**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Nulidad de actos administrativos – Sanción disciplinaria – Pago de prestaciones sociales**

El actor solicita que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) Resolución No. 014 de 7 de octubre de 2011, emitida, en primera instancia, por la Procuraduría Provincial de Cali, a través de la cual se declaró disciplinariamente responsable y se le impuso la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 4 meses; y ii) Resolución No. 0040 de 15 de diciembre de 2011, proferida por la Procuraduría Regional del Valle del Cauca, que confirmó la decisión inicial. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales que dejó de devengar desde cuando se ejecutó tal decisión

**NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS – Causales**

El artículo 84 del Código Contencioso Administrativo establece como causales de nulidad de todo acto administrativo, las siguientes: «procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió»; y el artículo 85, dispone en cuanto a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que: «toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente».

**LEY DISCIPLINARIA – Interpretación**

La Ley 734 de 2002, señala en su artículo 20, en cuanto a la interpretación de la Ley disciplinaria, que «en la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria el funcionario competente debe tener en cuenta que la finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen».

**ACTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS – Actuación disciplinaria – Análisis**

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. (…) el estudio integral de los actos disciplinarios cuestionados en esta controversia, se hará dentro del marco planteado en la sentencia previamente trascrita. (…) El demandante sostuvo que le fue vulnerado su derecho al debido proceso toda vez que: i) en el fallo de primera instancia se expusieron argumentos nuevos que no fueron señalados en la formulación de cargos, desconociendo con ello el principio de congruencia y su derecho de defensa; y ii) el operador disciplinario de segunda instancia no analizó en debida forma los argumentos planteados en el recurso de apelación.

**PRINCIPIO DE CONGRUENCIA – Finalidad – Correspondencia entre cargos y fallo disciplinario**

Entre el pliego de cargos y el fallo disciplinario debe existir correspondencia en lo que respecta a la denominación jurídica que se atribuye al disciplinado, en garantía de los derechos que le asisten, en particular, los de acceso a la investigación y la rendición de descargos , motivo por el cual los cargos deben estar plenamente identificados en cuanto delimitan el marco de acción de su derecho de defensa; de igual manera garantiza el derecho de impugnación de las decisiones ya que su controversia está delimitada por los cargos que se hubieran formulado. Tal es la relevancia del principio de congruencia, que su desatención puede dar lugar a la invalidación de la actuación, por violación al debido proceso y al derecho de defensa y contradicción. (…) Si bien es cierto la ley permite la variación del pliego de cargos, ello no implica la sustitución total de la imputación inicialmente formulada, pues la conducta o falta atribuida no puede ser modificada. (…) incluso en el evento en que haya variación del pliego de cargos, siempre que se cumplan las formalidades que la ley exige para el ejercicio del derecho de defensa y contradicción del implicado

**RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA – Congruencia del fallo sancionatorio – Legalidad de los actos administrativos**

Al analizar el asunto sometido a consideración se observa que en el Auto de cargos se hizo el análisis de las pruebas obrantes dentro del expediente, concluyendo que las imputaciones se circunscribían a que el señor Milton Francelino Posos Solarte, en su condición de presidente del Concejo Municipal de Candelaria, Valle del Cauca, suscribió un contrato de prestación de servicios y lo empezó a ejecutar sin contar con la aprobación previa de la garantía, trasgrediendo de esa manera las normas contractuales. (…) tanto la Procuraduría Provincial de Cali como la Procuraduría Regional del Valle del Cauca, fueron contundentes y coherentes en manifestar que se encontró plenamente acreditado que el señor Milton Francelino Posos Solarte, inobservó los deberes dispuestos en el artículo 34 numeral 1.º de la Ley 734 de 2002, por cuanto desconoció lo señalado en el inciso 2.º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, al perfeccionar y ejecutar el contrato de prestación de servicios No. 007 de 3 de diciembre de 2009, sin haber aprobado la póliza de garantía. (…) la Sala observa que el actor señala una trasgresión al principio de congruencia por considerar que en los actos administrativos acusados se dispusieron hechos nuevos que no le fueron puestos en su conocimiento, pero no identifica a qué se contrae dicha novedad cuando al verificar los actos censurados, se advierte que tanto las normas como los argumentos al momento de emitir la formulación de cargos, fueron los mismos que analizaron los operadores disciplinarios al proferir los fallos sancionatorios de primera y segunda instancia, motivo por el cual no le asiste razón al demandante. (…) El actor no logró desvirtuar la legalidad de los actos demandados, por lo que en consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda.



**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

Bogotá, D. C, nueve (09) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

 **Radicación: 110010325000201200407 00**

 **Número interno: 1565-2012**

 **Actor: Milton Francelino Posos Solarte**

 **Demandado: Nación, Procuraduría General de la Nación**

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del CCA, el señorMilton Francelino Posos Solarte presenta demanda contra la Nación, Procuraduría General de la Nación.

1. **Antecedentes**
	1. **La demanda**
		1. **Las pretensiones**

El actor solicita que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) Resolución No. 014 de 7 de octubre de 2011, emitida, en primera instancia, por la Procuraduría Provincial de Cali, a través de la cual se declaró disciplinariamente responsable y se le impuso la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 4 meses; y ii) Resolución No. 0040 de 15 de diciembre de 2011, proferida por la Procuraduría Regional del Valle del Cauca, que confirmó la decisión inicial.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales que dejó de devengar desde cuando se ejecutó tal decisión hasta cuando sea anulado el acto administrativo; y ordenar la actualización de las sumas que resulten de la condena, de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

**1.1.2. Hechos**

Los hechos que fundamentaron sus pretensiones, son los siguientes:

Fue elegido popularmente como concejal del Municipio de Candelaria, Valle del Cauca.

Al desempeñarse como presidente de dicha Corporación, suscribió el contrato No. 007 de 3 de diciembre de 2009, con el señor Miguel Ángel Cerón Hurtado, cuyo objeto era la prestación de servicios profesionales de acompañamiento y asesoría en la implementación del modelo estándar MECI del Concejo Municipal.

Actuando con la convicción errada de estar obrando conforme a derecho, el 3 de diciembre de 2009 suscribió acta de inicio del mencionado contrato, pese a que este no era un requisito para esta clase de acuerdo por tratarse de tracto sucesivo.

El 24 de febrero de 2010, el representante legal de la Veeduría Ciudadana «no más corrupción por Candelaria», Edilberto Peralta Borja, interpuso una queja en su contra, por el presunto incumplimiento de las normas contractuales en la ejecución de dicho contrato.

Mediante Auto de 1 de julio de 2010, la Procuraduría Provincial de Cali, dio apertura de indagación preliminar en su contra.

Posteriormente, a través de Auto de 22 de agosto de 2011, la Procuraduría Provincial de Cali decidió tramitar el asunto por el procedimiento verbal y formuló pliego de cargos en su condición de concejal del Municipio de Candelaria, Valle del Cauca, manifestando al respecto que dio inicio a la ejecución de un contrato estatal sin contar con la aprobación previa de la garantía, tal como lo dispone el inciso 2.º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007.

En audiencia llevada a cabo el 7 de octubre de 2011, la Procuraduría Provincial de Cali, en primera instancia, lo declaró responsable disciplinariamente, sancionándolo con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 4 meses.

Contra dicha decisión interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 0040 de 15 de diciembre de 2011, por la Procuraduría Regional del Valle del Cauca, confirmando la decisión inicial.

Con el fin de agotar el requisito de procedibilidad, presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación, la cual fue declarada fallida, el 21 de junio de 2012, por falta de ánimo conciliatorio.

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

Como tales se señalaron los artículos 29 de la Constitución Política; 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo; 448 de la Ley 906 de 2004: y 20 de la Ley 734 de 2002.

Al desarrollar el concepto de violación, adujo que la Procuraduría General de la Nación vulneró su derecho al debido proceso, toda vez que existió incongruencia entre el pliego de cargos y el fallo de primera instancia.

Aunado a ello, consideró trasgredido dicho derecho, en la medida en que la Procuraduría Regional del Valle del Cauca al proferir el fallo de segunda instancia, no tuvo en cuenta los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

**1.2. Contestación de la demanda**

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

Sostuvo que la Procuraduría General de la Nación actuó en cumplimiento de un deber legal y le garantizó al disciplinado el ejercicio del derecho de defensa y contradicción.

Afirmó que los actos administrativos demandados gozan de presunción de legalidad, dado que el material probatorio obrante dentro del expediente se analizó bajo las reglas de la sana crítica, con el cual se logró acreditar que efectivamente el señor Posos Solarte, en su condición de presidente del Concejo Municipal de Candelaria, Valle del Cauca, incurrió en la falta grave que le fue endilgada, por el incumplimiento de las normas de la contratación estatal.

Señaló que la pretensión del actor es convertir la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en una tercera instancia del proceso disciplinario, lo cual resulta improcedente.

**1.3. Alegatos de conclusión**

**1.3.1. De la parte demandante[[2]](#footnote-2)**

Reiteró los argumentos expuestos en el escrito de la demanda, y resaltó que se vulneró el principio de congruencia en la medida en que el operador disciplinario de primera instancia al emitir su decisión, no varió el cargo que le fue inicialmente formulado, sino que introdujo argumentos nuevos que no le fueron dados a conocer en su momento.

Sostuvo que no se acreditó con ningún material probatorio la ocurrencia de una culpa gravísima, desconociendo que al suscribir el contrato no contó con ninguna asesoría jurídica, dado que el Concejo Municipal de Candelaria, Valle del Cauca no la tenía.

**1.3.2. De la parte demandada[[3]](#footnote-3)**

Insistió en los fundamentos presentados en la contestación de la demanda y agregó que, contrario a lo manifestado por la parte actora, existió identidad entre las conductas cometidas por el actor y las normas que le fueron imputadas como violadas.

**1.4. Concepto del Ministerio Público.**

La procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado emitió concepto en el que solicitó negar las pretensiones de la demanda[[4]](#footnote-4).

Manifestó que la autoridad disciplinaria resolvió los planteamientos que el demandante expuso en el proceso y que, contrario a lo expuesto por el actor, en el fallo de primera instancia no se señalaron hechos nuevos sino que existió un hilo conductor entre la conducta imputada en el Auto de formulación de cargos y los actos administrativos a través de los cuales fue declarado responsable disciplinariamente y, finalmente, sancionado.

Agregó que en todos aquéllos eventos en los cuales el contrato estatal requiera del otorgamiento de una póliza de cumplimiento por parte del contratista, su ejecución no puede iniciarse hasta tanto la entidad contratante no haya efectuado la aprobación de la garantía única de cumplimiento, motivo por el cual le asiste razón a la Procuraduría General de la Nación en cuanto a la imputación efectuada al actor, esto es, el desconocimiento de lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007.

1. **Consideraciones**

**2.1. El problema jurídico**

Se circunscribe a determinar si con la expedición de los actos acusados, la entidad demandada incurrió en **violación del derecho al debido proceso,** por: i) trasgredir el principio de congruencia entre el pliego de cargos y el fallo de primera instancia; y ii) desconocer y no resolver los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto frente a la decisión inicial.

**2.2. Marco normativo**

Dentro de las garantías del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política se encuentran las relacionadas a que «Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (…) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho».

**A su turno, el** artículo 84 del Código Contencioso Administrativo establece como causales de nulidad de todo acto administrativo, las siguientes: «procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió»; y el artículo 85, dispone en cuanto a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que: «toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente».

**Por su parte, la Ley 734 de 2002, señala en su artículo 20, en cuanto a la interpretación de la Ley disciplinaria, que «en la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria el funcionario competente debe tener en cuenta que la finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen».**

**2.3. Hechos probados**

De conformidad con las pruebas obrantes dentro del expediente, puede establecerse lo siguiente:

**2.3.1.** **En relación con la actuación disciplinaria**

El 3 de diciembre de 2009, el señor Milton Francelino Posos Solarte, en su condición de presidente del Concejo Municipal de Candelaria, Valle del Cauca, suscribió el contrato No. 007 con el señor Miguel Ángel Cerón Hurtado, cuyo objeto era: «el contratista se obliga con el Concejo del Municipio de Candelaria a prestar sus servicios profesionales de acompañamiento y asesoría en la implementación del modelo estándar Meci del Concejo», por un valor de $16.600.000 y con la siguientes clausulas[[5]](#footnote-5):

(…) Quinta. Término. El plazo de ejecución del presente contrato se contará a partir de la fecha de su perfeccionamiento y estará vigente hasta el 15 de diciembre de 2009. Parágrafo 1. De conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, la ejecución del contrato no podrá iniciarse hasta tanto no se haya aprobado la garantía única y efectuado el registro presupuestal. (…) sexto. Clase de contrato. Las partes contratantes declaran que el presente contrato es de prestación de servicios profesionales, no es de trabajo (…) Décima Novena. Perfeccionamiento y ejecución. El presente contrato se perfecciona con el acuerdo sobre el objeto, plazo y previo y la suscripción entre las partes y para su ejecución se requiere: a) el registro presupuestal, b) constitución de la garantía única por parte de la contratista y aprobación de la misma. (…).

En la misma fecha, se expidió el registro presupuestal por parte del Municipio de Candelaria, Valle del Cauca por un valor de $16.600.000, por concepto de «contrato No. 007 de 2009, cuyo objeto es la prestación de servicios profesionales de acompañamiento y asesoría en la implementación del modelo estándar de control interno Meci 1000 2005»[[6]](#footnote-6).

El 3 de diciembre de 2009, el señor Milton Francelino Posos Solarte y Miguel Ángel Cerón Hurtado, en su condición de contratista, suscribieron acta de inicio del referido contrato[[7]](#footnote-7).

Mediante Resolución No. 025 de 11 de diciembre de 2009, el señor Milton Francelino Posos Solarte, en su condición de presidente del Concejo Municipal de Candelaria, Valle del Cauca, aprobó la póliza de garantía No. 1557698 expedida por Liberty Seguros S.A. tomada por Miguel Ángel Cerón Hurtado[[8]](#footnote-8).

El 11 de diciembre de 2009, el señor Milton Francelino Posos, en su condición de interventor, y el señor Miguel Ángel Cerón Hurtado, como contratista, suscribieron acta de finalización del Contrato No. 007[[9]](#footnote-9).

En la misma fecha, el señor Milton Francelino Posos Solarte suscribió acta de recibo a satisfacción, así: «que recibió a entera satisfacción, por parte del señor Miguel Ángel Cerón Hurtado (…) en su calidad de contratista, la prestación de servicios profesionales de acompañamiento y asesoría en la implementación del modelo estándar de control interno Meci del Concejo, por la suma de $16.600.000, según contrato No. 007»[[10]](#footnote-10).

El 14 de diciembre de 2009, la Aseguradora Solidaria de Colombia expidió la Póliza de seguro de cumplimiento No. 994000007780. «Nombre del afianzado: Miguel Ángel Cerón Hurtado (…) nombre del asegurado: Municipio de Candelaria (…) se garantiza el cumplimiento y la calidad del servicio del contrato No. 007, cuyo objeto es: el contratista se obliga con el Concejo del Municipio de Candelaria a prestar sus servicios profesionales de acompañamiento y asesoría en la implementación del modelo estándar Meci del Concejo, en relación con las obligaciones que se detallaran en la cláusula segunda del contrato»[[11]](#footnote-11).

El 4 de marzo de 2010, el representante legal de la Veeduría Ciudadana « no más corrupción en Candelaria» presentó una queja ante la Procuraduría Provincial de Cali, bajo los siguientes argumentos[[12]](#footnote-12):

Primero. El señor Milton Francelino Posos, en su calidad de Presidente del Concejo de Candelaría, el día 3 de diciembre de 2009 realizó el contrato No. 007, por valor de $16.600.000, cuyo objeto fue el prestar sus servicios profesionales de acompañamiento y asesoría en la implementación del modelo estándar Meci del Concejo.

Segundo. El día 03 de diciembre de 2009, el señor Milton Francelino Poso (…) y el señor Miguel Ángel Cerón Hurtado, en su calidad de contratista, suscribieron acta de inicio del contrato anteriormente anotado.

Tercero. El día 11 de diciembre de 2009, el señor Milton (…) y el señor Miguel (…) suscribieron 2 actas: una como acta de finalización y otra como acta de recibo a satisfacción.

Cuarta. El día 11 de diciembre de 2009, el señor Milton (…) expidió la Resolución 025, por medio del cual se aprobó la póliza de cumplimiento (…)

Quinto. El día 14 de diciembre de 2009, la Aseguradora Solidaria expidió la Póliza de cumplimiento del contrato 007.

Sexto. El día 09 de febrero de 2010, se presentó el señor Miguel Ángel Cerón Hurtado, ante el Honorable Concejo Municipal a realizar la capacitación correspondiente a la implementación del Meci.

Normas violadas

Numeral 19 art. 25 de la Ley 80 de 1993, subrogado por el art. 7 de la Ley 1150 de 2007; norma que se violó, al suscribir el día 3 de diciembre de 2009, el acta de iniciación de cumplimiento de la obligación surgidas del contrato. Cabe destacar que en el presente contrato se establece la necesidad de constituir póliza, ya que el valor del mismo supera la mínima cuantía de contratación para el año 2009.

Art. 41 de la Ley 80 de 1993, modificado en su inciso 2.º por la Ley 1150 de 2007, norma que se violó al permitir el inicio del contrato sin la aprobación de la garantía, para comprobar la violación basta ver el acta de inicio, la cual fue suscrita el 3 de diciembre de 2009, mediante Resolución 025 de 2009, ósea 8 días después de haberse iniciado la ejecución del contrato.

(…)

De igual manera se observan irregularidades al suscribir acta de finalización del contrato, seis días hábiles después de haberse firmado el acta de inicio del mismo, tiempo que hace imposible la ejecución del objeto contractual ya que este acompañamiento se debe desarrollar por etapas, más aun cuando en el tiempo de ejecución pactado en el contrato se había establecido desde su perfeccionamiento hasta el 15 de diciembre de 2009; según la ley de contratación el perfeccionamiento del contrato se da cuando los requisitos establecidos se cumplen, para este caso existe una ambigüedad en la subscripción de la garantía establecida en la cláusula octava del contrato en cuestión, la póliza fue aprobada el 11 de diciembre de 2009 y expedida por la aseguradora el 14 de diciembre de 2009; se puede inferir que el contrato solo tuvo tres días de ejecución, ya que solamente se pudo haber iniciado el contrato con el perfeccionamiento del mismo hecho que solamente ocurrió según la resolución 025 el día 11 de diciembre de 2009, pero según la fecha de expedición de la póliza este hecho ocurrió el día 14 de diciembre, circunstancia que nos llevaría del mismo modo a concluir que el contrato solo tuvo dos días de ejecución.

En atención a lo anterior, mediante Auto de 1 de julio de 2010, la Procuraduría Provincial de Cali dio apertura de indagación preliminar en contra de Milton Francelino Posos Solarte, en su condición de presidente del Concejo Municipal de Candelaria, Valle del Cauca[[13]](#footnote-13).

El 23 de agosto de 2010, el señor Milton Francelino Posos Solarte rindió su versión libre dentro de la investigación disciplinaria, en la que sostuvo[[14]](#footnote-14):

(…) si, el contrato 007 de diciembre de 2009, se ejecutó de conformidad con las normas legales terminándose realmente el 15 de diciembre del 2009, teniendo en cuenta que la inconsistencia en las fechas del acta inicio, resolución de aprobación de póliza, acta final y acta de bien recibido, corresponde a unos errores voluntarios en razón a que la persona encargada que proyectó los anteriores documentos se equivocó en estas, toda vez que se traba con base en plantillas o formatos prediseñados sin tener precaución de verificar el momento de dar impresión de igual forma por parte de los firmantes, error que se puede presentar en cualquier entidad pública debido a que somos seres humanos y trabajamos repito con base en formatos prediseñados, siendo cuestiones de buena fe que para nada afecta el proceso contractual en objeto y ya que es un proceso de contratación directa. Realmente las fechas del acta de inicio es del 14 de diciembre, al igual que la resolución de aprobación de la póliza, fecha del acta final y acta de bien recibido es de 15 de diciembre. Si observamos el contrato en su cláusula quinta el plazo para la ejecución del contrato era hasta el 15 de diciembre de 2009 hacer prorrogas debido a que había llegado a circular por parte de la secretaria de hacienda municipal en la cual estipulaba fecha y términos para entregar las cuentas debido al cierre fiscal ordenando por la contraloría departamental por lo tanto el contratista en dos días con su equipo de trabajo de manera permanente día y noche dio cumplimiento al objeto del contrato el 15 de diciembre de 2009 teniendo en cuenta que el Concejo municipal es una entidad pequeña lo que implica menor dificultad para la elaboración del diagnóstico. Gracias a esta información adelantada por el contratista y su grupo de trabajo en su asesoramiento el honorable Concejo Municipal está funcionando el Meci (…)

Por Auto de 22 de agosto de 2011, la Procuraduría Provincial de Cali decidió tramitar el asunto a través de procedimiento verbal, citó a audiencia pública al señor Milton Francelino Posos Solarte, en su condición de presidente del Concejo Municipal de Candelaria, Valle del Cauca y le formuló pliego de cargos, así[[15]](#footnote-15):

En el caso bajo examen se le reprocha al investigado el presunto incumplimiento de deberes, aspecto constitutivo de falta disciplinaria, en los términos del artículo 23 de la Ley 734 de 2002, así como la falta de diligencia y eficiencia en el servicio encomendado, circunstancias consagradas en los numerales 1 y 2 del artículo 34 de la norma citada, al haber efectuado un contrato estatal sin contar con la previa aprobación de la garantía en claro desconocimiento de lo dispuesto en el inciso 2 de la Ley 80 de 1993 modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007.

En audiencia pública llevada a cabo el 13 de septiembre de 2011, el señor Milton Francelino Posos Solarte, a través de su apoderado judicial, rindió sus descargos[[16]](#footnote-16).

Mediante Resolución No. 014 de 7 de octubre de 2011, la Procuraduría Provincial de Cali, en primera instancia, declaró responsable disciplinariamente al señor Milton Francelino Posos Solarte, en su condición de presidente del Concejo Municipal de Candelaria, Valle del Cauca, sancionándolo con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 4 meses[[17]](#footnote-17).

Contra dicha decisión, el señor Posos Solarte interpuso recurso de apelación[[18]](#footnote-18).

A través de Resolución No. 0040 de 15 de diciembre de 2011, la Procuraduría Regional del Valle del Cauca, en segunda instancia, confirmó la decisión inicial[[19]](#footnote-19).

Por Resolución No. 007 de 3 de febrero de 2012, el Concejo Municipal de Candelaria, Valle del Cauca ejecutó la sanción disciplinaria impuesta al señor Milton Francelino Posos Solarte[[20]](#footnote-20).

**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) El 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[[21]](#footnote-21).

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. Violación del derecho al debido proceso**

Los artículos 29 de la Constitución Política y 6 de la Ley 734 de 2002, disponen que el debido proceso se aplica tanto a las actuaciones judiciales como a las de carácter administrativo, e implica que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez competente, y con observancia de las formas propias de cada juicio.

La Corte Constitucional respecto al mencionado derecho, ha manifestado que en materia disciplinaria las actuaciones deben estar acordes a este, en garantía de un orden justo, la seguridad jurídica, los derechos fundamentales del investigado y el control de la potestad estatal disciplinaria[[22]](#footnote-22).

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el «conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) el derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) el derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas»[[23]](#footnote-23).

**Frente a este cargo**, el demandante sostuvo que le fue vulnerado su derecho al debido proceso toda vez que: i) en el fallo de primera instancia se expusieron argumentos nuevos que no fueron señalados en la formulación de cargos, desconociendo con ello el principio de congruencia y su derecho de defensa; y ii) el operador disciplinario de segunda instancia no analizó en debida forma los argumentos planteados en el recurso de apelación.

**3.2.1. Del principio de congruencia**

Entre el pliego de cargos y el fallo disciplinario debe existir correspondencia en lo que respecta a la denominación jurídica que se atribuye al disciplinado, en garantía de los derechos que le asisten, en particular, los de acceso a la investigación[[24]](#footnote-24) y la rendición de descargos[[25]](#footnote-25), motivo por el cual los cargos deben estar plenamente identificados en cuanto delimitan el marco de acción de su derecho de defensa; de igual manera garantiza el derecho de impugnación de las decisiones[[26]](#footnote-26) ya que su controversia está delimitada por los cargos que se hubieran formulado.

Tal es la relevancia del principio de congruencia, que su desatención puede dar lugar a la invalidación de la actuación, por violación al debido proceso y al derecho de defensa y contradicción, es por ello que entre una y otra decisión debe haber consonancia y armonía y no puede ocurrir que se formule un cargo por una falta y el fallo disciplinario se emita atribuyendo una distinta a aquella que fue imputada en el pliego de cargos, dado que tal incongruencia redundaría en violación de los derechos previamente aludidos.

Si bien es cierto la ley permite la variación del pliego de cargos[[27]](#footnote-27), ello no implica la sustitución total de la imputación inicialmente formulada, pues la conducta o falta atribuida no puede ser modificada, a ese respecto se hace precisión en el inciso 5 del artículo 165 de la Ley 734 de 2002, cuando refiere que la variación permitida surge por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente.

Ahora bien, tal variación solo puede realizarse hasta antes del fallo de primera o única instancia, se debe notificar al implicado y permitir que ejerza su derecho de defensa y contradicción, y no puede sustituir en su integridad, el pliego de cargos inicialmente formulado de modo que no se sorprenda al implicado con una imputación diferente al momento de emitir el fallo.

En todo caso, incluso en el evento en que haya variación del pliego de cargos, siempre que se cumplan las formalidades que la ley exige para el ejercicio del derecho de defensa y contradicción del implicado, ésta haría parte integral del pliego de cargos inicialmente formulado y las dos decisiones deberán estar en plena armonía y consonancia con el fallo disciplinario, so pena de declarar inválida la actuación por violación del derecho al debido proceso del disciplinado.

Al respecto, el Consejo de Estado, en la Sentencia de 12 de abril de 2012, expediente No. 11001-03-25-000-2010-00120-00, consejero de estado: Víctor Hernando Alvarado Ardila, manifestó en cuanto al principio de congruencia, que:

(…) Este postulado, debe ser tanto interno como externo, el primero, tiene que ver con la coherencia que debe existir entre las decisiones contenidas en la parte resolutiva de la providencia y el análisis jurídico - normativo plasmado en su parte considerativa, junto con la valoración realizada por el fallador de los aspectos fácticos y probatorios; por su parte el segundo, se refiere a la consonancia que debe existir entre lo decidido en la sentencia con lo pedido por las partes en la demanda y corrección de la misma y en las excepciones que se propongan.

(…)

Visto lo anterior, se puede concluir que aun así se altere la imputación de la sanción, lo que importa es que no se varíe el pliego de cargos, como en el presente caso, lo anterior resulta razonable por cuanto dentro del proceso disciplinario, bien sea de procedimiento ordinario o verbal, se pueden presentar pruebas o circunstancias (el obrar en estado de pasión o bajo coacción ajena, la influencia de ciertas circunstancias, entre otros) que tiendan a atenuar o a exonerar la falta cometida. (…).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derecho Humanos señala en cuanto al principio de congruencia entre la acusación y la sentencia, lo siguiente[[28]](#footnote-28):

En el Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, la Corte Interamericana examinó algunos temas del debido proceso que no había conocido previamente. Hoy no se ha ocupado, como en tantos otros casos, del juez natural, la independencia e imparcialidad del juzgador, la posibilidad de designar defensor y recibir su asistencia, la estructura de la prueba, el recurso contra decisiones condenatorias, la confiabilidad de la confesión y otros más que han estado constantemente a la vista. En este caso, se ha puesto en juego un dato del proceso penal en una sociedad democrática: la congruencia entre la acusación y la sentencia, que no sólo entraña una conexión lógica entre dos actos procesales de extrema importancia, sino atañe a la defensa del inculpado --porque la afecta profundamente--, y por lo tanto se proyecta sobre el conjunto del proceso y gravita en la validez de la sentencia misma.

25. Más todavía, la congruencia a la que me refiero --que impide resoluciones judiciales al margen de la acusación formulada por un órgano ajeno al juzgador e independiente de éste-- constituye una expresión regular de la división de poderes y caracteriza al sistema procesal penal acusatorio. En efecto, pone en evidencia la separación entre el órgano que acusa y el órgano que sentencia, y reconoce que la función persecutoria incumbe a aquél, no a éste. Si no fuera así, es decir, si el juzgador pudiera rebasar los términos de la acusación, desatenderlos o sustituirlos a discreción, estaríamos en presencia de un desempeño judicial inquisitivo: el órgano de la jurisdicción llevaría por sí mismo a la sentencia hechos y cargos que no ha esgrimido el órgano de la persecución, y se convertiría, en buena medida, en un acusador.

26. En el proceso penal democrático, el inculpado, sujeto del proceso, dotado con derechos adjetivos que permiten sostener y asegurar sus derechos materiales, enfrenta ciertos cargos sobre los que aguarda la decisión judicial. En función de ellos, que son el “tema del enjuiciamiento”, desarrolla el conjunto de los actos de defensa. De ahí la importancia de que conozca, desde el principio mismo del proceso --y más todavía, desde que comienza el procedimiento en su contra y se le priva de libertad en un momento anterior a su presentación ante el juzgador--, los hechos que se le atribuyen, para que pueda construir su defensa. No se trata de enterarlo de cuestiones técnicas en torno a los cargos que pesan sobre él, sino de que sepa con certeza --y también, por supuesto, de que sepa su defensor-- qué hechos se le atribuyen, cómo se dice que los cometió, en qué forma lo hizo, etcétera, para que cuente con los elementos indispensables para contradecir la acusación y obtener al cabo una sentencia justa.

**3.2.1.1. Del caso concreto**

El operador disciplinario procede a formular cargos al servidor público cuando surtida la etapa de indagación y la posterior de investigación, cerrada esta última, se encuentran objetivamente demostrados hechos que pueden constituir faltas disciplinarias, las cuales, a su vez, están tipificadas en disposiciones legales; así como porque aparecen elementos que demuestran la posible responsabilidad de dicho funcionario en su comisión, sin que de otra parte estén acreditadas a su favor causales de exclusión de responsabilidad.

En cuanto al Auto de Formulación de Cargos el Consejo de Estado en la Sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente No. 1817-04, consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, manifestó lo siguiente:

(…) el Auto de Formulación de Cargos es una providencia de trámite que sienta los cimientos sobre los cuales se edifica el proceso disciplinario destinado a establecer la responsabilidad disciplinaria del inculpado, de modo que el órgano titular del poder disciplinario fija en aquella el objeto de su actuación y le señala al imputado, en forma concreta, cual es la falta disciplinaria que se le endilga a efecto de que pueda ejercer su derecho de defensa. (…).

Al analizar el asunto sometido a consideración se observa que en el Auto de cargos se hizo el análisis de las pruebas obrantes dentro del expediente, concluyendo que las imputaciones se circunscribían a que el señor Milton Francelino Posos Solarte, en su condición de presidente del Concejo Municipal de Candelaria, Valle del Cauca, suscribió un contrato de prestación de servicios y lo empezó a ejecutar sin contar con la aprobación previa de la garantía, trasgrediendo de esa manera las normas contractuales[[29]](#footnote-29). Al respecto, la Procuraduría Provincial de Cali, a través de Auto de 22 de agosto de 2011, señaló[[30]](#footnote-30):

Las pruebas arrimadas al informativo, reflejan que el señor, Milton Francelino Posos, celebró el contrato No. 007 diciembre 3 de 2009, de prestación de servicios profesionales de acompañamiento y asesoría en la implementación del Modelo Estándar de Control Interno Meci del Concejo Municipal de Candelaria, por valor de $16.600.000, suscribió el acta de inicio del mismo con fecha 03 de diciembre de 2009 al igual que profirió la Resolución No. 025 de diciembre 11 del citado año, por medio de la cual se aprobó la póliza de garantía del referido contrato, misma fecha en la cual suscribió las actas de finalización y recibo a satisfacción del referido contrato.

Todo indica que el inculpado dio inicio a la ejecución de un contrato estatal sin contar con la aprobación previa de la garantía, tal como lo dispone el inciso 2. º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007.

Con base en lo anterior, se puede establecer que la imputación inicial hecha al señor Posos Solarte estuvo basada en lo siguiente:

i) En su calidad de presidente del Concejo Municipal de Candelaria, Valle del Cauca, suscribió **el contrato No. 007 de 3 de diciembre de 2009**, con el señor Miguel Ángel Cerón Hurtado, cuyo objeto era la prestación de servicios profesionales de acompañamiento y asesoría en la implementación del modelo estándar Meci del Concejo, por un valor de $16.600.000, teniendo como plazo de ejecución hasta el 15 de diciembre del mismo año, bajo las siguientes clausulas: «Quinta. Término. (…) Parágrafo 1. De conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, la ejecución del contrato no podrá iniciarse hasta tanto no se haya aprobado la garantía única y efectuado el registro presupuestal. (…) sexto. Clase de contrato. Las partes contratantes declaran que el presente contrato es de prestación de servicios profesionales, no es de trabajo (…) Décima Novena. Perfeccionamiento y ejecución. El presente contrato se perfecciona con el acuerdo sobre el objeto, plazo y previo y la suscripción entre las partes y para su ejecución se requiere: a) el registro presupuestal, b) constitución de la garantía única por parte de la contratista y aprobación de la misma. (…)»[[31]](#footnote-31).

ii) Para la suscripción de dicho contrato se contó solamente con el registro presupuestal, expedido el 3 de diciembre de 2009[[32]](#footnote-32).

iii) Mediante **Resolución No. 025 de 11 de diciembre de 2009**, el señor Milton Francelino Posos Solarte, en su condición de presidente del Concejo Municipal de Candelaria, Valle del Cauca, aprobó la póliza de garantía No. 1557698 para la ejecución del acuerdo referido[[33]](#footnote-33).

iv) En esa misma fecha, esto es, **11 de diciembre de 2009**, el señor Milton Francelino Posos, en su condición de interventor, y el señor Miguel Ángel Cerón Hurtado, como contratista, suscribieron acta de finalización y acta de recibo a satisfacción del Contrato No. 007[[34]](#footnote-34).

v) El **14 de diciembre de 2009**, la Aseguradora Solidaria de Colombia expidió la Póliza de garantía No. 994000007780. «Nombre del afianzado: Miguel Ángel Cerón Hurtado (…) nombre del asegurado: Municipio de Candelaria (…) se garantiza el cumplimiento y la calidad del servicio del contrato No. 007, cuyo objeto es: el contratista se obliga con el Concejo del Municipio de Candelaria a prestar sus servicios profesionales de acompañamiento y asesoría en la implementación del modelo estándar Meci del Concejo, en relación con las obligaciones que se detallaran en la cláusula segunda del contrato»[[35]](#footnote-35).

Así las cosas, pese a que las normas contractuales[[36]](#footnote-36) como el contrato No. 007 de 3 de diciembre de 2009[[37]](#footnote-37), exigen para el perfeccionamiento y ejecución de dicho acuerdo, previa aprobación de la póliza de garantía, en este asunto, esta fue suscrita por el señor Milton Francelino Posos Solarte 8 días después de haber iniciado la ejecución del contrato, a través de la Resolución No. 025, y fue expedida por parte de la Aseguradora Solidaria,11 días después.

Cabe anotar que, contrario a lo sostenido por el actor, estos argumentos expuestos en el Auto de cargos, fueron igualmente analizados y desarrollados en los fallos de primera y segunda instancia proferidos por la Procuraduría Provincial de Cali y la Procuraduría Regional del Valle del Cauca, toda vez que en dichas instancias se plantearon las mismas circunstancias dadas a conocer al actor inicialmente, sin que se hubieran adicionado hechos nuevos, como se señala en el escrito de la demanda. Al respecto, los operadores disciplinarios sostuvieron:

|  |  |
| --- | --- |
| **Fallo de 7 de octubre de 2011****Procuraduría Provincial de Cali****(primera instancia)[[38]](#footnote-38)** | **Fallo de 15 de diciembre de 2011****Procuraduría Regional del Valle del Cauca****(segunda instancia)[[39]](#footnote-39)** |
| «Se debe tener en cuenta que una vez perfeccionado el contrato estatal, es decir, una vez se cumpla con los requisitos de existencia, no se podrán ejecutar hasta tanto no se apruebe la garantía única y se expida el certificado de disponibilidad presupuestal, aspecto que no ocurrió en este caso.,, pues tal como ha quedado demostrado con las pruebas arrimadas al proceso, de una parte, obra un acto administrativo de aprobación de una garantía y una póliza de seguros expedidos con fecha posterior a la de la iniciación de la ejecución del contrato, y de otra, obran dos actas (finalización y recibo a satisfacción) con la misma fecha del acto administrativo de aprobación de la garantía.A tal efecto, debe tenerse en cuenta además que de conformidad con la póliza de garantía expedida por la compañía Aseguradora Solidaria la vigencia de los amparos va desde el 03 de diciembre de 2009 hasta el 15 de abril de 2010, circunstancia que corresponde a lo dispuesto en la cláusula quinta del contrato No. 007 tantas veces mencionado (…) esta situación confirma que el contrato objeto de la garantía inició su ejecución desde el 03 de diciembre de 2009, independientemente de la suscripción de la correspondiente acta de inicio.En tal sentido, si el contrato no tuvo inicio el 03 de diciembre de 2009 sino que ello ocurrió con posterioridad cabría preguntarse entonces por qué cuando se expidió la póliza (14 de diciembre de 2009), la vigencia del amparo comienza desde el 03 de diciembre del año citado, esto es, y en segundo lugar, subsiste el interrogante del por qué el acto administrativo de aprobación de la garantía tiene fecha anterior al de la expedición de la póliza que presuntamente dice estar aprobado». | «Por lo anteriormente expuesto, no son de recibo los argumentos de la defensa toda vez que no existen realidades fácticas que justifiquen el actuar del investigado en cuanto al cargo endilgado por la Procuraduría PROVINCIAL DE Cali. Se debe tener en cuenta que una vez perfeccionado el contrato estatal, es decir, una vez cumpla con los requisitos de existencia, no se podrán ejecutar hasta tanto no se apruebe la garantía única y se expida el certificado de disponibilidad presupuestal, aspecto que no ocurrió en este caso, pues tal como ha quedado demostrado con las pruebas arrimadas al proceso, de una parte, obra un acto administrativo de aprobación de una garantía y una póliza de seguros expedidos con fecha posterior a la de la iniciación de la ejecución del contrato, y de otra, obran dos acta (finalización y recibo a satisfacción) con la misma fecha del acto administrativo de aprobación de la garantía». |

En consideración a lo anterior, tanto la Procuraduría Provincial de Cali como la Procuraduría Regional del Valle del Cauca, fueron contundentes y coherentes en manifestar que se encontró plenamente acreditado que el señor Milton Francelino Posos Solarte, inobservó los deberes dispuestos en el artículo 34 numeral 1.º de la Ley 734 de 2002, por cuanto desconoció lo señalado en el inciso 2.º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, al perfeccionar y ejecutar el contrato de prestación de servicios No. 007 de 3 de diciembre de 2009, sin haber aprobado la póliza de garantía.

Ahora, si bien algunos de los argumentos dispuestos en los fallos, relacionados con la validez o no del acta de inicio del contrato y la fecha a partir de la cual podía entenderse que había empezado a ejecutarse el acuerdo, no fueron señalados expresamente en el Auto de formulación de cargos, ello no es óbice para afectar la legalidad de los fallos disciplinarios, en la medida en que, primero, este análisis obedeció a la respuesta de los descargos presentados por el disciplinado, y segundo, la conducta reprochada disciplinariamente al disciplinado, desde el comienzo de la investigación disciplinaria, no fue otra que, se insiste, la existencia de un contrato de prestación de servicios, sin haber aprobado previamente la póliza de garantía exigible para su ejecución.

Por otra parte, la Sala observa que el actor señala una trasgresión al principio de congruencia por considerar que en los actos administrativos acusados se dispusieron hechos nuevos que no le fueron puestos en su conocimiento, pero no identifica a qué se contrae dicha novedad cuando al verificar los actos censurados, se advierte que tanto las normas como los argumentos al momento de emitir la formulación de cargos, fueron los mismos que analizaron los operadores disciplinarios al proferir los fallos sancionatorios de primera y segunda instancia, motivo por el cual no le asiste razón al demandante.

Lo anterior, permite afirmar que la Procuraduría General de la Nación fue congruente al endilgarle la responsabilidad disciplinaria al actor desde el inicio de la investigación disciplinaria, que tenía los elementos de juicio suficientes para el efecto que, las pruebas fueron valoradas en el marco de las reglas de la sana crítica y que la interpretación que de ellas hizo el juzgador disciplinario, llevaron a la conclusión de que la falta disciplinaria sí se cometió y el actor fue responsable de ella.

**3.2.2. Del fallo de segunda instancia**

Respecto al trámite de la segunda instancia, el artículo 171 de la Ley 734 de 2002, prevé:

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

**PARÁGRAFO. El recurso de apelación otorga competencia al funcionario de segunda instancia para revisar únicamente los aspectos impugnados y aquellos otros que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación**.

Del contenido de la norma transcrita, se deduce que el funcionario de segunda instancia debe resolver los aspectos de la decisión de primera instancia que fueron objeto de reproche por el apelante; es decir, debe analizar los argumentos de censura del apelante frente al acto censurado, para con base en ellos, en las pruebas obrantes y en su criterio de interpretación, adoptar la decisión correspondiente, cumpliendo de esta manera con preceptos de índole constitucional y legal según los cuales, los actos sancionatorios de la administración deben estar debidamente motivados.

**En este sentido**, el apoderado del demandante considera que en la expedición de los actos administrativos cuestionados, se vulneró el artículo 170 de la Ley 734 de 2002, por cuanto el operador disciplinario de segunda instancia no se pronunció sobre todos los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

La Procuraduría Provincial de Cali, mediante Resolución No. 014 de 7 de octubre de 2011, declaró disciplinariamente responsable al señor Milton Francelino Posos Solarte, en su condición de presidente del Concejo Municipal de Candelaria, Valle del Cauca, sancionándolo con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 4 meses, considerando que había incurrido en una falta grave por el incumplimiento de los deberes dispuestos en el artículo 34 numeral 1.º de la Ley 734 de 2002, esto es, «cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás 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, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente». La autoridad disciplinaria sustentó que la actuación del accionante se dio a título de culpa grave[[40]](#footnote-40), porque violó el deber objetivo de cuidado que debía tener para la suscripción del contrato, máxime que como presidente del Concejo Municipal de Candelaria, Valle del Cauca era el ordenador del gasto y estaba facultado para contratar.

En segunda instancia, la Procuraduría Regional del Valle del Cauca, a través de la Resolución No. 0040 de 11 de diciembre de 2011, confirmó la decisión inicial, pronunciándose sobre cada uno de los aspectos contemplados en el recurso de apelación interpuesto por el actor, como se verá a continuación:

|  |  |
| --- | --- |
| **Recurso de apelación contra la decisión disciplinaria de primera instancia** | **Estudio de los argumentos presentados en el recurso de apelación en segunda instancia** |
| El apoderado del disciplinado manifestó en el recurso de apelación[[41]](#footnote-41):«En principio quiero manifestar que considero que el fallo es una clara vía de hecho pues no tiene relación alguna con el cargo que se le endilgó a mi cliente pues aparecen unos hechos nuevos los cuales no sirvieron de base al sustentar el cargo por parte del organismo de control. Básicamente el cargo giró única y exclusivamente sobre la acta (sic) la cual supuestamente demostraba que se había ejecutado el contrato de prestación de servicios antes de la aprobación de la póliza y si se revisa el cargo por parte de la Procuraduría Provincial en parte alguna se menciona lo relacionado con las fechas de expedición de las pólizas y aprobación de las mismas. Hoy se sorprende la defensa con esta situación pues de haberse sustentado en debida forma o mejor haberse pronunciado el organismo de control sobre este hecho habría permitido ejercer la defensa técnica en debida forma, pero resulta que ya el tema del acta que sustentó el cargo pasó a un segundo plano y hoy el fallo se sustenta en unos hechos ajenos al cargo y que no permitieron el debate jurídico y ejercer en debida forma el derecho a la defensa (…) Ahora bien en el fallo que produce este organismo de control al referirse a la forma de culpabilidad básicamente se sustenta en que pudo haber consultado a la contratista ya mencionada y es claro que como se demuestra con las actividades del mismo contrato, no era posible por parte de mi cliente hacer este tipo de consultas contractuales por cuanto las actividades del mismo no lo permitían. Por lo tanto si falta uno de los elementos necesarios para adecuar la falta, esta se convierte en atípica (…)». | En la decisión de segunda instancia la entidad señaló[[42]](#footnote-42):« (…) esta instancia puede concluir que el señor Milton Francelino Posos, en calidad de Presidente del Concejo Municipal de Candelaria – Valle celebró el contrato No. 007 de diciembre 3 de 2009, de prestación de servicios profesionales de acompañamiento y asesoría en la implementación del modelo estándar de control interno Meci del Concejo Municipal de la citada entidad territorial, misma fecha en la cual suscribió el acta de inicio del citado contrato. El señor Milton Francelino Posos profirió la Resolución No. 025 de diciembre 11 de 2009, por medio de la cual se aprobó la garantía del contrato No. 007 antes referido (…) finalmente con fecha 11 de diciembre de 2009 el señor Posos suscribió las actas de finalización y recibo a satisfacción del contrato (…).Por consiguiente, el disciplinado (…) al celebrar el contrato No. 007 (…) desconoció lo reglado en el inciso 2. º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007.(…)Es así, como el disciplinado al ostentar la calidad de servidor público por ser Concejal del Municipio de Candelaria – Valle, le estaba impuesto como deber funcional cumplir con la Constitución y la Ley, preservando entonces el orden jurídico, en este caso cumplir con los requisitos para la celebración de contratos de prestación de servicios.(…)Debe tenerse en cuenta además que de conformidad con la póliza de garantía expedida por la compañía Aseguradora Solidaria la vigencia de los amparos va desde el 03 de diciembre de 2009 hasta el 15 de abril de 2010, circunstancia que corresponde a lo dispuesto en la cláusula quinta del contrato (…) esta situación confirma que el contrato objeto de la garantía inició su ejecución desde el 03 de diciembre de 2009, independientemente de la correspondiente acta de inicio.(…)La conducta del disciplinado (…) se reprochó a título de culpa, en razón a que fue negligente o descuidado al celebrar el contrato (…) sin contar con la previa aprobación de la garantía (…)». |

Conforme a todo lo expuesto, para la Subsección es claro que la entidad demandada en el fallo de segunda instancia, analizó los hechos que dieron origen a la acción disciplinaria y las pruebas que dieron cuenta de la materialización de estos, así como los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

De igual manera, es evidente que la demandada efectuó el análisis jurídico de los cargos, descargos y alegaciones del disciplinado, realizó la correspondiente calificación de la falta, el estudio de la culpabilidad y de los parámetros de proporcionalidad que tuvo en cuenta para graduar la sanción de acuerdo al mandato de los postulados del artículo 170 de la Ley 734 de 2002, luego no existió vulneración de su debido proceso en este punto.

- Finalmente, cabe resaltar que el apoderado judicial del actor sostuvo en los alegatos de conclusión, que no se acreditó con material probatorio alguno, la ocurrencia de una culpa gravísima.

Para el efecto, es dable resaltar que si bien en el Auto de formulación de cargos se le imputo al actor su conducta a título de culpa gravísima, ello fue variado por los operadores disciplinarios en los fallos de primera y segunda instancia, imputándole como elemento de culpabilidad, una culpa grave por inobservancia del cuidado necesario, señalando al respecto, que el actor fue descuidado y negligente al momento de suscribir el contrato de prestación de servicios No. 007 de 3 de diciembre de 2009, por haberlo efectuado sin contar con los requisitos para su perfeccionamiento establecidos en la Ley 80 de 1993, pese al conocimiento que debía tener del asunto por la facultad de contratación que tenía como presidente del Concejo Municipal de Candelaria, Valle del Cauca.

En sustento de lo anterior, la apreciación del apoderado judicial del actor en cuanto a la culpabilidad en materia disciplinaria, resulta desacertada, teniendo en cuenta que el señor Milton Francelino Posos Solarte fue, finalmente, sancionado por la comisión de una falta grave a título de culpa grave, siendo esta la razón de la suspensión por el término de 4 meses.

**4. Conclusión**

Con base en los anteriores planteamientos se concluye que el actor no logró desvirtuar la legalidad de los actos demandados, por lo que en consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda.

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**

**DENEGAR** las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Milton Francelino Posos Solarte en contra de la Nación, Procuraduría General de la Nación, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, Notifíquese y ejecutoriada, archívese el expediente.

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

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

GMSM

1. Mediante memorial de folios 148 a 168. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 261 a 280. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 253 a 260. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 282 a 288. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 8 a 14 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 4 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 15 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 16 del Cuaderno No.2. «2. Que Aseguradora Solidaria de Colombia (…) ha emitido Póliza de cumplimiento No. 994000007780 a favor del Municipio de Candelario para garantizar 1) cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones del presente contrato por el 20$ el 20% del valor total del contrato por el término de su duración de 3 meses. Desde el 2009/12/03 hasta 2009/12/15. 2) cumplimiento y calidad del bien y servicio, por el 100% del valor total entregado como anticipo, por el término de duración del contrato y 2 meses más. Desde 2009/10/014 hasta 2010/02/30». [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 17 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 18 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 19 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 2 a 5 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 25 a 27 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 32 y 33 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 55 a 68 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 100 a 101 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 111 a 128 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 111 a 130 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folios 140 a 160 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folios 179 y 180 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-20)
21. Sentencia del 9 de agosto de 2016, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, consejero ponente: William Hernández Gómez, referencia: 11001032500020110031600, demandante: Piedad Esneda Córdoba Ruíz. [↑](#footnote-ref-21)
22. Sentencia C-708 de 22 de septiembre de 1999, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis. [↑](#footnote-ref-22)
23. Sentencia C- 341 de 4 de junio de 2014, magistrado ponente Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-23)
24. Artículo 92 numeral 1 de la Ley 734 de 2002. [↑](#footnote-ref-24)
25. Artículo 92 numeral 5 de la Ley 734 de 2002. [↑](#footnote-ref-25)
26. Artículo 92 numeral 6 de la Ley 734 de 2002. [↑](#footnote-ref-26)
27. «**Artículo 165. Notificación del pliego de cargos y oportunidad de variación.** El pliego de cargos se notificará personalmente al procesado o a su apoderado si lo tuviere.

Para el efecto inmediatamente se librará comunicación y se surtirá con el primero que se presente.

Si dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación no se ha presentado el procesado o su defensor, si lo tuviere, se procederá a designar defensor de oficio con quien se surtirá la notificación personal.

Las restantes notificaciones se surtirán por estado.

El pliego de cargos podrá ser variado luego de concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única instancia, por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente. La variación se notificará en la misma forma del pliego de cargos y  se otorgará un término prudencial para solicitar y practicar otras pruebas, el cual no podrá exceder la mitad del fijado para la actuación original». [↑](#footnote-ref-27)
28. Sentencia de 20 de junio de 2005. Caso Fermín Ramírez VS. Guatemala. [↑](#footnote-ref-28)
29. «Ley 80 de 1993. Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

El artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, modificó el inciso segundo de este artículo así: Para la ejecución se requerirá la aprobación de la garantía». [↑](#footnote-ref-29)
30. Folios 55 a 68 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folios 8 a 14 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-31)
32. Folio 4 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-32)
33. Folio 16 del Cuaderno No.2. «2. Que Aseguradora Solidaria de Colombia (…) ha emitido Póliza de cumplimiento No. 994000007780 a favor del Municipio de Candelario para garantizar 1) cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones del presente contrato por el 20$ el 20% del valor total del contrato por el término de su duración de 3 meses. Desde el 2009/12/03 hasta 2009/12/15. 2) cumplimiento y calidad del bien y servicio, por el 100% del valor total entregado como anticipo, por el término de duración del contrato y 2 meses más. Desde 2009/10/014 hasta 2010/02/30». [↑](#footnote-ref-33)
34. Folio 17 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-34)
35. Folio 19 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-35)
36. «Ley 80 de 1993. Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

El artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, modificó el inciso segundo de este artículo así: Para la ejecución se requerirá la aprobación de la garantía». [↑](#footnote-ref-36)
37. «Parágrafo 1. De conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, la ejecución del contrato no podrá iniciarse hasta tanto no se haya aprobado la garantía única y efectuado el registro presupuestal. (…) sexto. Clase de contrato. Las partes contratantes declaran que el presente contrato es de prestación de servicios profesionales, no es de trabajo (…) Décima Novena. Perfeccionamiento y ejecución. El presente contrato se perfecciona con el acuerdo sobre el objeto, plazo y previo y la suscripción entre las partes y para su ejecución se requiere: a) el registro presupuestal, b) constitución de la garantía única por parte de la contratista y aprobación de la misma. (…)». [↑](#footnote-ref-37)
38. Folios 111 a 128 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-38)
39. Folios 140 a 159 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-39)
40. Pese a que en el pliego de cargos se había calificado su conducta como culpa gravísima. [↑](#footnote-ref-40)
41. Folios 128 a 130 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-41)
42. Folios 140 a 159 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-42)