Señores
TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO
SECCIÓN C
Magistrado Ponente JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

Radicado:	08-001-23-33-000-2021-00596-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	Johanny Bilbao Rodríguez y otros
Demandado	Procuraduría General de la Nación

Cordial saludo.

ANDREA LYZETH LONDOÑO RESTREPO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.060.268.509 de Pácora - Caldas y portadora de la Tarjeta Profesional No. 269.290 del C.S.J., actuando como apoderada judicial de la Procuraduría General de la Nación en virtud de poder a mi otorgado por el Jefe de la Oficina Jurídica, por medio del presente escrito, estando dentro de la oportunidad legal, me dirijo a Usted para dar **contestación a la demanda**[1] de la referencia en los siguientes términos.

En el presente caso, se encuentra que la demanda impetrada refiere a una acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que se rige por el artículo 138 del CPACA.

Lo anterior, cobra importancia en cuanto a que las razones mediante las cuales un acto administrativo puede ser objeto de censura, se sujeta a las siguientes circunstancias:

1. *Cuando el acto sea emitido por funcionario incompetente*
2. *Cuando el acto vulnere las normas en que debía fundarse*
3. *Cuando se haya vulnerado el derecho de defensa*
4. *Cuando exista falsa motivación*
5. *Cuando se dé la denominada desviación de poder.*

Ahora bien, bajo criterio de esta defensa y a la luz de los argumentos que fueran expuestos en el libelo demandatorio, se puede concluir sin hesitación alguna que la parte demandante no logró demostrar ninguna de las anteriores causales como nugatorias de los actos administrativos proferidos.

I. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

El apoderado de los demandantes, las establece de la siguiente manera:

[1] Auto del 15 de diciembre de 2021, notificado al buzón de notificaciones oficiales de la PGN el 24 de enero de 2022.

Con fundamento en los hechos de la presente y previos los trámites del proceso de oralidad, solicito al despacho judicial se hagan las siguientes o similares declaraciones:

PRIMERO: a) Declaratoria de Nulidad del fallo de primera instancia de fecha 09 de abril de 2019, por medio del cual se impuso sanción de SUSPENSIÒN E INHABILIDAD ESPECIAL DE SIETE (7) MESES SIN DERECHO A REMUNERACIÒN al señor **JOHANNY BILBAO RODRÍGUEZ**, proferido por la Procuraduría Delegada Para La Fuerza Pública y la Policía Nacional, b) Declarar la nulidad de la providencia de fecha 13 de octubre de 2020, proferida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General De la Nación, mediante el cual se modificó la sanción impuesta en fecha 09 de abril de 2019, en el sentido de imponer la sanción de MULTA correspondiente a NOVENTA (90) días de salario básico mensual devengado al momento de la comisión de la falta.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se revoque la *SUSPENSIÓN E INHABILIDAD ESPECIAL DE SIETE (7) MESES SIN DERECHO A REMUNERACIÓN*, modificada por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General De la Nación, en el sentido de imponer la sanción de MULTA correspondiente a NOVENTA (90) días de salario básico mensual devengado al momento de la comisión de la falta y ordenar a la Procuraduría general de la Nación, la anulación del registro de antecedentes disciplinarios la anotación realizada por parte de esa entidad al señor **Subintendente JOHANNY BILBAO RODRÍGUEZ** y se condene al Pago de los perjuicios Materiales en las modalidades de Daño Emergentes y Lucro cesante, así como los Morales: psicológicos, emocionales mentales y de relación, que le han causado como consecuencia de la sanción impuesta, tasado así:

DAÑO EMERGENTE: En consideración de lo anterior, al señor **Subintendente JOHANNY BILBAO RODRIGUEZ**, en su calidad de sancionado y victima directa, por parte de la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, con SUSPENSIÓN E INHABILIDAD ESPECIAL DE SIETE (7) MESES SIN DERECHO A REMUNERACIÓN, modificada en el sentido de imponer MULTA correspondiente a NOVENTA (90) días de salario básico mensual devengado al momento de la comisión de la falta, le corresponde el valor de los salarios dejados de percibir con ocasión a la sanción impuesta, que le han afectado su congrua subsistencia y la de su núcleo familiar, por consiguiente, atendiendo que el valor del salario percibido por el convocante al momento de la ocurrencia de los hechos era de UN MILLON SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS NUEVE PESOS ML ($1.698.209), que multiplicado por siete, arrojaría el valor dejado de percibir por la sanción correspondería a ONCE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS ML (11.887.463), y que deberán indexarse al momento del respectivo pago.

TERCERO: LUCRO CESANTE: ONCE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS SENTENTA Y TRES PESOS ML ($11.887.463), debidamente indexados, tomando como base de liquidación, el valor del salario percibido para el momento de los hechos, que son los gananciales que se dejaron de percibir como causa de la sanción consistente en SUSPENSIÓN E INHABILIDAD ESPECIAL DE SIETE (7) MESES SIN DERECHO A REMUNERACIÓN, modificada por MULTA correspondiente a NOVENTA (90) días de salario básico mensual devengado al momento de la comisión de la falta.

PERJUICIOS MORALES: por los perjuicios psicológicos, emocionales mentales y de relación causados al suscrito por la sanción impuesta corresponde a la suma de NOVENTA MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS PESOS ML ($90.852.600), sumas estas que deberá indexarse, tomando como base de liquidación el valor del salario percibido para el momento de los hechos.

Esto Conforme con lo ordenado mediante Acta No. 023 del 25 de septiembre de 2013, emitida por el Honorable CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014, el cual se ha tomado

Como referente para la reparación de perjuicios inmateriales, con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de dichos perjuicios y las innumerables Jurisprudencias del Alto Tribunal en lo Contencioso-Administrativo, así como la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, sala civil-familia, se solicita la indemnización por los perjuicios causados, con los valores establecidos al momento de la ocurrencia de los hechos, en salarios mínimo legal así:

VICTIMA	PARENTESCO	SALARIOS MORATORIOS
Johanny Bilbao Rodriguez	Victima Directa	(100 SMLMV) $90.852.600
Gladys Viviana Posada Ortiz	Esposa	(100 SMLMV) $90.852.600
Elizabeth Viviana Bilbao Posada	Hija	(100 SMLMV) $90.852.600
Thaliana Andrea Bilbao Posada	Hijo	(100 SMLMV) $90.852.600

Por lo anterior, el valor por concepto de daños morales, ascienden a la suma de **TRESCIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS DIEZ MIL CUATROCIENTOS PESOS ($363.410.400).**

QUINTO: Indexación de las condenas impuestas

SEXTO: Condenar en Costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

SEPTIMO: Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

OCTAVO: Si no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo el CPACA.

II. OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me permito manifestar de manera respetuosa que me opongo a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte actora, por cuanto será demostrado que la Procuraduría General de la Nación, actuó de conformidad con la Constitución y la Ley para efectos de adelantar el trámite disciplinario en contra de la hoy demandante, aunado al hecho de que se le garantizó el legítimo derecho a defenderse y contradecir las decisiones tomadas al interior del proceso administrativo sancionatorio. Así mismo, las decisiones proferidas y primera y segunda instancia, se ajustan a derecho.

III. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Considerando que los hechos referidos en la presente acción corresponden en su mayoría a apreciaciones y consideraciones de la parte demandante, me atengo a lo que se pruebe en el trámite del proceso. Lo anterior sin desconocer la actos administrativos y normas referidas por la parte actora en el escrito de demanda y que tienen relación con el tema objeto de debate.

IV. ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDANTE

Refiere el apoderado como normas vulneradas:

Constitucionales: artículos 29 y 93
Convención Americana de Derechos Humanos: Artículo 8-1,2
Ley 734 de 2002: artículos 9, 14, 20, 28-2, 41-31, 59, 73, 115, 122, 135, 168.
Código Civil: Artículo 1614
Código General del Proceso: artículo 177

CAUSALES DE NULIDAD – CONCEPTO DE VIOLACIÓN

a. <u>Violación del Derecho Fundamental del Debido proceso:</u>

1. Se infringieron los términos procesales y sus consecuencias favorables para el investigado.

Manifiesta, a su juicio, que en el proceso disciplinario en cuestión no se observaron las formas propias de la etapa de investigación preliminar prevista en el artículo 150 del CDU, pues, mediante auto de fecha 29 de diciembre de 2014, se inició la indagación preliminar, la cual debía terminar el día 28 de junio de 2015, no obstante, conforme lo señala el auto obrante a folios 95-98 del c.o #2, la Apertura de la Investigación Disciplinaria, fue el día 25 de agosto de 2015, es decir un mes y veintisiete días más de lo previsto en el artículo 150 del CDU, con lo cual se vulnero el debido proceso y por ende el recto funcionamiento de la administración de justicia, que origina una causal de nulidad, pues, al no realizarse dentro de la oportunidad legal, la etapa de indagación preliminar debía culminar con el auto de archivo y no con un auto de investigación.

Que en el auto de investigación preliminar se ordenó la práctica de 6 pruebas, de las cuales únicamente se realizaron las gestiones para recaudar 3, sin que se justificara las razones de la misma actuación y extendiendo los términos de esta etapa, desconociendo que la Corte Constitucional ha señalado que es improrrogable, pues la ley no tiene previsto extenderlo, en rebeldía con el citado artículo 6 del CDU.

Que, a su criterio, no se observó el orden establecido en el proceso disciplinario (etapa Indagación preliminar – Investigación), vulnerando el debido proceso, principio de favorabilidad, principio de inocencia y derecho defensa y contradicción que me asiste en mi calidad de investigado.

La violación del debido proceso dentro de la investigación IUS 2014-367258/D2015- 31-720487, también se observa en auto de indagación preliminar, cuando se indaga respecto de los medicamentos que oferto la Organización Clínica Bonnadona Prevenir, cuando en la

queja de fecha 02 de octubre de 2014, presentada por la Organización Clínica General del Norte, no se informó nada al respecto.

De igual manera en el oficio No. 003879 de fecha 16 de agosto de 2016, suscrito por Patricia Diaz Espinoza - Procuraduría Regional del Atlántico, dirigido a la quejosa, en el cual le solicita el listado de medicamentos en los que la Organización Clínica Bonnadona Prevenir, presentó precios artificialmente bajos, para participar en el proceso PN SECSA DEATA 021-2014, lo cual contradice lo previsto por el artículo 150 del CDU, en el sentido que la **Indagación Preliminar no podrá** extenderse a hechos distintos del que fue objeto de denuncia, queja o iniciación oficiosa.

Señala que, de conformidad con **los artículos 160 A y 161 del CDU**, cuando se haya recaudado las pruebas que permitan la formulación del cargo o vencido el término de la investigación, se deberá declarar cerrada la investigación, y en un plazo máximo de quince (15) días hábiles, se realizara la respectiva evaluación.

Verificada la información obrante en el proceso en mención, se tiene que el cierre de la investigación se llevó a cabo **el día 10 de enero de 2017**, la cual fue notificada por estado a los investigados, **y el** día la evaluación de la investigación y formulación del cargo **se realizó el 29 de marzo de esa misma anualidad**, al parecer desconociendo el término previsto por la norma antes mencionada, lo cual es clara muestra de la vulneración del derecho de defensa y contradicción que me asiste en calidad de investigado y que afecta el debido proceso de la actuación que se adelantado en mi contra

2) Se infringió el debido proceso por la indebida subsunción típica del comportamiento al no indicar correctamente la norma que se consideraba infringida e incumplir la sentencia C-818 de 2015.

En la estructuración del cargo que me fue impuesto, no existió una correcta adecuación típica, sobre el particular es preciso señalar que, conforme al principio de legalidad, para que exista una imputación disciplinaria es preciso que: *i. exista una ley previa que determine la conducta objeto de sanción; ii precisión de la ley para determinar la conducta objeto de reproche y; iii en la precisión de la ley al determinar la sanción que ha de imponerse.*

Manifiesta que sus derechos fueron vulnerados, pues en el presente caso, el funcionario que formulo el pliego de cargo, no realizó una correcta tipificación, pues se refirió que presuntamente incurrí en la falta disciplinaria prevista en el **numeral 31 del artículo 48 de la ley 724 de 2002,** norma que a todas luces no contiene la relación de ninguna falta, en consecuencia, mal hizo imponerme una sanción, cuando la norma que constituye la falta no señala lo que el cargo menciona, quebrantando lo previsto por el artículo 263 del CDU, por no existir congruencia entre el pliego de cargo y el fallo sancionatorio.

El pliego de cargos de fecha 29 de marzo de 2017, esta tan plagado de irregularidades que, sumado a lo ya expresado, respecto a la tipicidad, debe agregarse lo relacionado con

la ilicitud sustancial pues lo estructuro, bajo la vulneración del derecho de presunción de inocencia, pero no bajo ninguna normativa que permitiera señalar el quebrantamiento de algún deber funcional, cuando señalo:

Es decir, ese p**rejuzgamiento** que acompaño al investigador, no le permitió buscarla justicia, por tanto, no evaluó que dentro del expediente obra información que indica que contrato fue ejecutado en debida forma y que no existió reparo alguno en la ejecución del mismo, incluso que la misma un año más tarde en un proceso similar presenta oferta incluso más baja a la aquí cuestionada, es decir que, aunque se logró demostrar que no existieron precios artificialmente bajos, pues **repito,** el mismo oferente que así lo denuncio y que no quiso ratificar la queja, ni acudir ante la procuraduría a rendir testimonio, participó en el mismo tipo de proceso en la Seccional de Sanidad Atlántico, ofertando menores valores a los que denuncio en este proceso de contratación.

En conclusión, considera que el pliego de cargos estuvo precedido de irregularidades sustanciales que afectaron mis garantías sustanciales y procedimentales mínimas del debido proceso, que dan lugar a la revocatoria de la sanción, razón por la cual así solicito respetuosamente sea declarado por su despacho.

3) Violación al debido proceso por la Incorporación documentos y testimonios trasladados desde la Fiscalía 105 de la Dirección de Fiscalía contra el Crimen Organizado, dentro de la noticia criminal No.110016000010020160003 5.

Manifiesta el apoderado que, **la vulneración al debido proceso se dio por parte del funcionario**, pues pese a que el superior jerárquico, le exhorto a que revisara las actuaciones referentes al decreto de pruebas, opto por agregarlas al material probatorio las procedente de la Fiscalía 105 de la Dirección de Fiscalía contra el Crimen Organizado, dentro de la noticia criminal No.110016000010020160003 5, sin que, respecto de las mismas, se ejerciera el derecho de defensa y contradicción, ni ante la Fiscalía, que hasta la fecha de presentación de la presente solicitud de Revocatoria, no me ha formulado ningún tipo de llamado a concurrir a esa investigación, a pesar de la presunta existencia de esos documentos y testimonios, por lo que es dable intuir que no hay mérito para ello, por lo tanto, esas documentales y testimoniales, al no ser vinculado a la misma investigación desconozco su procedencia y la forma en las que estos fueron obtenidos y solamente cuando se me brinde la oportunidad procesal de conocerlas, podre ejercitar el derecho de defensa y contradicción de las mismas, y hasta tanto eso suceda, no pueden tener el carácter de prueba, como erróneamente lo afirma la procuraduría, quien desde el punto de vista constitucional esta vigilar el cumplimiento de la constitución, las leyes y proteger los derechos humanos, nada lo cual se evidencia en su actuación que contraria ese imperativo del artículo 277 de nuestra constitución política de Colombia.

Reitera que lo señalado en las consideraciones del fallo respecto a los precios artificialmente bajos y las fórmulas realizadas, no corresponden a la realidad, pues

desconocen lo señalado por el pliego de condiciones y la forma en que se calcularían los puntales. Aunado a el hecho que el citado fallo, realiza un análisis de la oferta presentación por la Organización Clínica Bonnadona la cual no corresponde a la realidad, pues pasa por alto que el Pliego de Condiciones si contiene la explicación de la cual sería la oferta más favorable y en la Evaluación Económica – Financiera, fija 3 fórmulas para ofertar ítems distintos, lo cual desvirtúa la afirmación realizado por el fallador de instancia, en endilgar que se desconocía los parámetros para determinar la oferta más favorable.

b) VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE INOCENCIA.

Refiere el apoderado que, desde el pliego de cargo, el fallador realizo un prejuzgamiento que lo guio durante toda la investigación con el único propósito de sancionar y no la prevalencia de la justicia.

Lo anterior constituyo una violación al principio de inocencia, pues sin contar con la totalidad de pruebas, realizo un juzgamiento y no busco la justicia material o aquellas circunstancias que actuaran en mi favor, como el principio de favorabilidad, o la duda en favor del investigado, pues demostré que en el consolidado de evaluaciones informe el por qué la Organización Clínica Bonnadona Prevenir estaba habilitado y por ende su oferta no contenía precios artificialmente bajos.

c). DE LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD.

Refiere sobre este punto que el fallador actuó contrario a lo previsto en la ley disciplinaria, en el sentido de investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren las existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado **y las que tiendas a demostrar su inexistencia o eximente de responsabilidad,** al tenor de lo previsto por los artículos 128 y 129 del CDU, pues en lugar de revisar la totalidad de información, en especial los consolidados de las evaluaciones y las respuestas a las observaciones, en la que se informó del análisis de las ofertas presuntamente con artificialmente bajos y/o requerir del proceso que se encontraba en la fiscalía, las reuniones que recogen el análisis realizado por el comité financiero, opto por realizar un análisis de los precios para demostrar que, si existían precios artificialmente bajos, dejando de lado, que no está demostrado tal situación, pues la Organización Clínica Bonnadona Prevenir S.A., maneja los precios de mercado, que están en los históricos del SECOP.

V. ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

Antes de revisar cada una de las inconformidades esbozadas en el escrito de demanda, es pertinente recordar cual fue el cargo endilgado al señor Johanny Bilbao Rodríguez:

"***CARGO ÚNICO***:

Usted, en condición de miembro del comité evaluador para el proceso PN SECSA - DEATA SA 021 2014 adelantado en la Seccional de Sanidad Atlántico de ia Policía Nacional, para: "La prestación de servicios de alta complejidad en el ámbito ambulatorio y hospitalario, incluyendo actividades de atención médica especializada y sub especializada, internación en unidades de cuidado intensivo, incluyendo procedimientos diagnósticos y terapéuticos de acuerdo al plan de beneficios para la sanidad militar y policial contenidos en el acuerdo N° 002/2001", al parecer omitió adelantar el trámite previsto en caso de precios artificialmente bajos ofrecidos por el oferente, lo que presuntamente es constitutivo de la falta disciplinaria descrita en el numeral 31 del artículo 48 de la Lefy724 de 2002."

-FRENTE A LA TIPICIDAD.

La doctrina mayoritaria ha considerado que en el derecho disciplinario la tipicidad es preponderantemente objetiva y que la componen los siguientes elementos: El sujeto, en este caso un servidor público que tiene un especial deber de garante. La conducta, que para el derecho disciplinario se concreta en *i.* el incumplimiento de deberes; *ii.* la extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones y *iii.* las prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses. Excepcionalmente, para algunas faltas disciplinarias, el resultado, pues se ha considerado que las faltas disciplinarias son de mera conducta. El nexo de causalidad y la imputación objetiva para las faltas de resultado.

Es decir que para que exista tipicidad disciplinaria se requiere la preexistencia de un derecho o de un deber.

Así bien, el señor Bilbao, en virtud del deber especial de sujeción se le exigía un comportamiento diferente, máxime por su profesión como auxiliar contable e integrante del comité económico evaluador dentro del proceso de selección PN SECSA DEATA SA 021-2014, al advertir que estos pecios eran artificialmente bajos, debió solicitar explicaciones o requerir al oferente con el fin de que justificara el porque de estos y sustentar si estos ponían en riesgo no la ejecución del contrato, pues con su decisión, favoreció la adjudicación irregular del proceso contractual a un proponente cuya propuesta económica resulto inviable y debido a ello se debió adicionar $ 1.500.000.000 millones al contrato inicial.

-FRENTE A LA ILICITUD SUSTANCIAL.

El artículo 5º de la Ley 734 de 2002, se refiere al principio de ilicitud sustancial en los siguientes términos: *"ILICITUD SUSTANCIAL. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna."*

Por su parte, el deber funcional es un instrumento para encauzar la conducta de los servidores públicos, el cual se constituye en la fuente que da vida a la antijuridicidad sustancial y que siempre está referido al ejercicio de funciones públicas porque de lo contrario sería atípico disciplinariamente el comportamiento cuestionado. Dichas funciones deben desarrollarse con apego a las orientaciones de los principios constitucionales y legales, en la medida en que es por esa razón que una persona que se posesiona en un cargo público debe jurar el cumplir el desempeño de sus deberes según la Constitución, la Ley y el Reglamento.

La Corte Constitucional, se ha referido al concepto de "deber funcional", de la siguiente manera:

> *"El incumplimiento del deber funcional, es entonces y necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Empero como enfáticamente lo ha establecido la Corte, obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino la infracción sustancial de dicho deber, es decir, el que atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines. Entendido el contenido sustancial, el que deviene precisamente de la inobservancia del deber funcional, empero que por sí mismo altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines[2]".*

Así entonces, el derecho disciplinario está previsto para sancionar a aquéllos que desatienden sus funciones o los servicios encomendados, o que atenten contra el interés general, defrauden el erario, violen derechos humanos o incumplan con el propósito esencial de servir a la comunidad, siendo esta la razón por la cual la ley prevé que la falta debe ser de tal entidad, que quebrante el deber funcional, sin justificación atendible.

En ese orden de ideas, con su actuar, el señor Bilbao en su condición de integrante del Comité Económico Evaluador, dentro del proceso PN SECSA DEATA SA 021-2014, omitió el deber de selección objetiva del contratista, toda vez que su obligación era evaluar objetivamente la mejor oferta para la Entidad, por lo tanto al evaluar favorablemente al proponente Organización Clínica Bonnadona Prevenir S.A, quien presento unas tarifas

---

[2] Corte Constitucional, Sentencia C-948 de 2002. Con el cual se declaró exequible el artículo 5º de la Ley 734 de 2002.

artificialmente bajas en el item de Interconsulta por Medicina Especializada, desconoció el deber funcional como evaluador económico, establecido en el artículo 28 del Decreto 1510 de 1023 y el Manual de Contratación para la Policía Nacional y aquellas aginadas en el numeral 3.3 de la Resolución N° 01336 del 4 de abril de 2008.

-FRENTE A LA CALIFICACIÓN DE LA FALTA Y FORMA DE CULPABILIDAD

La culpabilidad en materia disciplinaria, se encuentra consagrada en el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, que señala *«queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa».*

En este caso, como lo advierten los fallos disciplinarios, quedo demostrada la imputación de la conducta tipificada como gravísima a título de culpa grave, por la inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones conforme el parágrafo del artículo 39 de la Ley de 2006.

-CONTRA LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN

PRIMERO: El artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 dispone que cualquier persona podrá demandar la nulidad del acto administrativo y que se le repare el daño, cuando se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado por una norma jurídica, siendo procedente dicha actuación por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo 137 ibídem; a saber, cuando el acto administrativo haya sido (i) expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse, (ii) sin competencia, (iii) en forma irregular, (iv) con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, (v) mediante falsa motivación, (vi) con desviación de las atribuciones de quien lo profirió.

Los actos administrativos demandados están cobijados por la presunción de legalidad de que trata el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, misma que está soportada en la génesis, desarrollo y definición de las decisiones proferidas por el órgano de control disciplinario; así:

- Los actos administrativos fueron fundados en las normas superiores señaladas en la Ley 734 de 2002 a efectos del juicio disciplinario.

- Los actos administrativos fueron expedidos por la Procuraduría Delegada para la Fuerza Pública y por la Sala Disciplinaria, dependencias y funcionarios disciplinarios competentes por la naturaleza del asunto en cuanto hace con la primera instancia, y de la estructura funcional de la PGN en tratándose de la segunda (2a) instancia.

- Las resoluciones sancionatorias derivaron de juicio disciplinario cursado de manera regular con las formalidades propias del caso.

- Dentro del juicio disciplinario se brindaron, otorgaron y garantizaron a la disciplinada todos los derechos sustanciales y procesales establecidos constitucional y legalmente, siendo así que el hoy demandante ejerció activamente su defensa, entre otras, impugnando ante el superior el fallo de primera instancia.

- La decisión disciplinaria se encuentra debida y ciertamente motivada.

- Los operadores disciplinarios actuaron dentro del ámbito estricto de sus competencias sin exceder el marco de sus atribuciones.

SEGUNDO: En el escrito de demanda se señala que con los fallos disciplinarios violaron sus derechos fundamentales al debido proceso y al derecho de defensa, manifestaciones que soporta en los hechos de la solicitud formulando como cargos las siguientes inconformidades: i) La apertura de la investigación disciplinaria, se ordenó luego que los términos para su inicio, se encontraran vencido; ii) La Procuraduría Regional del Atlántico remitió por competencia la causa a la Procuraduría Delegada para la Fuerza Pública y la Policía Nacional, sin notificarles personalmente a los disciplinados sino por estado; iii) La formulación del cargo contiene una incorrecta adecuación típica; iv) En el cargo se señala una norma inexistente; v) Incorporación de prueba trasladada desde la FGN desconocida por el disciplinado quien no es sujeto procesal en la causa penal y por ello no tuvo oportunidad de controvertirla, vulnerando los artículos 20 y 135 del CDU; vi) Falta de notificación por correo electrónico del cierre de la etapa probatoria; vii) Cierre de la etapa probatoria sin practicar todas las pruebas decretadas; y viii) Violación de la presunción de inocencia, prejuzgamiento, interpretación errónea del artículo 28 del Decreto 1510 de 2013, no tener en cuenta el principio de favorabilidad, no estudio de las causales de exoneración de responsabilidad.

Las inconformidades planteadas, no tienen virtualidad de prosperidad y quedan desvirtuadas; así:

2.1. De la apertura de la investigación disciplinaria con términos vencidos para su inicio: La Procuraduría Regional del Atlántico ordenó indagación preliminar el 29/12/2014 y dispuso la apertura de investigación el 25/08/2015, siendo así que aun cuando efectivamente se procedió fuera de los seis (6) meses de que trata el artículo 159 del CDU, lo cierto es que salvo que se trate de prescripción de la acción disciplinaria, por regla general la causa no queda viciada de nulidad por surtir actuaciones por fuera de términos, si no se vulnera el debido proceso lo cual no se acredita de diferente manera en este caso.

Así lo ha sostenido el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Magistrado Ponente doctor Carmelo Perdomo Cueter, Radicado 11001-0325-000-2012-00089-00 (0365- 2012), Demandante Tulio Cesar Uribe Miranda, Demandado PGN, en sentencia del 31/01/2018:

"... En vigencia y para la aplicación de la Ley 734 de 2002, la Sala también ha reiterado que el vencimiento del término señalado para las etapas del procedimiento disciplinario acarrea

sanciones para el funcionario que tiene a su cargo realizar las diligencias y por descuido deja superar el término, pero no es causal de nulidad de los actos recurridos, si no se presenta violación al debido proceso, y tampoco implica la perdida de competencia del funcionario que adelanta el procedimiento. (...)

La Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-901 de 2005 (...) expreso: De lo expuesto se infiere que el incumplimiento del término de indagación previa no conduce a que el órgano de control disciplinario incurra automáticamente en una grave afectación de garantías constitucionales y a que como consecuencia de ésta toda la actuación cumplida carezca de validez (...) Es decir, del solo hecho que un término procesal se inobserve, no se sigue, fatalmente, la conculcación de los derechos fundamentales de los administrados pues tal punto de vista conduciría al archivo inexorable de las investigaciones por vencimiento de términos y esto implicaría un sacrificio irrazonable de la justicia como valor superior y como principio constitucional".

2.2. De la remisión por competencia a la Procuraduría Delegada para la Fuerza Pública y la Policía Nacional, sin notificarles personalmente a los disciplinados sino por estado (hecho 10): Baste señalar que el inciso primero del artículo 82 del CDU dispone que el funcionario que se considere incompetente para conocer de una actuación disciplinaria deberá expresarlo remitiendo el expediente en el estado en que se encuentre, en el menor tiempo posible, a quien por disposición legal tenga atribuida la competencia; y que a su vez el artículo 101 Ibidem, no enlista el auto de remisión por competencia como uno de aquellos que deban notificarse personalmente.

2.3. Incorrecta adecuación típica en la formulación del cargo: Sobre el particular es preciso resaltar que la naturaleza del cargo imputado por omisión al adelantar el trámite previsto en casos de precios artificialmente bajos ofrecidos por el oferente, se enmarca dentro de la afectación del principio de selección objetiva de la contratación estatal y la función administrativa, estando contemplada como falta gravísima por el numeral 31 del artículo 48 del CDU que, en su condición de norma abierta, se materializó con las normas cerradas a las cuales se refirió el operador disciplinario en el fallo, contentivas de aquel principio contractual y funcional que informa la contratación celebrada y que se consideró infringido por no realizar el trámite de análisis, recomendación de rechazo o de continuación del análisis en la evaluación de ofertas, previsto en el artículo 28 del Decreto 1510 de 2013 que a la letra dice:

> *"Artículo 28. Oferta con valor artificialmente bajo. Si de acuerdo con la información obtenida por la Entidad Estatal en su deber de análisis de que trata el artículo 15 del presente decreto, el valor de una oferta parece artificialmente bajo, la Entidad Estatal debe requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido..*
>
> *Analizadas las explicaciones, el comité evaluador de que trata el artículo anterior, o quien haga la evaluación de las ofertas, debe recomendar rechazar la oferta o continuar con el análisis de la misma en la evaluación de las ofertas. Cuando el*

valor de la oferta sobre la cual la Entidad Estatal tuvo dudas sobre su valor, responde a circunstancias objetivas del oferente y de su oferta que no ponen en riesgo el cumplimiento del contrato si este es adjudicado a tal oferta, la Entidad Estatal debe continuar con su análisis en el proceso de evaluación de ofertas...".

En el proceso disciplinario está probado que, así lo valoró el operador disciplinario (Sala Disciplinaria a folio 65), "... Si bien es cierto, el disciplinado solicitó requerir a la Organización Clínica Bonnadona respecto de los precios artificialmente bajos por ella ofertados, ante las objeciones presentadas por otros oferentes y de hecho así se hizo y se obtuvo respuesta, tal deber no se agotó en la forma reglada, pues el proceso de selección continuó sin que el comité evaluador y, específicamente, el disciplinado BILBAO RODRÍGUEZ haya analizado las circunstancias específicas que lo llevara a recomendar el rechazo o la continuación del análisis de la oferta referida; lo que se probó es que el otro disciplinado respondió a los distintos interesados, que la oferta, respecto de los CUPS cuestionados, se ajustaba a lo exigido en los pliegos de condiciones, en virtud de que no sobrepasan los precios techo establecidos, pero jamás se analizó las circunstancias específicas del proponente y/o de la oferta...".

En consecuencia, el cargo endilgado efectivamente se estructuró en cumplimiento y consonancia con lo establecido en los numerales 1° y 2° del artículo 163 del CDU que disponen que la decisión mediante la cual se formulen cargos al investigado deberá contener, entre otros, la descripción de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó, y las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta.

2.4. De la incorporación de prueba trasladada desde la FGN, desconocida por el disciplinado quien no tuvo oportunidad de controvertirla: El traslado de medios probatorios está legalmente autorizado por el inciso primero (1°) del artículo 135 del CDU, siendo así que si el disciplinado no era sujeto de la causa penal desde donde se trasladaron los testimonios sobre los cuales plantea su inconformidad, ello no significa que no pudieran trasladarse ni valorarse sino que efectivamente tenía derecho a controvertirlos en el proceso disciplinario, lo cual en todo momento le fue garantizado puesto que las declaraciones de los testigos que fueron allegadas desde la FGN siempre estuvieron a su disposición y nunca le fue negado su acceso, tal y como expresamente lo analizó y valoró la Sala Disciplinaria; "... dicha prueba testimonial y documental se arrimó válidamente a la presente actuación disciplinaria (...) estuvo a disposición de los sujetos procesales para su debida contradicción (...) el hecho de que los investigados y/o sus defensas técnicas no hayan querido cuestionar o contradecir los respectivos testimonios, como se alegó, en modo alguno invalida..." (Folio 29).

En este punto valga recordar que el artículo 138 del CDU dispone que los sujetos procesales podrán controvertir las pruebas a partir del momento en que tengan acceso a la actuación disciplinaria, lo cual en el presente caso siempre estuvo garantizado, por lo cual cabe reiterar el principio “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, a través del cual se sostiene que el juez no puede amparar situaciones donde la vulneración de los derechos fundamentales del actor se deriva de una actuación negligente, dolosa o de mala fe. Cuando

ello ocurre, es decir, que el particular o la autoridad pública pretende aprovecharse del propio error, dolo o culpa, se ha justificado la aplicación de este principio como una forma de impedir el acceso a ventajas indebidas o inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico" (Corte Constitucional. Sentencia T- 122 de 2017.).

Adicionalmente, sea preciso referir pronunciamiento de la Corte Constitucional al señalar que "... puede el juez valorar la prueba trasladada sin necesidad de ponerla a disposición de las partes para que la contradigan cuando (...) (ii) la prueba trasladada es solicitada solo por una de las partes y la parte contra la que se aduce no pudo contradecirla en el proceso de origen, pero esa prueba siempre estuvo visible durante el trámite del proceso al que fue trasladada, es decir, que pudo ejercer su derecho de contradicción...". (Sentencia T-204 de 2018).

2.5. De la falta de notificación por correo electrónico del cierre de la etapa probatoria; Sea suficiente señalar que el inciso segundo (2°) del artículo 105 del CDU dispone que el auto de cierre de investigación se notificará por estado conforme lo dispone el Código de Procedimiento Civil (desde 2012 Código General del Proceso) que no señala que deba enviarse una comunicación por correo electrónico, como si lo dispone la Ley 1437 de 2011 en tratándose del envío del mensaje de datos al canal digital de los sujetos procesales. En consecuencia, habiéndose dado estricto cumplimiento a la norma del CDU mediante anotación en estado del 12/01/17, resultaba indiferente y en nada se vulneró el debido proceso del disciplinado, independientemente de que en el auto de cierre se hubiera ordenado remitir comunicaciones, lo cual podría acarrear responsabilidad para el funcionario de apoyo secretarial pero no viciar de nulidad la actuación de notificación realizada conforme el trámite previsto legalmente.

2.6. Del cierre de la etapa probatoria sin practicar todas las pruebas decretadas: Tal y como lo valoró la Sala Disciplinaria en ejercicio de lo señalado en el inciso primero (1°) del artículo 141 del CDU, es decir, verdad sabida y buena fe guardada con apego a las reglas de la sana crítica, la falta de práctica de algunos testimonios no fue producto de la desidia del A-Quo sino que obedeció a la no comparecencia de los citados, siendo así que consideró que sus declaraciones no eran fundamentales y definitorias puesto que "... la actividad de dichas personas se evidenció dentro del proceso contractual ... pues fueron los que presentaron objeciones frente a la propuesta de la Organización Clínicas Bonnadona, así que la Sala Disciplinaria considera que sus dichos no tendrían la trascendencia de afectar los derechos fundamentales de los aquí investigados, habida cuenta que el quehacer contractual de ellos (los declarantes) se encuentra demostrado..." (Folios 27 y 28).

Sobre el particular el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A", Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, en sentencia del once (11) de julio de dos mil trece (2013), Radicación número: 11001- 03-25-000-2011-00121-00 (0413-11), Actor: ALFONSO ROMERO CARDENAS, Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION Y MUNICIPIO DE SAN JOSE DE CUCUTA - NORTE DE SANTANDER; precisó:

"... Fue claramente voluntad del Legislador el dotar a las autoridades que ejercen la potestad disciplinaria de una facultad de valoración y apreciación probatoria -o facultad de libre formación del conocimiento del operador disciplinario- que incluye el poder para determinar cuándo se ha logrado recaudar un nivel de pruebas suficiente como para concluir con certeza y convicción que se pudo haber cometido una falta. Sobre este punto, vale la pena precisar que en el ámbito de los procesos disciplinarios no existe una tarifa probatoria legal; de hecho el propio Código Disciplinario Único consagra, en su artículo 131, el principio de libertad probatoria, al establecer que "la falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos".

De manera tal que no es aceptable exigir que se haya recaudado un tipo determinado de prueba -por ejemplo, un testimonio o un documento- para efectos de sustentar un fallo disciplinario, que puede estar basado, por decisión expresa del Legislador, en cualquiera de los medios de prueba admitidos por el sistema legal colombiano -e incluso en otros medios probatorios, como se deduce del artículo 130 ibídem.

2.7. De la violación de la presunción de inocencia, prejuzgamiento, interpretación errónea del artículo 28 del Decreto 1510 de 2013, no tener en cuenta el principio de favorabilidad, no estudio de las causales de exoneración de responsabilidad: El demandante no desarrolla de manera alguna dichas afirmaciones y, por tanto, por sustracción de materia no se dable referirnos concretamente a ellas, siendo necesario reiterar que visto el plenario se encuentra suficiente e idóneamente adelantada la actuación disciplinaria con apego razonable a la ritualidad de que trata la Ley 734 de 2002.

-FRENTE A LA VALORACIÓN PROBATORIA

Ahora bien, el artículo 19 de la Ley 734 de 2002, dispone que «*[…] Toda decisión de fondo deberá motivarse […]».* Así es que, la autoridad disciplinaria al emitir un pronunciamiento está en la obligación de exponer y motivar las razones en que fundó su decisión, de modo que se garantice que esta no sea producto de un capricho o de su mera voluntad.

En concordancia con lo expuesto, el artículo 128 de la misma Ley, contempla que tanto el acto administrativo sancionatorio como toda decisión interlocutoria debe estar fundamentado en las pruebas legalmente producidas y aportadas por petición de cualquier sujeto procesal o de manera oficiosa.

Así mismo, es deber de la autoridad disciplinaria encontrar la verdad real de lo sucedido, para lo cual es su obligación efectuar una valoración ponderada y razonada de las pruebas recaudadas durante el trámite administrativo, basado en las reglas de la sana crítica.

Sobre el particular, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, de fecha 12 de mayo de 2020 dentro del expediente (161-7595) IUS 2017–19229 – IUC-2017-1011503, respecto de la valoración de pruebas, indicó lo siguiente:

> ***"PRINCIPIO DE LA SANA CRITICA****-Como valoración de la prueba/****PRINCIPIO DE LA SANA CRITICA****-Categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción.*
>
> *La actividad de valoración de la prueba se constituye en una de las mayores exigencias para el juez, toda vez que es allí donde se construye la decisión definitiva. Solo sobre los hechos probados se pueden hacer las respectivas valoraciones jurídicas. Nuestro sistema legal ha instaurado como sistema de valoración probatorio el de la sana critica, al disponer en el artículo 141 de la Ley 734 de 2002, que: «Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica». La apreciación conjunta exige la confrontación y conexión de las pruebas obrantes en la actuación, solo así se puede concluir cuáles ofrecen credibilidad, confiabilidad y atención, y qué prueba o conjunto de pruebas rompen la coherencia o no brindan certeza. Ningún medio de prueba tiene señalado de antemano un valor probatorio específico. Es al juez disciplinario a quien le corresponde examinar la prueba de manera conjunta y esa confrontación, como lo señala la norma citada, debe hacerse de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que no son otras que las de la lógica, la experiencia decantada de la vida, el correcto entendimiento humano, los principios generales del derecho, etc. La doctrina refiriéndose a este sistema de valoración ha dicho que: «Las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio», son: «las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia». Este sistema de valoración configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última. La sana crítica es una fórmula para regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Este será el sistema de valoración que se aplicará en el presente fallo, por expresa disposición legal".*

A su turno, el artículo 129 Ibídem, dispone que el funcionario buscará la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad.

Así bien, en cumplimiento de la citada normatividad, la primera y segunda instancia, realizaron la valoración y análisis del material probatorio obrante en el expediente para arribar a la conclusión de que el demandante era responsable disciplinariamente por el cargo único endilgado en el Auto del 29 de marzo de 2017.

-DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CUESTIONADOS.

Los actos proferidos por la Procuraduría General de la Nación se sujetaron a la constitucionalidad y legalidad y por tal razón son eficaces y deben producir sus efectos normales por haber guardado las formas prescritas para ello. Su motivación está impregnada de razones y explicaciones convincentes, de argumentos jurídicos y de fundamentos que surgen del expediente y de reflexiones que analizan las pruebas y la tipificación de las conductas irregulares.

Dentro del trámite del proceso disciplinario se observaron las reglas de legitimación, representación, notificaciones, términos para pruebas, competencias, recursos e instancias que corresponden al debido proceso establecidos en beneficio del hoy demandante, previstas por la ley como garantía para asegurar la vigencia de los fines estatales y salvaguardar los derechos de los asociados.

La señora Santamaria tuvo la oportunidad de expresar sus opiniones e igualmente de presentar y solicitar las pruebas que demostraran sus derechos, con la plena observancia de las disposiciones que regulan la materia, respetando en todo caso los términos y etapas procesales.

En estas condiciones, las evaluaciones emitidas por la Procuraduría General de la Nación se enmarcan en el carácter de las actuaciones propias de la administración en desarrollo del cumplimiento de sus funciones disciplinarias y no de actos arbitrarios o caprichosos, con el objeto especial de generar perjuicios a un particular.

Además, de conformidad con lo establecido en el numeral 6º del artículo 277 de la Constitución Política y la Ley 734 de 2002, es un deber tanto constitucional como legal para la Procuraduría General de la Nación en ejercicio de sus funciones, investigar las conductas irregulares en que puedan incurrir quienes desempeñen funciones públicas.

Si de esta obligación y de la investigación surge una sanción disciplinaria, tal actuación no puede considerarse como causa de un daño o perjuicio.

Dentro de las garantías de la función pública, se estable que para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función el servidor público, ejercerán sus derechos, cumplirán los deberes, respetarán las prohibiciones y estarán sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses, establecidos en la Constitución Política y las leyes de la República de Colombia.

La Ley 734 de 2002, vigente en la actualidad, impone a quien desempeñe funciones públicas – caso que nos ocupa –, el cumplimiento de una serie de obligaciones y deberes, cuyo incumplimiento finalmente deviene en la existencia de faltas disciplinarias.

Adicionalmente, las providencias emitidas dentro del proceso disciplinario expresan con claridad y precisión, las razones que se tuvieron en cuenta para proferir la sanción disciplinaria.

Es preciso reiterar que por tratarse del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el perjuicio alegado por la demandante debe acreditarse, sin embargo, no se

observa que esto se haya realizado en el presente caso, por el contrario lo que se observa es que la Procuraduría General de la Nación actuó con absoluto apego a la Constitución, la Ley y el Reglamento, siendo procedente solicitar respetuosamente a su Señoría, desestimar las súplicas de la demanda y en consecuencia **DENEGAR** en su totalidad las pretensiones invocadas por el apoderado de los hoy demandantes.

-RESPECTO DE LOS PERJUICIOS.

Cuando se solicita la nulidad del acto y además se pretende el restablecimiento del derecho, el interesado debe acreditar la existencia del perjuicio alegado, siquiera de manera sumaria.

Es importante precisar que tratándose de actos administrativos disciplinarios, no es posible como pretende hacerlo ver el apoderado, que la sola existencia de una decisión de naturaleza sancionatoria implique un perjuicio de naturaleza irremediable, lo anterior en razón a que pese a que resulta normal la consideración respecto de que una decisión de este tipo puede ser lesiva a quien es sujeto de la misma, lo es igualmente que este tipo de determinaciones se encuentran ceñidas a un marco normativo que las dota de una presunción de legalidad y acierto.

En el presente asunto no se allegó con el escrito de demanda, prueba alguna para demostrar el perjuicio cuyo restablecimiento se pretende, todo lo contrario, las evidencias documentales dan cuenta de la razonabilidad y legalidad de los fallos disciplinarios sancionatorios que tiene como sujeto pasivo a la hoy demandante.

No se puede predicar, per se, que del ejercicio de la potestad legítima que tiene la Procuraduría General de la Nación se derive la vulneración de derechos fundamentales ni mucho menos puede decirse que con ella se causa un perjuicio irremediable.

Este perjuicio que alega la parte demandante, pero que no demuestra, no debe verse solamente por las consecuencias perjudiciales o adversas que suelen producir las decisiones punitivas de la Administración, pues tales decisiones, como la de autos, está revestida de legalidad y, por ende, las consecuencias perjudiciales de quienes las sufren no son, ilegítimas o ilícitas, sino que forma parte de las cargas públicas que como asociado debe soportar cuando con estricta sujeción a la legalidad, se ha desvirtuado su presunción de inocencia y se demostró la comisión de la falta disciplinaria en las condiciones de tiempo, modo y lugar en que fueron desarrolladas por el señor Bilbao.

VI.CARGA DE LA PRUEBA

Tanto el Honorable Consejo de Estado, como los diferentes Tribunales que integran la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, han venido sosteniendo de manera reiterada

y desde tiempos remotos, que es el demandante quien tiene la carga de desvirtuar la presunción de legalidad de los actos que son materia de impugnación.[3]

Dicho en otras palabras, en casos como el aquí planteado, se aplica el aforismo latino ***"onus probando incumbe actori"***, teniendo en cuenta en toda su extensión el artículo 177 del C.P.C. en el que se dispone que *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".*

Pues bien, recordemos su Señoría, que las pruebas son el instrumento por medio del cual los sujetos procesales van a sustentar al Juez instructor las razones que dan cuenta ya sea de la prosperidad de las pretensiones–en tratándose del demandante –o de la negativa a las mismas –si hablamos del demandado –.

En ese contexto, y como lo dispone el artículo 164 del Código General del Proceso *"toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso".*

No obstante, la misma norma procesal señala que las pruebas ilícitas, notoriamente impertinentes, inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles deben ser rechazas. En otras palabras, no por el simple hecho de requerir la práctica de una prueba, el Juez está obligado a su decreto, pues como se dijo en párrafos precedentes, aquella obedece a una necesidad que debe estar en consonancia con lo que se está debatiendo, pero, además, debe ser totalmente conducente en el marco de lo que se pide porque de lo contrario se zanja la atención del proceso en una discusión que no probará lo que se quiere.

Al respecto, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Quinta en sede de recurso de súplica, emitió un pronunciamiento que vale la pena traer a colación a esta controversia. Veamos:

> *Sea lo primero advertir que la finalidad de la prueba es llevar al juez a la certeza o conocimiento de los hechos que se relatan en la demanda o en su contestación y su objetivo es soportar las pretensiones o las razones de la defensa.*
>
> *Para el efecto, la ley previó una serie de medios de prueba que pueden ser decretados en el marco del proceso, aquellos están enunciados en el artículo 165 del Código General del Proceso.*
>
> *Específicamente, el legislador estableció que uno de los medios mediante el cual el juez podría llegar a tener conocimiento de los hechos relevantes para el proceso sería a través de la "declaración de terceros" también conocidos como testimonios. Esta clase de prueba ha sido definida como: "una declaración de una o varias personas naturales que no son partes del proceso y que son llevadas a él para que*

[3]Se cita entre otras, la sentencia 3 de agosto de 2006, Radicación No.25000-23-25-000-2000-04814-01(0589-05), Actor: Jesús Antonio Delgado Guana, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

con sus relatos ilustren los hechos que interesen al mismo, para efectos de llevar certeza al juez acerca de las circunstancias que constituyen el objeto del proceso".

No obstante, y pese a la utilidad de los testimonios su decreto y práctica no es automática, toda vez que, que previo a tomar cualquier decisión respecto a las pruebas, el juez deberá analizar si aquel es conducente, pertinente y útil.

Lo anterior, porque según el tenor del artículo 168 del Código General del Proceso se deben rechazar aquellos medios de convicción que no satisfagan las citadas características. Así las cosas, la Sala observa que la prueba testimonial solicitada por la parte actora no puede ser decretada, debido a que, como se pasará a explicar, aquella es impertinente.

La doctrina ha entendido que la pertinencia de la prueba hace alusión a la relación del medio de convicción y el objeto del proceso y significa que las pruebas "deben versar sobre hechos que conciernan al debate, porque si en nada tienen que ver con el mismo entran en el campo de la impertinencia".

Bajo la misma línea argumental el profesor Hernán Fabio López Blanco, sostiene que la prueba impertinente es aquella que nada aporta a la Litis, pues busca probar un hecho inocuo para los fines perseguidos dentro del proceso"[4].

En este sentido, en cuanto a las pruebas contenidas acápite MEDIOS DE PRUEBA, considera esta apoderada:

A. Documentales.

1)Fallo proferido por la Procuraduría Delegada Para la Fuerza Pública y la Policía Nacional de fecha 09 de abril de 2019.

2) Constancia de notificación del fallo de fecha 09 de abril de 2019.

3) Fallo proferido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, de fecha 13 de octubre de 2020.

4) Constancia de notificación del fallo de fecha 13 de octubre de 2020.

5) Solicitud de Revocatoria Directa presentada ante la Procuraduría General de la Nación por parte de JOHANNY BILBAO RODRÍGUEZ.

6) Certificado de la Registraduría Única del Circulo de Quinchía – Risaralda.

[4] Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Quinta. Expediente N° 11001-03-28-000-2014-00111-00, C.P. Dr.: Alberto Yepes Barreiro (E), 05 de marzo de 2015.

7) Carnet de beneficiarios de ELIZBETH VIVIANA BILBAO POSADA.

8) Registro civil de nacimiento de ELIZBETH VIVIANA BILBAO POSADA.

9) Registro civil de nacimiento de THALIANA ANDREA BILBAO POSADA.

10) Cedula de ciudadanía de GLADIS VIVIANA POSADA ORTIZ.

11) Registro Civil de Matrimonio celebrado por GLADIS VIVIANA POSADA ORTIZ.

12) Tarjeta de identidad de ELIZBETH VIVIANA BILBAO POSADA.

13) Certificado de Antecedentes Disciplinarios de JOHANNY BILBAO RODRÍGUEZ originado en la Procuraduría General de la Nación donde consta la sanción de multa.

14) Certificado de salario devengado por JOHANNY BILBAO RODRÍGUEZ, en el que consta los descuentos efectuados por concepto de multa.

15) Copia del certificado emitido por el Comité Técnico de Conciliación de la Procuraduría General de la Nación en el caso del señor JOHANNY BILBAO RODRÍGUEZ y familia.

16) Constancia de la audiencia de conciliación celebrada el día 30 de abril de 2021, ante la Procuradora 83 I Para Asuntos Administrativos.

17) Acta de la audiencia de conciliación fallida celebrada ante la Procuraduría 83 I Para Asuntos Administrativos de fecha 30 de abril de 2021, remitido en fecha 03 de mayo de 2021.

18) Formulario II de seguimiento de la Policía Nacional, en la que consta el descuento en puntos realizada a la hoja de Vidal del señor JOHANNY BILBAO RODRÍGUEZ.

19) Solicitud realizada por mi representado a la Procuraduría Delegada de la Policía Nacional.

20) Expediente del proceso Disciplinario (161 – 7566) IUS 2014-367258 IUC-D-2015- 31-720487, contenido en 9 archivos en pdf.

Estos documentos no aportan ningún elemento nuevo de contradicción en el marco de la legalidad de la expedición de los fallos de primera y segunda instancia. No se indica por la parte demandante cual es la utilidad, necesidad y pertinencia de estas pruebas.

En cuanto a los fallos de primera y segunda instancia, es precisamente sobre los cual versa el control de legalidad y es partiendo de su estudio, que el despacho procederá o no, a declarar causal de nulidad alguna.

B. Testimoniales

-Rocío Yaqueline Rivero León y Luis Antonio Padilla Barros

Me opongo a la práctica de estos testimonios, por cuanto no se indica por parte del apoderado, la utilidad, necesidad y pertinencia de estos testimonios. ¿Que se pretende acreditar? ¿Su testimonio versara sobre que situaciones en particular propias del proceso disciplinario? ¿Qué relación tienen con el disciplinado?

Refiere el apoderado en el acápite OBJETO DE LA PRUEBA, *"Me permito manifestarle al señor (a) juez, que el objeto de la presente prueba consiste en la recepción de los testimonios a efectos que manifiesten lo que le conste o les pueda constar sobre la demanda y su contestación, relacionada con la afectación a la familia BILBAO POSADA, por el proceso disciplinario y las consecuencias del mismo".*

Es decir, los testimonios versaran entonces sobre la acreditación de los perjuicios presuntamente causados a la familia Bilbao Posada, mas no aportara elementos nuevos de contradicción relacionados con la legalidad de la expedición de los actos disciplinarios sancionatorios.

Para el caso en comento sea del caso destacar que, conforme lo ha establecido la jurisprudencia contencioso administrativa, el proceso jurisdiccional atinente a las decisiones disciplinarias no puede convertirse, ni ese es su fin, en una tercera instancia en la que se puedan reabrir debates argumentativos y probatorios no dados dentro del proceso disciplinario, pues este el escenario natural en el que han de plantearse, confrontarse y refutarse los diversos argumentos y medios probatorios.

Sobre el particular ha señalado el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, Sentencia del 01/10/09, radicado 11001- 0325-000-2002-00240-01 (4925-02), actor Manuel Heriberto Zabaleta Rodríguez, demandado Procuraduría General de la Nación:

> "… Las prerrogativas procesales propias del juicio disciplinario, excluyen que se pueda trasladar, de cualquier manera, a la
> *sede contenciosa administrativa el mismo debate agotado ante la autoridad disciplinaria. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad, no es una simple extensión del proceso disciplinario, sino que debe ser algo funcionalmente distinto, si es que el legislador consagró el debido proceso disciplinario como el lugar en que debe hacerse la crítica probatoria y el debate sobre la interrelación de la normatividad aplicable como soporte de la sanción.*
>
> *Bajo esta perspectiva, el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa*

Administrativa, implica una especial cualificación y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba como si de una tercera instancia se tratara.

Corresponde entonces a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, entre otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario se haya ajustado a las garantías constitucionales y legales, es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba manifiestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales, o sea, para aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios básicos rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa.

Entonces, en línea de principio puede predicarse que el control que a la jurisdicción corresponde sobre los actos de la administración, cuando ésta se expresa en ejercicio de la potestad disciplinaria, debe mantenerse al margen de erigirse en un nuevo momento para valorar la prueba, salvo que en su decreto y práctica se hubiere violado flagrantemente el debido proceso, o que la apreciación que de esa pruebas haya hecho el órgano disciplinario resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad.

Por lo mismo, el control judicial del poder correccional que ejerce la Procuraduría General de la Nación, no puede ser el reclamo para que se haga una nueva lectura de la prueba que pretenda hacer más aguda y de mayor alcance, pues esa tarea corresponde a las instancias previstas en el C.D.U. y es en principio ajena a la actividad de la jurisdicción. En síntesis, debe distinguirse radicalmente la tarea del Juez Contencioso que no puede ser una tercera instancia del juicio disciplinario, y tal cosa se ha pretendido con la demanda contencioso administrativa de que hoy se ocupa la Corporación, demanda que por tanto está condenada al fracaso…".

VII. EXCEPCIONES

a-Inexistencia del derecho pretendido

Teniendo en cuenta que del análisis realizado se desprende no hubo actuación irregular alguna y ante la clara sustentación de que no le asiste razón al mismo respecto a los cargos señalados, me permito señalar la imposibilidad de adelantar el presente medio de control por INEXISTENCIA DEL DERECHO PRETENDIDO por la parte accionante, toda vez que los actos administrativos respecto de los cuales se pretende la nulidad, desaparecieron del mundo jurídico.

b- Innominada o genérica

Solicito declarar la existencia de toda aquella excepción cuyos supuestos de hecho resulten acreditados en el proceso.

VIII. SOLICITUD

Acreditado como está que la Procuraduría General de la Nación actuó en ejercicio de la potestad constitucional y legal que le asiste para adelantar las investigaciones disciplinarias contra los servidores públicos, estando debidamente sustentadas las decisiones que se controvierten, ruego respetuosamente se **NIEGUEN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**.

IX. NOTIFICACIONES

Se recibirán notificaciones personales en la Carrera 5 N° 15 – 80 Piso 10° Oficina Jurídica Procuraduría General de la Nación, teléfono 5878750 ext. 11003 en Bogotá o al Correo electrónico procesosjudiciales@procuraduria.gov.co

X. RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA

Comedidamente le solicito reconocerme personería para actuar en este proceso.

Del Honorable Despacho,

ANDREA LYZETH LONDOÑO RESTREPO
CC. No. 1.060.268.509 de Pácora - Caldas
T.P. No. 269.290 del C.S de la J.