colaborar en la instalación de esta, no recibimos dinero alguno por colaborar en la misma. (…)[[34]](#footnote-34) (Negrilla fuera de texto).

En declaración posterior[[35]](#footnote-35), el señor Caicedo Duarte agregó:

(…) jose manuel carcamo nos pidió que colaboramos (sic) en la instalación de ese tramo de red, Instalamos la red, ya que la excavación estaba hecha y la tapada la realizaron dos obreros que habían allí, en este lugar duramos aproximadamente dos (2) horas. No vi ningún maestro solo habían dos obreros, nosotros mismos colaboramos en la instalación de acuerdo a nuestros conocimientos. (…)

Sobre ese mismo aspecto, Egidio Quintana, quien trabajó como operador del acueducto municipal para la época de los hechos, discurrió:

(…) Recuerdo que eEl (sic) **2 de Agosto del 2004**, fuimos con el Coordinador de Servicios Públicos josé manuel carcamo y arnovy a retirar una tubería de la planta del acueducto, se cargo la volqueta que maneja rigoberto la vino tinto, la dejamos en la carrera 14 en una excavación que se había hechos (sic), después volvimos con arnovy a ayudar en la instalación de tubería, no cobre ni me pagaron dinero alguno por colaborar en la misma. (…)[[36]](#footnote-36) (Se resalta).

En declaración rendida posteriormente por el mismo operador del acueducto[[37]](#footnote-37), agregó:

(…) jose manuel carcamo quien era el Jefe de nosotros en ese tiempo nos ordenó colaborar con la instalación de la tubería, lo que hicimos allí fue colaborar con la instalación para que quedara bien, que no fueran a quedar fugas. No recuerdo en este momento cuanto tiempo duramos trabajando, no se quien dirigía la obra; habían unos señores en la misma pero no se si había algún maestro. (…)

Ahora bien, el señor Humberto Tocora Devia, en su declaración expuso:

(…) Como lo acaba de decir, ejecute (sic) dicho contrato o es decir la orden de prestación de servicios No. 320 de fecha Agosto 17 de 2004 por un valor de $5.204.821.63 con el Municipio de Saldaña, esta contratación la hice a través de la Secretaría de Planeación quienes recibieron la obra y cuyo objeto cambio red de acueducto de la carrera 14 entre calles 11 y 12. preguntado.- Se dice en estas diligencias, que la construcción de dicho tramo ya se había realizado por el personal de la Alcaldía Municipal adscrita a la Coordinación de Servicios Públicos unos meses antes, que tiene que decir al respecto.- contesto.- **Esto es falso**, porque puedo constatar que la obra se hizo con recursos provenientes de este contrato, ya que poseo recibo de la retroexcavadora por pago de la excavación, al señor matías lozano dueño de la retroexcavadora y poseo recibo del maestro que encargue de la instalación de la tubería y fuera de eso la factura de compra de la tubería, de las cuales me permito anexar. (…) preguntado.- Tiene algo más que decir, enmendar o corregir a la presente diligencia.- contesto.- Habiendo ejecutado las excavaciones con la retroexcavadora del señor matías lozano y después de haber solicitado en compra a Distribuciones pvc del Tolima Acueductos y Suministros localizado en el Municipio de Purificación de los materiales a utilizarse en dicha instalación y que esa ferretería no suministraba los materiales rápidamente el señor carcamo Jefe del Acueducto **nos prestó algunos materiales para hacer la obra rápidamente** y que cuando la Ferretería nos entregará (sic) los materiales **yo tendría que devolver los materiales al Almacén como se puede constatar en el Oficio de Agosto 27 de 2004** donde se dirigi (sic) al señor Eugenio guzman Almacenista del Municipio los materiales en calidad de devolució (sic) la cual se puede anexar también y la ejecución de los trabajos se puede constatar en el sitio y mediante acta de pago final elaborada por la Secretaria de Planeación, el nombre del maestro responsable de la obra es jose humberto suarez. (…)[[38]](#footnote-38) (Negrilla de la Sala).

El señor José Manuel Carcamo Manjarres, coordinador de servicios públicos del municipio, también rindió declaración[[39]](#footnote-39), de la que se puede extractar lo siguiente:

(…) **La obra en mención, se realizó**: con materiales, personal de la oficina de Servicios Públicos (fontaneros) **el pasado 2 de Agosto del 2004** ya que era una obra atrasada, pues los materiales reposaban desde años atrás y aprovechando que en el área había una retroexcavadora realizando unas labores para el alcantarillado del sector, se aprovecho (sic) la retro para la excavación y posterior enterramiento de la red de acueducto. Esta obra fue realizada bajo la responsabilidad directa de la oficina de servicios Públicos, ordenados en forma verbal por la oficina de Planeación, no recuerdo bien si el Secretario de la época era el señor jorge lozano arcinegas.- Recuerdo bien, que el señor antonio rivera (Fontanero) el día de la entrega de los materiales oficiaba como operador de la planta de producción del acueducto, donde reposaban todos los materiales, ya que allí debe existir un libro radicador donde se anota todo lo que sale, todo lo que sucede respecto la prestación del servicio del acueducto, como no se conocía con exactitud la dirección en el momento de la entrega de los materiales, a la orilla del libro se escribió “**con destino a la calle de don Tito Duarte**” que es la parte más representativa y fácil de identificar del sector, pues allí funciona un taller del señor duarte.- Conocí del pago de la Orden de Prestación de Servicios al señor tocora cuando comenzaron las investigaciones por Agentes del DAS. (…)

También rindió declaración el señor Humberto Suárez Tafur[[40]](#footnote-40), quien se desempeñaba como albañil y, quien en su exposición manifestó:

(…) preguntado. Diga si Usted realizó la instalación de tubería en la carrera 14 con calles 11 y 12 del Barrio Bonanza, en el año 2004, en caso afirmativo, quien (sic) lo contrato (sic), en que (sic) consistió su trabajo, si en dicho lugar estuvieron obreros o fontaneros de la Coordinación de Servicios Públicos del Municipio, y en que (sic) consistió la labor de ellos.- contesto.- Si realice (sic) esa instalación, me contrato (sic) el Ingeniero tocora, yo allí instale (sic) la red de aguas negras y la red hidráulica. El fontanero arnovy Caicedo y el operador egidio quintana iban a presenciar que quedara bien instalada la tubería, yo les decía hermano en lugar de estar parados ahí mirando ayude un ratico, pero eso era por la amistad que tenemos, ellos no fueron trabajadores de ahí8 (sic) no. (…)

Al respecto, el señor Carlos Enrique Murillo Godoy[[41]](#footnote-41), quien realizaba oficios varios en el municipio, señaló:

(…) Preguntado.- Manifieste al despacho si Usted y su hermano antonio murillo trabajaron como maestros o auxiliares de construcción en la obra que se realizo (sic) en el año 2004 en la carrera 14 con calles 11 y 12 del Barrio Bonanza, en caso afirmativo quien (sic) los contrato (sic), en que (sic) consistió su labor. contestó.- Nosotros fuimos ayudantes del maestro de la obra humberto Suarez, él fue quien nos contrato (sic), hicimos trabajos varios como limpiar la sequía, paliar, echar pica para nivelar el terreno, entre otros, esta obra del alcantarillado de aguas negras, después de que se termino (sic) este trabajo, nos busco (sic) el mismo señor suarez como auxiliares en las obras para el acueducto, después de terminar el trabajo nos pago (sic) los días laborados.- preguntado.- Diga si estuvieron obreros o fontaneros de la Coordinación de Servicios Públicos del Municipio, en la obra del acueducto de la calle antes citada y en que (sic) consistió la labor de estos señores.- contesto.- ellos estuvieron mirando el trabajo si había quedado bien, miraron las conexiones, ya que nosotros mismos habíamos realizados (sic) las conexiones domiciliarias. (…)

El 17 de marzo de 2006, la personera municipal (e) del municipio de Saldaña realizó visita especial en las instalaciones de la Secretaría de Hacienda y la Tesorería del municipio de Saldaña, diligencia de la que se levantó el acta[[42]](#footnote-42) en la que se refirieron los documentos encontrados como soporte de la obra realizada, que coinciden con los previamente señalados.

Así mismo, el 19 de septiembre de 2006, se levantó un acta[[43]](#footnote-43) que da cuenta de la visita especial realizada en la Fiscalía 53 Seccional, Unidad de Delitos contra la Administración Pública de la ciudad de Ibagué, en el expediente 202585, seguido contra el demandante, por los hechos que dieron origen a la actuación disciplinaria; durante la diligencia se solicitó expedir copias de las piezas procesales que se consideraron necesarias[[44]](#footnote-44), entre ellas, algunas declaraciones recaudadas durante el curso de la investigación penal, todo ello para que obrara en el expediente disciplinario.

El 25 de septiembre de 2006, se practicó una visita especial en las instalaciones del almacén municipal de Saldaña, de la cual se levantó el acta[[45]](#footnote-45) en la que se consignó lo siguiente «fuimos atendidos por el señor eugenio guzman cabezas Almacenista Municipal, quien manifestó: que el Ing. humberto tocora devia se presentó un día a la oficina con un oficio donde relacionaba unos materiales que le había prestado el Señor carcamo, que por no encontrarlo, me los entregaba a mi para que los guardara en la bodega del garaje Municipal, recuerdo que recibí los materiales que están relacionados en el oficio que me permito anexar de fecha 27 de Agosto del 2004, y los deje (sic) en la bodega antes citada.- De esos materiales le fueron entregados 2 tubos al Jefe de Servicios Públicos señor héctor julio morales, lo (sic) demás materiales se encuentran allí».

En efecto, obra copia del oficio suscrito por el señor Humberto Tocora Devia, de fecha 27 de agosto de 2004[[46]](#footnote-46), mediante el cual devuelve al almacenista del municipio de Saldaña, unos materiales que le habían prestado.

Ahora bien, también se realizó visita especial en la Oficina de Servicios Públicos Domiciliarios del municipio de Saldaña, de la cual se levantó el acta correspondiente[[47]](#footnote-47) en la cual se puso de presente el libro de registro, para constatar lo ocurrido en torno a los materiales a que se aludió en todas las declaraciones previas y, se tomaron las fotocopias del caso[[48]](#footnote-48), de ellas se extrae lo siguiente:

**Agosto 2/2004** lunes

Recibo turno a las 5 AM. Se prendió motores a las 4AM. Le entrego la (sic) Fontanero lo siguiente 18 Tubos de 3´´ G.collarines de 3´´ 6 adaptadores machos. 4 tubos de ½ y 1 reduccion de 3´´por 2.

En el lateral izquierdo del registro mencionado, se escribió lo siguiente «**para la calle de don Tito Duarte[[49]](#footnote-49)**».

Finalmente, se observa que de acuerdo con el certificado expedido por el jefe de la División Centro de Atención al Público de la Procuraduría General de la Nación, para el 17 de julio de 2006 el demandante no registraba sanciones ni inhabilidades vigentes[[50]](#footnote-50).

**3. Caso concreto**

**3.1. Análisis integral de la actuación disciplinaria, dentro del proceso contencioso administrativo**

En primer término la Sala considera indispensable precisar que el control de legalidad de los actos de carácter sancionatorio y de los proferidos en el marco de una actuación disciplinaria conlleva, entre otras cosas, el estudio encaminado a verificar que dentro del trámite correspondiente se hubieran observado las garantías constitucionales que le asisten al sujeto disciplinado y, en general, comporta un control judicial integral. Así lo sostuvo recientemente la Sala Plena de esta Corporación, en sentencia de unificación:

«b) EI control judicial integral de la decisión disciplinaria criterios de unificación-. El control que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ejerce sobre los actos administrativos disciplinarios, es integral. Ello, por cuanto la actividad del juez de lo contencioso administrativo supera el denominado control de legalidad, para en su lugar hacer un juicio sustancial sobre el acto administrativo sancionador, el cual se realiza a la luz del ordenamiento constitucional y legal, orientado por el prisma de los derechos fundamentales.

(…)

Según lo discurrido, ha de concluirse que el control judicial es integral, lo cual se entiende bajo los siguientes parámetros: 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 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.»[[51]](#footnote-51)

En consecuencia, el estudio integral de los actos disciplinarios cuestionados en esta controversia, se hará dentro del marco planteado en la sentencia previamente trascrita.

**3.2. La garantía del derecho al debido proceso**

El demandante hizo consistir el cargo por violación al debido proceso en que su actuar estuvo amparado por el principio de buena fe, pues, dentro de su interpretación jurídica, consideró que estaba cumpliendo un deber legal, que no estaba quebrantando ninguna disposición y que podía dar prioridad a la construcción de la red de acueducto en el tramo indicado, y que, de ese modo, priorizaba el interés general; asimismo, adujo falta de tipicidad y de antijuridicidad de la conducta, desconocimiento del principio de culpabilidad y falta de congruencia entre la decisión penal y la disciplinaria.

A efecto de resolver el cargo planteado, la Sala considera necesario precisar que la conducta por la que el demandante fue investigado y sancionado está consagrada en el artículo 35, numeral 1, de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 39, parágrafo, inciso 3, de la Ley 80 de 1993, según los cuales al servidor público le está prohibido incumplir los deberes o extralimitar las funciones asignadas por la Constitución, los tratados internacionales, las leyes, los reglamentos o manuales de funciones y, en forma particular, el deber que le está encomendado al jefe o representante legal de la entidad, para ordenar las obras, trabajos o bienes de servicios a través de contrato por escrito, previamente a su realización.

Lo anterior quiere decir que la investigación se promovió por el presunto desconocimiento, por parte del demandante, de una norma que hace parte del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y su desatención no podía excusarse en el presunto desconocimiento de esta, comoquiera que dentro de los principios de interpretación de la ley, consagrados en el Código Civil, está contemplado aquél según el cual «la ignorancia de la ley no sirve de excusa»[[52]](#footnote-52); tampoco era viable que adujera buena fe en la inaplicación de tal disposición, pues, lo que debía demostrar, a efecto de contrarrestar la acusación que al respecto se le estaba imputando, era que había atendido el deber descrito en la norma cuyo desconocimiento se le atribuía.

La Corte Constitucional se pronunció en torno a la constitucionalidad del principio aludido, a la luz de los principios de presunción de inocencia y buena fe, y consideró que estos no pueden ser utilizados como excusa para desatender el primero. Así discurrió la Corte:

El deber de observar el comportamiento prescrito por las normas jurídicas o afrontar las consecuencias negativas que se siguen de su transgresión, es presupuesto de todo ordenamiento normativo, bien sea que se lo formule explícitamente, como en la norma que se analiza, o que se halle subyacente e implícito, como en los regímenes donde prevalece el derecho consuetudinario.

(…)

**a) Presunción de inocencia (art. 29).** El sentido de dicha presunción es éste: Si a una persona se le imputa una conducta jurídicamente ilícita, quien hace la imputación es quien debe probarla. Ahora bien: el artículo 9 demandado no releva de esa prueba. Lo que establece es algo bien distinto: que si a una persona se le atribuye una conducta ilícita y se prueba que en realidad la observó, no es admisible la excusa de que  ignoraba la norma que hace ilícita la conducta. Cosa bien distinta es que el agente haya incurrido en la hipótesis de la conducta ilícita sin que le haya sido dado evitarla (conozca o no la norma que contempla el supuesto). Se trataría allí de un caso fortuito o de una fuerza mayor, perfectamente diferenciables de la ignorancia de la ley, y con efectos jurídicos significativamente distintos.

**b) Presunción de buena fe**. Lo que dispone el artículo 83 de la Constitución, es que en las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas, se presume que aquéllos no actúan movidos por propósitos de engaño o dolo,  y que si alguien asevera que es ése el caso, debe probar su aserto. Tan próxima se encuentra esta presunción a la de inocencia que son virtualmente inescindibles. Por tanto es pertinente, con respecto a ella, el argumento anteriormente expuesto, a saber: que si alguien aduce  que ignoraba que su conducta torticera fuera censurada por el derecho, la eficacia de tal argumento está jurídicamente descartada.[[53]](#footnote-53)

Con fundamento en lo anterior, la Sala considera que el argumento según el cual la autoridad disciplinaria no atendió el principio de buena fe para eximir de responsabilidad al demandante, no constituye un vicio que permita invalidar las actuaciones acusadas, en el entendido de que el actor no podía excusarse en la buen fe para la inaplicación de la ley, pues, solo habría sido válido ese argumento, si hubiera estado ante una situación de fuerza mayor o caso fortuito, pero ninguna de tales circunstancias fue alegada por el actor durante la actuación disciplinaria para justificar que, producto de ella, se produjo el desconocimiento de las normas de contratación estatal que le era imperioso aplicar.

Ahora bien, el demandante consideró que su conducta era atípica y carecía de antijuridicidad; además, adujo desconocimiento del principio de culpabilidad, motivo por el cual es necesario recordar que una conducta disciplinaria es típica, cuando el comportamiento que se investiga se subsume en la descripción de una falta disciplinaria; entre tanto, es antijurídica, cuando el actuar del investigado es contrario al ordenamiento jurídico, siempre que con ello se afecte el deber legal, sin justificación alguna[[54]](#footnote-54) y, finalmente, la culpabilidad se predica del comportamiento que se puede atribuir al investigado, a título de dolo o culpa[[55]](#footnote-55).

Precisado lo anterior, y descendiendo a la actuación disciplinaria, se observa que la conducta por la que se investigó al demandante consistió en ordenar obras encaminadas al cambio de red de acueducto en la carrera 14, entre calles 11 y 13 del municipio de Saldaña, sin haber realizado, previamente, el contrato por escrito. Para llegar a la conclusión de que su actuar se enmarcaba dentro del tipo disciplinario previsto en el artículo 35, numeral 1, de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 39, parágrafo, inciso 3, de la Ley 80 de 1993, la Procuraduría Provincial de Chaparral consideró:

(…) Es un hecho cierto la celebración de la orden de servicios, y la fecha en que se celebró la misma. Pero, al establecer el desarrollo de la misma, la Procuraduría encontró que funcionarios de la Empresa de Servicios Públicos, colaboraron en la instalación de las (sic) red, que se utilizó tubería de la citada empresa, para realizar los trabajos (…) efectivamente en la visita realizada a dicha Empresa, claramente se dejó consignado que el dos **(2) de agosto** se entregó a los fontaneros un material para la calle de tito (sic) Duarte. La declaración del señor jesus arnovey (sic) Caicedo folios 137 y 165, donde manifiesta que el dos **(2) de agosto de 2004**, fue el Coordinador de Servicios Públicos, jose manuel carcamo, retiró la Tubería, la cargaron en la volqueta de rigoberto, y volvieron por la tarde a colaborar con la instalación. La misma declaración del señor egidio quintana, a folios 38 y 164, donde manifiesta que recuerda que el dos **(2) de agosto de 2004**, fue ayudar con la (sic) instalaciones para que quedara bien, y no fuera a quedar con fugas. Esas pruebas no son meros indicios, son pruebas claras y contundentes que muestran que dichas instalaciones de la red del Acueducto se hicieron con fecha **02 de agosto de 2004**, y posteriormente, el doctor oyuela rodríguez, legaliza la realización de dicha obra, celebrando la Orden de Prestación de Servicios No. 320 con fecha 17 de agosto de 2004. (Resalta la Sala).

A igual conclusión arribó el juzgador disciplinario de segunda instancia, quien consideró lo siguiente:

La conducta cuestionada se encuentra probada en el marco del proceso, es decir, se ejecutaron las obras objeto de la orden de prestación de servicios 320 del 17 de agosto de 2004 antes de la suscripción de la misma, por ello, aunque el Apoderado expresa “si fuera cierto”, con intención de crear duda sobre la ocurrencia del hecho esto no ocurre porque el recaudo probatorio permite determinar claramente que el hecho efectivamente ocurrió.

Lo anterior quiere decir que el ente disciplinante, soportado en las pruebas recaudadas durante la actuación disciplinaria, consideró que estaba demostrado que la orden de prestación de servicios que el demandante, en su condición del alcalde del municipio de Saldaña, suscribió el 17 de agosto de 2004 a fin de realizar las obras de acueducto fue posterior a la ejecución de estas, pues se pudo establecer que se habían desarrollado el 2 de agosto de ese año; por ende, tal conducta sí se enmarca dentro del tipo disciplinario por el cual fue investigado que, se repite, consiste en el desconocimiento del inciso 3 del parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, según el cual la obra debía ser ordenada por escrito, en forma previa a su realización o ejecución.

Ahora bien, la aludida conducta es antijurídica, en tanto y en cuanto la elaboración del contrato u orden de prestación de servicios, en forma posterior a la realización de la obra constituye una violación al ordenamiento legal y esta, a su vez, afectó el deber legal que le asistía al demandante, de acatar las disposiciones legales en materia de contratación estatal, en especial, la de no ordenar la realización de obras sin previo contrato escrito, lo que, a su vez, riñe con los principios que orientan la función pública, tales como la moralidad, la igualdad y la imparcialidad, y ello estructura la afectación del deber legal.

Finalmente, en lo que respecta a la culpabilidad, la Procuraduría Provincial calificó el actuar del señor Oyuela, como culpa gravísima, comoquiera que «pretendi[ó] de manera descuidada, legalizar unos hechos, como era la instalación de la tubería mediante la orden de prestación de servicios No. 320, cuando la ley, es clara que no se puede hacer, por cuanto esta debe estar previamente ordenada mediante escrito por el representante legal», calificación que fue avalada por la segunda instancia disciplinaria.

Lo anterior quiere decir que el juzgador disciplinario sí atendió el principio de culpabilidad para efectos de calificar la conducta en que incurrió el demandante y, producto de su análisis, consideró que su actuar obedeció a un descuido o falta de diligencia, de modo que la calificación de la conducta del disciplinado no estuvo desprovista de ese elemento.

Las anteriores razones permiten considerar que no debe prosperar el cargo de violación del debido proceso, alegado por el accionante, por la presunta atipicidad, antijuridicidad y falta de culpabilidad en la comisión de la conducta, pues, por el contrario, en los actos acusados se dejaron plenamente establecidos los motivos por los cuales se configuraron tales elementos, con el soporte probatorio que permitió llevar a la conclusión de que se habían cumplido.

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de congruencia entre la decisión penal y la disciplinaria, la Sala considera oportuno recordar que la acción disciplinaria «se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo», mientras que la acción penal busca «la protección del orden jurídico social»[[56]](#footnote-56).

Y la diferencia entre una y otra acciones radica en que «la ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro. El derecho penal, por su parte, no establece prohibiciones ni formula mandatos, aunque la regla secundaria que subyace a la norma penal los presupone. La norma penal castiga a quien en el mundo fáctico ha incurrido en la conducta descrita en el tipo, pero no contiene preceptos deónticos, preventivos o cautelares que persigan el funcionamiento pacífico de la dinámica de la sociedad a la cual se aplican. El derecho disciplinario, en cambio, sí lo hace»[[57]](#footnote-57).

Siendo así, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la de esta Corporación ha sido pacífica en considerar que existe total independencia y autonomía entre las decisiones que se toman dentro de la acción disciplinaria, respecto de las que se adoptan en la acción penal, en cuanto cada una de ellas protege bienes jurídicos diferentes, motivo por el cual es posible que una misma conducta dé lugar a imposición de sanción disciplinaria y no así sanción penal, y a la inversa. Así lo planteó esta Subsección, en los siguientes términos:

«De tal manera que la diferencia en cuanto a la naturaleza, principios, características y finalidad de los procesos penal y disciplinario, puede llevar a que por un mismo hecho**: i)** se condene penalmente y se sancione disciplinariamente a la misma persona, **ii)** se le condene penalmente y se le absuelva disciplinariamente, **iii)** se le absuelva penalmente y se le sancione disciplinariamente, o **iv)** se le absuelva penal y disciplinariamente.

En todas estas hipótesis se habrá tramitado tanto el proceso penal como el disciplinario, sin que haya mérito para considerar que por tal razón se ha violado el principio non bis in ídem, pues, como se ha explicado, **se trata de juicios que atienden a razones y fines diferentes, los cuales pueden dar lugar a decisiones similares o divergentes**.»[[58]](#footnote-58) (Resalta la Sala).

Lo anterior quiere decir que la ausencia de fallo condenatorio en materia penal no impide imponer sanción disciplinaria, siempre que en esta se configuren los presupuestos exigidos por la ley para el efecto.

Así las cosas, forzoso es concluir que el cargo propuesto por el demandante no prospera, porque la inexistencia de fallo penal condenatorio en su contra, no reprimía la facultad disciplinante, lo que conlleva la no prosperidad del cargo.

**3.3. La causal de exclusión de responsabilidad consistente en la colisión de deberes**

El actor asegura que su conducta estaba amparada por la causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria consistente en la colisión de deberes, pues, la conducta fue el resultado de haber dado prioridad al interés general, comoquiera que el cambio de la red de acueducto del municipio constituía una necesidad que beneficiaba a 10 familias, aproximadamente.

De conformidad con lo previsto en el artículo 28, numeral 2, constituye causal de exclusión de responsabilidad, el actuar «en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado» y, en torno a esa causal, la Corte Constitucional, declaró la exequibilidad de la expresión «de mayor importancia que el sacrificado», al considerar:

Al respecto la Corte recuerda que, como ya se señaló en esta misma providencia, el ejercicio del poder del Estado para sancionar las faltas disciplinarias que cometan sus servidores como mecanismo para prevenir conductas contrarias al cumplimiento recto del servicio público y leal de la función pública, debe estar revestido de todas las garantías de orden sustantivo y procesal, consagradas constitucional y legalmente. Así pues, los principios del debido proceso, legalidad, favorabilidad, presunción de inocencia, igualdad ante la ley, reconocimiento de la dignidad humana, resolución de la duda en favor del disciplinado, entre otros, se muestran como rectores del proceso disciplinario en general[[68]](https://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Providencias/02-C-948.htm#_ftn68).

(…)

No sobra señalar además, como lo recuerda la vista fiscal en su intervención, que no es cierto que dichas causales escapen a la consideración de la voluntad del servidor público al momento de la comisión del hecho que pueda reprocharse disciplinariamente, pues **dicho servidor tiene la obligación de conocer y cumplir sus deberes funcionales en debida forma con la capacidad de valorar, en un momento determinado, cuales son de mayor importancia para el efectivo cumplimiento de los fines estatales.**

Así las cosas frente al cargo planteado la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “de mayor importancia que el sacrificado” contenida en el numeral segundo así como el numeral cuarto del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 y así lo señalará en la parte resolutiva de esta sentencia.[[59]](#footnote-59)

Con fundamento en lo anterior, es válido afirmar que el servidor público está en la obligación de conocer y cumplir sus deberes funcionales, y, solo ante la eventualidad de que existan dos o más deberes en conflicto, debe sopesar y definir cuál de ellos tiene mayor relevancia para cumplir los fines estatales, caso en el cual podrá dar prioridad al que considere prioritario.

Frente a la causal de exclusión de la responsabilidad, la doctrina[[60]](#footnote-60) ha considerado que su configuración «exige que el deber jurídico antepuesto, además de vigente, sea de mayor importancia que el sacrificado o pospuesto» y que el análisis de la conducta debe estar orientado a sopesar «las razones esgrimidas por el investigado, pues fue, en aplicación de su particular criterio, que él optó por no acatar el deber objeto de reproche».

Analizado el caso planteado, la Sala considera que el accionante no estuvo ante el supuesto que consagra la causal de exclusión de responsabilidad aludida, pues si bien es cierto que su intención primordial consistía en garantizar el interés general y para ello consideró necesaria la realización de las obras encaminadas a reemplazar la red de acueducto en la zona ya determinada, también lo es que para la realización de la obra, era requisito suscribir previamente el contrato que la ordenara, de modo que un deber no se anteponía a otro, sino que el que fue desconocido, constituía una exigencia previa para el desarrollo del segundo.

Valga aclarar, además, que el accionante no se encontraba ante una situación apremiante y actual que lo sorprendiera y lo llevara a ponderar cuál era el deber al que le debía dar prelación, pues, la realización de la obra de saneamiento, en este caso, no constituía una situación de urgencia manifiesta[[61]](#footnote-61), ya que no se trataba de una circunstancia excepcional o de fuerza mayor que demandara una acción inmediata por su parte, se repite, consistía en el reemplazo de la red de acueducto en un sector del municipio, para lo cual pudo realizar previamente las gestiones contractuales necesarias encaminadas al desarrollo de la obra; en todo caso, el demandante en momento alguno expidió acto administrativo que hubiera declarado el estado de urgencia, tal como lo exigía el inciso final del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, ni dejó constancia previa sobre la autorización impartida para el desarrollo de la obra, al tenor de lo dispuesto en el inciso 3[[62]](#footnote-62) del artículo 41 *ibidem*.

Tampoco es de recibo el argumento según el cual si hubiera actuado de modo diferente, habría atentado contra el deber principal que consistía en proveer la prestación del servicio básico de agua potable, pues precisamente de lo que se trataba la obra era de reemplazar la red de acueducto y la ley que desconoció no le impedía realizar la obra, ni postergaba su ejecución, sino que, se repite, le exigía cumplir con los requisitos y formalidades que dispone la ley, en forma previa, a su realización.

Para la Sala es claro que el cumplimiento de las disposiciones sobre contratación estatal no se contraponía a la realización de la obra, sino que constituía un requisito previo para ese efecto; por tal motivo, ante la ausencia de conflicto de deberes, es claro que no se configuró la causal eximente de responsabilidad que el actor considera le fue desconocida, y ello impide declarar probado el cargo.

**3.4. La competencia, en segunda instancia, para conocer la actuación disciplinaria**

El accionante asegura que el procurador delegado era el funcionario especial que debió conocer, en segunda instancia, la actuación disciplinaria, ello de conformidad con la Directiva 002 del 24 de enero de 2008.

Al respecto, vale precisar que dentro de la actuación no se arrimó prueba de la aludida directiva y, en todo caso, la competencia para conocer la segunda instancia de las decisiones disciplinarias dictadas por los procuradores provinciales está dada por el Decreto 262 de 2000, en su artículo 75, numeral 3[[63]](#footnote-63), según el cual, esa función está atribuida a las procuradurías regionales.

Así las cosas, y como la competencia está dada por una norma de mayor jerarquía que la directiva aludida por el actor, es forzoso concluir que la Procuraduría Regional del Tolima sí tenía competencia para conocer la segunda instancia dentro del proceso disciplinario que se tramitó en contra del demandante, razón suficiente para declarar no probado el cargo propuesto.

**4. Conclusión**

Con los anteriores planteamientos se concluye que el demandante no logró desvirtuar la legalidad de los actos demandados y ello da lugar a despachar desfavorables las pretensiones de la demanda y declarar probada la excepción de legalidad propuesta por el ente demandado.

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

# F A L L A

**Primero.-** Declarar probada la excepción de legalidad de los actos acusados propuesta por la Procuraduría General de la Nación.

**Segundo.-** Denegar las pretensiones de la demanda formulada por el señor José Vidal Oyuela Rodríguez, en contra de la Nación – Procuraduría General de la Nación, de conformidad con las consideraciones que preceden.

**Cópiese, notifíquese y cúmplase.**

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

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

1. Mediante memorial de folios 114 a 121. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 136. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 129 a 135. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional, Sentencia C-948/02. MP Álvaro Tafur Galvis. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ley 734 de 2002. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 3 cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 24 a 26 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 64 a 68 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 69 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 84 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 191 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 193 a 199 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 204 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 207 a 211 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 213 y 214 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 242 y 245 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 246 a 252 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folios 261 a 262 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folios 267 a 269 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 17 y 18 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folio 19 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folio 15 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-23)
24. Folio 21 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-24)
25. Folio 20 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folio 9 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folios 10 a 13 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folio 8 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-28)
29. Folio 14 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-29)
30. Folio 46 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folio 48 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-31)
32. Declaración rendida por José Antonio Rivera, quien trabajó como operador del acueducto municipal de Saldaña desde el 1 de julio de 1992 y a la fecha de la declaración permanecía activo. Folio 36 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-32)
33. Folio 166 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-33)
34. Folio 37 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-34)
35. Folio 165 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-35)
36. Folio 38 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-36)
37. Folio 164 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-37)
38. Folios 59 y 60 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-38)
39. Folio 167 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-39)
40. Folio 185 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-40)
41. Folio 186 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-41)
42. Folio 58 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-42)
43. Folio 128 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-43)
44. Folios 129 a 157 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-44)
45. Folio 162 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-45)
46. Folio 163 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-46)
47. Folio 168 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-47)
48. Folio 169 a 176 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-48)
49. Resalta de la Sala. [↑](#footnote-ref-49)
50. Folio 82 del cuaderno anexo. [↑](#footnote-ref-50)
51. Sentencia proferida el 9 de agosto de 2016 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez (E), referencia: 110010325000201 100316 00 Núm. interno: 1210-11, demandante: Piedad Esneda Córdoba Ruíz. [↑](#footnote-ref-51)
52. Artículo 9 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-52)
53. Corte Constitucional. Sentencia C-651/97. Magistrado ponente, Carlos Gaviria Díaz. [↑](#footnote-ref-53)
54. Artículo 5 de la Ley 734 de 2002. [↑](#footnote-ref-54)
55. Artículo 13 de la Ley 734 de 2002. [↑](#footnote-ref-55)
56. Sentencia C-244 de 1996 de la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-56)
57. Sentencia C-181 de 2002 de la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-57)
58. Sentencia de 13 de febrero de 2014, consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación 11001-03-25-000-2011-00130-00(0427-11), actor: Miguel Ángel Duran Gelvis. [↑](#footnote-ref-58)
59. Corte Constitucional. Sentencia C-948/02. Magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis. [↑](#footnote-ref-59)
60. Los apartes que a continuación se citan, hacen parte de la publicación «Justicia Disciplinaria – De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud» a la Procuraduría General de la Nación. IEMP ediciones, páginas 47 y 48. [↑](#footnote-ref-60)
61. La Ley 80 de 1993, al respecto prevé: **Artículo 42.-**De la Urgencia Manifiesta. Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro, cuando se presenten situaciones relacionadas con los Estados de Excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concursos públicos.

La urgencia manifiesta se declara mediante acto administrativo motivado.  [↑](#footnote-ref-61)
62. El aludido inciso, consagra: «En caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta Ley que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de éste y aún del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante.(…)» [↑](#footnote-ref-62)
63. **Artículo  75. Funciones.** Las procuradurías regionales tienen, dentro de su circunscripción territorial, las siguientes funciones, cuando lo determine el Procurador General en virtud de las facultades contenidas en el artículo 7 de este decreto.

(…)

3. Conocer en segunda instancia los procesos disciplinarios decididos en primera por los personeros, los procuradores provinciales y judiciales I. [↑](#footnote-ref-63)