

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO ✓  
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y  
SANTA CATALINA

---

San Andrés, Isla, veintiuno (21) de Julio de dos mil catorce (2014)

MAGISTRADO PONENTE: Dr. JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

**REFERENCIA** : EXP. No. 88-001-23-33-000-2014-00027-00  
**M. DE CONTROL** : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.  
**DEMANDANTES** : FRANK ESCALONA RENDÓN Y OTROS.  
**DEMANDADO** : PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

**MEDIDA CAUTELAR**

**OBJETO**

Procede el Despacho a resolver la solicitud de medida cautelar presentada por la parte demandante, dentro del proceso iniciado a través de apoderada judicial por FRANK ESCALONA RENDÓN, CATHERINE HELENA RIVERA OWKIN, FRANKLIN RALIN ESCALONA HUDGSON, OBDULIA RENDÓN RAMÍREZ, LANDA MANUELA ESCALONA RENDÓN y ANDRÉS FELIPE ESCALONA RENDÓN, en contra de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

**DE LA SOLICITUD**

La apoderada judicial de la parte demandante en escrito separado, solicita con fundamento en los artículos 229, 230 num. 3° y 231 del C.P.A.C.A., la suspensión del acto demandado, integrado por el fallo de primera instancia proferido el 23 de abril de 2013 por la Procuraduría Regional de San Andrés y el fallo de segunda instancia proferido el 30 de septiembre de 2013 por el Procurador Delegado para la Economía y la Hacienda Pública, dentro del proceso disciplinario adelantado en contra de FRANK ESCALONA RENDÓN.

Como fundamento de su petición sostiene, que respecto de los requisitos que prevé el Art. 231 del C.P.A.C.A., para que proceda la medida cautelar objeto de la presente solicitud, el H. Consejo de Estado precisó que con la entrada en vigencia de la ley 1437 de 2011, los requisitos cambiaron, especialmente en lo relativo al análisis inicial de la legalidad del acto administrativo acusado.

Rad.: 88-001-23-33-000-2014-00027-00-MEDIDA CAUTELAR  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandantes: FRANK ESCALONA RENDÓN Y OTROS  
Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

---

Que por otra parte, conforme a lo previsto en la mencionada norma, además de la violación normativa, debe acreditarse, siquiera de manera sumaria, los perjuicios que han sido causados a quien solicita el restablecimiento de los derechos conculcados por el acto administrativo cuestionado.

Manifiesta, que en relación con el perjuicio evidente e irremediable, resulta importante lo expuesto por el H. Consejo de Estado, al analizar la situación de quien, habiendo sido elegido para un cargo de elección popular, fue separado de su ejercicio mediante una providencia que le impuso la sanción disciplinaria de destitución, para lo cual transcribe un aparte del Auto de mayo 13 de 2014, proferido por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección B, Consejero Ponente: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, Exp.: 1001032500020140036000 de tal Corporación.

Afirma que el acto acusado es ilegal, debido a que fue proferido con posterioridad al vencimiento del término de prescripción de la acción disciplinaria consagrada en el inciso primero del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, vigente para el momento de ocurrencia de los hechos, la cual señala como término el de 5 años y dicho término contado desde la firma del contrato No. 500 de 2008, esto es, el día 8 de septiembre de 2008, se cumplió el 8 de septiembre de 2013, sin embargo, el Ente disciplinador profirió la decisión definitiva el 30 de septiembre de 2013, la cual quedó ejecutoriada el 12 de noviembre de ese año.

Indica, que la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, ha adoptado la tesis según la cual el acto que resuelve el recurso interpuesto contra la sanción disciplinaria, es el que interrumpe el término de prescripción de la acción disciplinaria, así lo expuso en la providencia proferida el 23 de mayo de 2002, Exp.: 17112, en la cual afirmó que dentro del término de 5 años deben expedirse los fallos de primera y segunda instancia. Agrega, que tal interpretación fue acogida en fallo de mayo 7 de 2013 de la Subsección B de la Sección Segunda de esa alta Corporación.

Que con la expedición extemporánea de la providencia sancionatoria, se le lesionaron de manera directa los derechos fundamentales a FRANK ESCALONA RENDÓN, al debido proceso, al trabajo y al buen nombre, así como también los principios constitucionales de orden público y seguridad jurídica.

De la misma manera, manifiesta que la decisión acusada viola de manera flagrante lo previsto en el artículo 15 de la Ley 715 de 2001, que regula la destinación de recursos para el sector educación, pues, el ente disciplinado no tuvo en cuenta lo previsto en el parágrafo 2° de dicho artículo, que señala la

Rad.: 88-001-23-33-000-2014-00027-00-MEDIDA CAUTELAR  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandantes: FRANK ESCALONA RENDÓN Y OTROS  
Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

---

posibilidad de invertir recursos del SGP para contratar lo que resulte necesario para garantizar el transporte escolar.

Asevera, que la entidad sancionadora con el acto acusado, desconoció la presunción de legalidad de los actos previos a la firma del contrato de suministro de combustible, que fueron expedidos por otros funcionarios del Departamento. Que el acto acusado está falsamente motivado, por cuanto tomó por ciertos hechos que no ocurrieron e interpretó de manera errada la regulación normativa, con lo cual se violó el derecho al debido proceso a ESCALONA RENDÓN.

Asimismo señala, que el acto acusado viola el marco normativo que consagra el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución y en el artículo 15 del Código Único Disciplinario, por cuanto así se infiere del análisis del trato dado a los señores Pomare Wright y May Baldonado, quienes recibieron como sanción la de 1 mes de suspensión en el ejercicio de sus cargos.

Contrasta, que el señor Frank fue sancionado con 10 años de destitución mientras que los señores antes mencionados lo fueron con 1 mes, cuando los hechos que se imputan como irregulares a los 3 funcionarios son idénticos, que inclusive, más graves respecto de éstos, como quiera que ellos eran los competentes para decidir sobre la disponibilidad y apropiación de los recursos que se habrían de destinar para la ejecución del contrato y para el pago de los peritos en los procesos judiciales de pertenencia.

Como tercer argumento, señala la violación al debido proceso por falta de motivación del acto sancionatorio, teniendo en cuenta que el mismo CDU proscribía la responsabilidad objetiva, al consagrar en su artículo 13 "las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa", y la imputación que se hizo a título de culpa gravísima no fue motivada de manera razonable ni con suficiencia argumentativa y probatoria, tal como consta en el cuerpo de la demanda.

Concluye diciendo que lo anterior, repercutió desfavorablemente en la calificación de la falta y por ende en el tipo de sanción aplicada en Escalona Rendón, si además, se considera que no se tuvieron en cuenta los criterios señalados por la Ley disciplinaria para determinar la gravedad o levedad de la falta. Con lo que se está frente a un desconocimiento del principio de proporcionalidad.

En cuanto a la acreditación de los perjuicios irremediabiles que alega, se están causando con el acto acusado, pone de presente que dicha decisión está

Rad.: 88-001-23-33-000-2014-00027-00-MEDIDA CAUTELAR  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandantes: FRANK ESCALONA RENDÓN Y OTROS  
Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

---

vulnerando de manera frontal e injustificada el derecho fundamental de Frank Escalona a ser elegido, el cual está conculcado evidentemente en dos facetas distintas: (i) ha sido privado de su derecho a ejercer el cargo de diputado de la Asamblea Departamental, para lo cual fue elegido popular y legítimamente por los ciudadanos del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, durante el periodo 2012-2015, que el perjuicio es actual, continuado y grave, debido a que cada día que permanece fuera de su curul, deja de representar los intereses de quienes lo eligieron como su voz en la corporación departamental; (ii) La limitación impuesta mediante decisión acusada lesiona el desarrollo de la carrera política del mismo a nivel departamental, la cual hasta la fecha en que fue sancionado, fue exitosa y reconocida, su gestión en las entidades del Departamento le revelaban un futuro promisorio, ahora frustrado con una injusta decisión; (iii) el acto acusado les produce diariamente tristeza, congoja y aflicción a él y a su familia, y (iv) El acto acusado le lesiona el derecho al trabajo, quien como experto en Derecho Administrativo se había dedicado toda su vida a servir a las entidades públicas, con quienes no podrá contratar ni vincularse como empleado, a consecuencia de la destitución e inhabilidad que se le impuso por el término de 10 años.

#### TRÁMITE

Mediante auto de junio dieciocho (18) de dos mil catorce (2014), se ordenó correr traslado a la entidad demandada de la solicitud de medida cautelar presentada por la parte actora. (fl. 17 cdno. de medida cautelar).

El 24 de junio de 2014 por Secretaría General de este Tribunal, se corrió traslado por el término de cinco (5) días a la entidad demandada de la medida cautelar. (fl. 20 cdno. de medida cautelar).

#### TRASLADO DE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

La Procuraduría General de la Nación de manera extemporánea dio contestación a la solicitud de suspensión provisional en los siguientes términos:

Considera que los efectos jurídicos de los actos administrativos sancionatorios correspondientes a la ejecución y registro de la sanción contra el disciplinado se produjeron el 30 de septiembre de 2013, cuando la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública confirmó el fallo de primera instancia, y el Procurador Regional de San Andrés comunicó los mismos al Presidente de la Asamblea Departamental, como autoridad encargada de ejecutar la destitución.

Rad.: 88-001-23-33-000-2014-00027-00-MEDIDA CAUTELAR  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandantes: FRANK ESCALONA RENDÓN Y OTROS  
Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

---

Precisa que los actos administrativos cuya suspensión provisional solicita el actor, cobraron plenos efectos jurídicos, de modo que la concesión de la suspensión provisional *"implicaría reversar una situación consolidada, lo que devendría no en una medida cautelar sino de restablecimiento, y además haría imposibles los efectos de la sentencia en caso de que la misma sea favorable a la entidad ... ya que al momento de la decisión final es muy probable que no pueda ejecutarse la sanción, y por lo tanto la medida impediría el cumplimiento de los fines del derecho disciplinario en cuanto a su función punitiva y moralizadora"* (fl. 23).

Manifiesta que la suspensión provisional de los actos demandados debe negarse porque el actor pretende *"que se desnaturalicen las medidas cautelares, ya que busca que se reverse una situación jurídica consolidada consistente en su destitución e inhabilidad, lo cual solo es procedente mediante sentencia de fondo, por lo que prima facie se encuentra que la solicitud debe ser resuelta de manera negativa"* (fl. 24).

Expresa que el actor busca con la medida cautelar que se realice un prejuzgamiento con fundamento en normas que se deben debatir en el proceso y cuyo análisis debe concluir en la sentencia y no en la decisión sobre la suspensión provisional de los actos demandados.

Subraya que el demandante tiene la carga de explicar la necesidad y justificación de la medida como lo dispone el artículo 231 del CPACA, de manera que es *"obligación de la parte interesada brindar una carga argumentativa "mayor" y "suficiente" y elementos justificados y probatorios, que le permitan al conductor del proceso tomar alguna decisión al respecto sin incurrir en una valoración de fondo más propia de la fase de juzgamiento."* (fl. 26). Se agrega que el actor no cumplió esta obligación porque el escrito de la solicitud de medidas cautelares remite al concepto de violación de la demanda, en consecuencia el juez terminaría realizando la confrontación que corresponde al interesado, situación que contraría la normatividad sobre las medidas cautelares.

Señala que no se acreditan los requisitos de procedibilidad de la medida cautelar solicitada porque en el escrito de la solicitud no se desarrolló un carga argumentativa contundente y no cuenta con un sustento probatorio distinto del que se surtirá en el proceso.

Precisa que en el presente caso la sanción disciplinaria no transgredió el ordenamiento jurídico, ni los derechos fundamentales del actor, de manera que no se configuró el perjuicio que se exige para la procedencia de la medida cautelar.

Rad.: 88-001-23-33-000-2014-00027-00-MEDIDA CAUTELAR  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandantes: FRANK ESCALONA RENDÓN Y OTROS  
Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

---

Finalmente expresa la entidad demandada que como requisito para el decreto de la medida cautelar, cuando se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios se debe probar al menos sumariamente la existencia de los mismos, y que en el presente caso no se acreditó o probó este requisito, en tanto no se pueden establecer por el sólo hecho del ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la Procuraduría.

Así concluye que *“los actos acusados no vulneran las normas invocadas como violadas, se deja claro, además, que en el presente asunto no se encuentra demostrado la existencia de perjuicios, luego el paso a seguir y sin necesidad de revisar aspecto adicional alguno, sería denegar la suspensión provisional, pues la redacción de la norma tiene una connotación **copulativa**, ya que exige los **dos** supuestos; no alternativa (que cumplido uno resulte innecesario el otro); **ni** discrecional”* (fl. 43).

Respecto de los razonamientos del escrito de solicitud de medidas cautelares manifiesta la entidad accionada que se circunscriben a la violación del derecho al debido proceso.

Frente a la prescripción de la acción disciplinaria, se entiende interrumpida con el acto primigenio y su notificación, lo cual para el presente asunto, es el fallo de primera de instancia, por tanto al habersele notificado al solicitante no opera la figura de la prescripción como pretende “hacerla apreciable mediante la presente solicitud”

A reglón seguido, respecto del derecho a la igualdad, advierte que ninguno de los disciplinados lo fueron por la suscripción de un mismo contrato, o por la emisión de unas mismas resoluciones de pago, lo cual hace cada una de las responsabilidades distintas. Se agrega que los cargos elevados no son idénticos por lo que la responsabilidad de cada uno de ellos era individual y diversa.

Sobre la alegada violación al artículo 15 de la Ley 715 de 2001 y numeral 6° del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, manifiesta la entidad accionada que no le asiste razón al peticionario, toda vez que en el pliego de cargos se establecieron las normas violadas y se indicó el artículo 44, numeral 20 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y el artículo 15 de la Ley 715 de 2001.

Igualmente destaca, que en el auto de cargos se calificó la falta y la culpabilidad como gravísimas, *“lo cual guarda concordancia con la sanción impuesta de destitución e inhabilidad general por el término de diez años, lo cual resultó luego de la valoración de las pruebas obrantes en el proceso disciplinario adelantado en contra del señor Frank Escalona Rendón”* (fl. 41).

## CONSIDERACIONES

Corresponde al Despacho en esta oportunidad, decidir sobre el decreto de la medida cautelar o no de la suspensión provisional del acto administrativo, integrado por el fallo de primera instancia de abril 23 de 2013 proferido por la Procuraduría Regional de San Andrés, Isla, y el fallo de segunda instancia de septiembre 30 de 2013 proferido por el Procurador Delegado para la Economía y la Hacienda Pública dentro del proceso disciplinario seguido en contra de FRANK ESCALONA RENDÓN, mediante el cual fue sancionado con destitución e inhabilidad por 10 años para ejercer la función pública.

### De las Medidas Cautelares

Las medidas cautelares se encuentran reguladas en el Título V Capítulo XI del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así de conformidad con el artículo 231 son requisitos para decretar las medidas cautelares: 1) la violación de la norma "surja" del acto y su confrontación con la normatividad superior, o 2) la violación "surja" del estudio de las pruebas allegadas; y 3) cuando se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

De igual forma, existen unos requisitos procesales y otros sustantivos, tal como se sigue:

Requisitos procesales: (i) Proceso declarativo; (ii) Tenga relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda; (iii) Oportunidad: desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso; (iv) Presentación en forma oral o escrita; (v) Otorgar caución, salvo las excepciones de ley.

Requisitos sustantivos: (i) APARIENCIA DE BUEN DERECHO: Es un cálculo que realiza el juez sobre las posibilidades de éxito de las pretensiones. También conocido como *fumus boni iuris (olor a buen derecho)*. Puede implicar dos concepciones: 1. cálculo sobre las posibilidades de éxito de la demanda. 2. que la pretensión a primera vista no parezca desprovista de fundamento. Este requisito está consagrado en los numerales 1 y 2 del artículo 231: 1) que la demanda esté razonablemente fundada en derecho y 2) que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

(ii) PELIGRO POR LA MORA: Es el peligro que se puede causar por no dictar oportunamente una resolución judicial que ponga fin al litigio, ya sea porque se

destruya el objeto del mismo o porque se haga ineficaz la sentencia. El juez debe valorar en qué casos de no otorgarse el amparo cautelar la duración del proceso puede tornar en ineficaz un eventual fallo favorable al solicitante. Se establece una **correlación** entre los dos requisitos estudiados - apariencia de buen derecho y peligro por la mora - consistente en que a **mayor apariencia de buen derecho menor exigencia** en la argumentación del **peligro por la mora** para el otorgamiento de la medida. Expresado en otros términos si la apariencia de buen derecho es bastante alta se reduce notablemente la necesidad de verificar el peligro por la mora. A mayor probabilidad de éxito de las pretensiones, menor carga de argumentación en el peligro por la mora. El peligro por la mora está consagrado en el numeral 4 del artículo 231, e implica una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable; o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

(iii) PONDERACIÓN DE INTERESES: Ponderar es determinar el **peso** de algo, contrapesar, equilibrar (DRAE, 2001, p.1801). La ponderación es una técnica de decisión que permite determinar el interés que debe **prevalecer** en cada caso. La metodología para ello se desarrolla en tres pasos: 1) se identifican los intereses en conflicto; 2) se atribuye importancia a cada uno, en el caso concreto; y 3) se decide cuál debe prevalecer.

La consagración normativa de este requisito se encuentra en el artículo 231, inciso 2, numeral 3: que el demandante haya presentado los elementos que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida que concederla.

Ahora bien, la parte demandante fundamenta su petición en los siguientes aspectos: a) prescripción, b) violación al derecho a la igualdad, c) violación al artículo 15 de la Ley 715 de 2001, d) violación al debido proceso por la falta de motivación del acto sancionatorio, y e) Perjuicio irremediable.

### **De la Mayor Carga para el Juez**

Contrario de lo que sucedía con la suspensión provisional del acto administrativo en el anterior Código Contencioso Administrativo, que para decretarla se requería según reiterada jurisprudencia, que la violación o trasgresión de la norma superior fuera de manera protuberante, que no conllevara a una mayor elucubración jurídica, sino que resultase de la simple confrontación del acto acusado con la norma violada; en cambio en la Ley 1437 de 2011 surge para el Juez un nuevo reto, pues debe hacer el estudio frente al análisis con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Rad.: 88-001-23-33-000-2014-00027-00-MEDIDA CAUTELAR  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandantes: FRANK ESCALONA RENDÓN Y OTROS  
Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

---

Así lo señala el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Exp.: 11001032500020140036000, CP: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, en auto de mayo 13 de 2014: *“De lo anterior se desprende que para decretar la medida cautelar, cuando se trata de la suspensión de los efectos de un acto administrativo, el CPACA dispone que el juzgador tiene la carga de hacer explícita la “violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado” (art. 231). Esto quiere decir, no que deben estar demostradas todas las disposiciones invocadas, pero sí que al menos uno de los cargos expuestos lleve al juzgador la convicción de que se produjo la violación de la ley, pudiendo incluso, adicionalmente, llamar la atención sobre las violaciones legales que podrían tener efectividad luego de tramitado el proceso.”*

Seguidamente se procede a hacer el análisis de cada uno de los cargos formulados contra los actos acusados.

### **Prescripción de la Acción Disciplinaria**

La prescripción es un instituto de orden público, en virtud del cual el Estado cesa su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la ley. Lo anterior significa, que dicha figura es una sanción frente a la inactividad de la administración, debido a que el servidor público no puede quedar sujeto de manera indefinida a una imputación.<sup>1</sup>

Ahora bien, acerca de la prescripción en materia disciplinaria, ha habido diferentes posiciones a lo largo de la vigencia de la ley, que ha sido interpretada de manera diversa por los diferentes actores jurídicos, ya la Procuraduría General de la Nación, ora la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, amén de lo que ha dicho la doctrina.

---

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de marzo veintidós (22) de dos mil doce (2012), Rad.: 25000-23-25-000-2003-05420-02 (0479-09). CONSEJERO PONENTE: LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO: *“La prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa su potestad punitiva -ius puniendi- por el cumplimiento del término señalado en la ley.*

*Es decir, que al tiempo que la prescripción constituye una sanción frente a la inactividad de la administración, el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el servidor público quedar sujeto indefinidamente a una imputación, lo que violaría su derecho al debido proceso.*

*Ahora bien, el fenómeno infractor puede residir en un acto cuya ejecución se prolonga indeterminadamente en el tiempo, o por el contrario, en un acto que se ejecuta instantáneamente. La importancia de esta distinción, radica en la determinación de la fecha de referencia necesaria para empezar a contabilizar la prescripción de la acción disciplinaria.*

*En efecto, el término prescriptivo de la falta disciplinaria en el caso de las faltas de ejecución instantánea, se contabiliza desde que se verifica la ocurrencia de la conducta externa infractora (**día de la consumación**), y en el evento de faltas de ejecución continuada, se cuenta a partir del momento en que finaliza, en el tiempo, su perpetración (**día de realización del último acto**).-*

Rad.: 88-001-23-33-000-2014-00027-00-MEDIDA CAUTELAR  
 Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 Demandantes: FRANK ESCALONA RENDÓN Y OTROS  
 Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

---

De esta manera, el H. Consejo de Estado<sup>2</sup> sostuvo que dentro del término prescriptivo establecido en la ley, la autoridad debía concluir la actuación administrativa expidiendo y notificando el acto que resuelve los recursos interpuestos con la decisión principal, es decir, que dentro de los cinco (5) años contados a partir de la comisión de la conducta se debía proferir y notificar el fallo de segunda instancia, o en su defecto, resolver el recurso en caso de procedimientos de única instancia.

Posteriormente, la Sala Plena del H. Consejo de Estado<sup>3</sup> unificó las posturas existentes, según la cual dentro del término de cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, la autoridad deberá expedir y notificar el acto administrativo principal.

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de mayo veintitrés (23) de dos mil dos (2002), Exp.: 17112, Actor: Álvaro Velandia Hurtado.-

<sup>3</sup> Sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado de 29 de septiembre de 2009, radicación 2003-00442-01 (S), actor: Álvaro Hernán Velandia Hurtado, M.P. Dra. Susana Buitrago Valencia: *"Bajo este hilo conductor, y en la necesidad de unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, asunto que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia jurídica a la Sala Plena, a continuación se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración.*

*Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado. Así, la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto.*

*La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas y regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la administración, luego de tramitarla, define la investigación y expide el acto que impone la sanción. La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado con la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuestos para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada.*

*Afirmar que la administración, además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del término de cinco años a partir del acto constitutivo de la falta la actuación administrativa sancionatoria también está obligada dentro de ese lapso a resolver los recursos de la vía gubernativa e incluso a notificar el acto que resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla y permite, finalmente, dejar en manos del investigado, a su arbitrio, la determinación de cuándo se "imponen" la sanción, porque en muchas ocasiones es del administrado de quien dependen las incidencias del trámite de notificación de las providencias.*

*En este orden de ideas, en el sub examine es evidente que el fallo suplicado interpretó de forma errónea el artículo 12 de la Ley 25 de 1974 con las modificaciones que le introdujo el artículo 6 de la ley 13 de 1984, porque le otorgó un equivocado entendimiento al considerar el alcance del término de prescripción de la acción administrativa disciplinaria hasta comprendida la notificación del acto administrativo que resuelve el último recurso de la vía gubernativa. Por el contrario, imponer la sanción disciplinaria dentro del término de cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, significa que, como máximo, dentro de dicho plazo debe la autoridad pública expedir y notificar el acto administrativo principal, es decir, el acto primigenio que resuelve y que pone fin a la actuación administrativa disciplinaria"*

Rad.: 88-001-23-33-000-2014-00027-00-MEDIDA CAUTELAR  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandantes: FRANK ESCALONA RENDÓN Y OTROS  
Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

---

Lo anterior significa, que no opera el fenómeno de la prescripción si la notificación del fallo de primera instancia se da dentro de los cinco (5) años siguientes a la fecha en que se cometió la falta o la última.

No obstante lo anterior, en reciente jurisprudencia, la mencionada Corporación ha indicado que: *"La Jurisprudencia vigente en materia de prescripción de la acción administrativa disciplinaria, es la contenida en la Sentencia proferida 23 de mayo de 2002, proferida por la Sección Segunda, Subsección 'B' del Consejo de Estado, expediente 17112, Actor: Álvaro Hernán Velandia Hurtado, según la cual, dentro del término prescriptivo establecido por la ley, la autoridad competente debe concluir la actuación administrativa expidiendo y notificando el acto que resuelve los recursos interpuestos contra la decisión principal que impone la sanción disciplinaria al investigado, con los cuales se agotaría la vía gubernativa."*<sup>4</sup>

Dicho retroceso jurisprudencial se debió a una acción de tutela interpuesta por el demandante de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que fue objeto de conocimiento por la Sala Plena y donde se originó la sentencia de unificación, en la cual la Sala de Conjuces revocó el fallo de 29 de septiembre de 2009 y declaró en firme la sentencia de la Sección Segunda, Subsección B de mayo 23 de 2002.

Sin embargo, la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado<sup>5</sup> al decidir la impugnación contra dicho fallo constitucional-Abril 17 de 2013-, mediante providencia del 6 de marzo de 2014, resolvió revocarlo y negó por improcedente la solicitud de tutela instaurada contra el fallo de septiembre 29 de 2009.

En este orden de ideas, resulta claro entonces, que la jurisprudencia aplicable en materia de prescripción es la unificada por la Sala Plena del H. Consejo de Estado de fecha septiembre 29 de 2009, según la cual el término de prescripción se interrumpe con la expedición y notificación del acto primigenio, esto es, el fallo de primera instancia.

Así las cosas y con fundamento en el precedente vertical, se considera que en el sub lite no operó la prescripción de la acción disciplinaria, pues el fallo de primera instancia y su notificación se produjeron dentro de los cinco (5) años, contados a partir de la comisión de la conducta que motivó la investigación.

---

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de febrero veintisiete (27) de dos mil catorce (2014), Rad.: 11001-03-25-000-2012-00888-00 (2728-12). CONSEJERA PONENTE: Dra. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PAEZ (E).-

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de marzo seis (6) de dos mil catorce (2014), Rad.: 11001-03-15-000-2010-00076-03. CONSEJERA PONENTE: Dra. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ.-

Rad.: 88-001-23-33-000-2014-00027-00-MEDIDA CAUTELAR  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandantes: FRANK ESCALONA RENDÓN Y OTROS  
Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

---

### **Violación al Derecho a la Igualdad**

Alega la parte demandante, que el acto acusado infringe lo previsto en el artículo 13 de la Constitución Política y en el artículo 15 de la Ley 734 de 2002, pues el trato dado a POMARE WRIGHT y MAY BALDONADO fue distinto ya que fueron sancionados con un (1) mes de suspensión, cuando ESCALONA RENDÓN lo fue con destitución e inhabilidad por 10 años, siendo los hechos imputados a los tres fueron idénticos.

Acerca del derecho a la igualdad, la H. Corte Constitucional en reiteradas sentencias, ha dicho que la igualdad es uno de los pilares de nuestra Constitución. Igualdad formal y material del art. 13 Superior, como forma de expresar la coherencia del Estado social, democrático, pluralista, de Derecho y de derechos, de que tratan los arts. 1º, 2º, 7º CP, que *"...Su importancia se manifiesta en la triple configuración constitucional que posee, como principio, derecho y garantía, pero también en que su protección es una de las exigencias vitales de toda decisión y actuación pública y privada y del debido proceso."*<sup>6</sup>

Respecto de la situación que se presenta en el sub lite, referida a la menor sanción impuesta a unos investigados y la mayor sanción por los mismos hechos imputados a otros, se debe, en principio a la **calificación de la falta** que se hizo en el curso del proceso disciplinario por parte de la Procuraduría y que tiene que ver con las distintas calidades que ostentaba cada uno de los investigados como funcionarios de la Administración Departamental, pero que en todo caso, para tomar una decisión, habría que examinar la situación concreta de cada uno de los investigados, extrayendo sus rasgos generales y específicos, para así centrar el análisis en la constatación de la razonabilidad de la decisión atacada, que necesariamente debe contar con mayores elementos de juicio con fundamento en las pruebas, lo cual se hará al resolver el fondo del asunto, además si se tiene en cuenta que con la solicitud de la medida cautelar no se allegaron las pruebas para tal fin, sino que éstas hacen parte de la demanda, cuyo trámite corre de manera independiente al de la medida cautelar conforme lo previsto en el artículo 233 del C.P.A.C.A.

### **Violación al artículo 15 de la Ley 715 de 2001**

Señala, que la sanción de destitución e inhabilidad fue sustentada en el supuesto desvío de recursos con destinación específica, para el sector de educación, el cual se consumó en dos conductas, con la suscripción del contrato No. 500 de 2008 y con la emisión de las Resoluciones No. 00643 de marzo 4 de

---

<sup>6</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-525 de junio veintiuno (21) de dos mil diez (2010), Ref. Exp.: T-2537075. MAGISTRADO PONENTE: Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.-

Rad.: 88-001-23-33-000-2014-00027-00-MEDIDA CAUTELAR  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandantes: FRANK ESCALONA RENDÓN Y OTROS  
Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

---

2009 y 01086 de abril 17 de 2009, que ordenaban el pago de honorarios a peritos, en virtud del desarrollo de los procesos de declaración de pertenencia que se llevaban a cabo, por parte del ente territorial que buscaban obtener la titularidad de los predios donde se levantaban algunos colegios.

De la misma manera, resalta que la entidad sancionadora desconoció la presunción de legalidad de los actos previos a la firma del contrato de suministro de combustible, que fueron expedidos por funcionarios distintos.

Según el artículo 15 de la Ley 715 de 2001, los recursos del SGP para educación deben destinarse, así:

**“Artículo 15.** Destinación. Los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones se destinarán a financiar la prestación del servicio educativo atendiendo los estándares técnicos y administrativos, en las siguientes actividades:

15.1. Pago del personal docente y administrativo de las instituciones educativas públicas, las contribuciones inherentes a la nómina y sus prestaciones sociales.

15.2. Construcción de la infraestructura, mantenimiento, pago de servicios públicos y funcionamiento de las instituciones educativas.

15.3. Provisión de la canasta educativa.

15.4. Las destinadas a mantener, evaluar y promover la calidad educativa.

**Parágrafo 1°.** También se podrán destinar estos recursos a la contratación del servicio educativo de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la presente ley.

**Parágrafo 2°.** Una vez cubiertos los costos de la prestación del servicio educativo, los departamentos, distritos y municipios destinarán recursos de la participación en educación al pago de transporte escolar cuando las condiciones geográficas lo requieran para garantizar el acceso y la permanencia en el sistema educativo de niños pertenecientes a los estratos más pobres.

**Parágrafo 3° Transitorio.** Reglamentado por el Decreto Nacional 3191 de 2002 Con cargo a los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones, se financiará por una sola vez el faltante establecido para el cubrimiento de los costos de nómina de los docentes de los departamentos y de los convenios de cobertura educativa a diciembre 31 de 2001, siempre y cuando los recursos propios de los respectivos departamentos hayan sido insuficientes para cumplir con estas obligaciones. Para ello deberán someterse a planes de racionalización educativa y presentar para validación del Ministerio de Educación, información sobre el déficit a financiar. El giro de los recursos se hará inmediatamente se haya recibido la información respectiva.”

Este cargo, tampoco podrá despacharse favorablemente, por ahora, puesto que se hace necesario hacer un estudio de todas las pruebas-actos previos, contratos, órdenes de pago, el suministro de combustible que pueda garantizar el transporte escolar, las circunstancias del pago al auxiliar de la justicia, etc., y demás supuestos fácticos que obran en el expediente para determinar si hay o

Rad.: 88-001-23-33-000-2014-00027-00-MEDIDA CAUTELAR  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandantes: FRANK ESCALONA RENDÓN Y OTROS  
Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

---

no violación a la norma superior con el acto sancionatorio, que se podrá dilucidar con mayor rigor en el trámite del proceso.

### **Violación al Debido Proceso por falta de motivación del acto sancionatorio**

La parte actora sostiene, que los fallos demandados violan el debido proceso, por cuanto la imputación que se hizo a título de culpa gravísima, no fue motivada de manera razonable ni con suficiencia argumentativa y probatoria, lo cual repercutió desfavorablemente en la calificación de la falta y por ende el tipo de sanción aplicada a Escalona Rendón, si además se considera que no se tuvo en cuenta los criterios establecidos en la ley disciplinaria para determinar la gravedad o levedad de la falta, con lo cual se está frente al desconocimiento del principio de proporcionalidad.

En cuanto a la evaluación de la culpabilidad en materia disciplinaria la H. Corte Constitucional ha dicho:

*“El artículo 13 de la Ley 734 de 2002 proscribe toda forma de responsabilidad objetiva en materia disciplinaria y estipula, en esa dirección, que las faltas disciplinarias solo son sancionables a título de dolo o culpa.*

*La Corte se pronunció sobre el particular al revisar la constitucionalidad del artículo 14 de la Ley 200 de 1995 -cuyo texto es idéntico al del artículo 13 antes mencionado-, contentiva del Código Disciplinario Único que fue reemplazado por la Ley 734 de 2002.<sup>7</sup>*

*En esa ocasión, la corporación explicó que la incorporación del principio de culpabilidad en la norma revisada se relaciona con la garantía de que los servidores públicos solo pueden ser sancionados disciplinariamente una vez se haya agotado el respectivo proceso disciplinario.*

*Como la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de los deberes vinculados al ejercicio leal y eficiente de la función pública, la imposición de la sanción está condicionada a **que el servidor público infractor haya procedido dolosa o culposamente.**”<sup>8</sup> (Subraya y negrilla del Despacho).*

Ahora bien, para saber si la imputación que se hizo a título de culpa gravísima fue motivada de manera razonable y con suficiencia argumentativa y probatoria, el Tribunal deberá abordar las premisas señaladas por la H. Corte Constitucional en su momento, que hacen referencia a: i) El examen de la culpabilidad del servidor público; ii) verificar si, con su conducta, el investigado vulneró la garantía de función pública; y iii) si la falta se cometió a título de dolo o culpa, que se hará al examinar el proceso que se está cursando actualmente.

<sup>7</sup> Sentencia C-155 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas.

<sup>8</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Novena de Revisión. Providencia T-319<sup>a</sup> de mayo tres (3) de dos mil doce (2012), Ref. Exp.: T-3312418. MAGISTRADO PONENTE: Dr. LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA.-

Rad.: 88-001-23-33-000-2014-00027-00-MEDIDA CAUTELAR  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandantes: FRANK ESCALONA RENDÓN Y OTROS  
Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

---

En lo relacionado con el desconocimiento del principio de proporcionalidad, se hace menester mencionar que el artículo 18 del CDU, establece la correspondencia de la sanción con la falta cometida. Asimismo, la proporcionalidad está íntimamente ligada a la culpabilidad que se logre demostrar. Las faltas son sancionables a título de dolo o culpa y este principio nos permite distinguir diversos grados de culpabilidad en la comisión de la infracción, es decir, para establecer el vicio endilgado deberá hacerse un análisis pormenorizado y en detalle confrontando los elementos fácticos de la conducta desplegada por el sancionado, las pruebas que se esgrimieron por el ente sancionador y la calificación tanto del título de imputación como la gradualidad de la falta que se determinó en el proceso disciplinario.

### **Perjuicio Irremediable**

En cuanto a la acreditación de los perjuicios irremediables que alega se están causando con el acto acusado, manifiesta que dicha decisión está vulnerando de manera frontal e injustificada el derecho fundamental de Frank Escalona a ser elegido, el cual está conculcado evidentemente en dos facetas distintas: (i) ha sido privado de su derecho a ejercer el cargo de diputado de la Asamblea Departamental, para lo cual fue elegido popular y legítimamente por los ciudadanos del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, durante el periodo 2012-2015, que el perjuicio es actual, continuado y grave, debido a que cada día que permanece fuera de su curul, deja de representar los intereses de quienes lo eligieron como su voz en la corporación departamental; (ii) La limitación impuesta mediante decisión acusada lesiona el desarrollo de la carrera política del mismo a nivel departamental, la cual hasta la fecha en que fue sancionado, fue exitosa y reconocida, su gestión en las entidades del Departamento le revelaban un futuro promisorio, ahora frustrado con una injusta decisión; (iii) el acto acusado les produce diariamente tristeza, congoja y aflicción a él y a su familia, y (iv) El acto acusado le lesiona el derecho al trabajo, quien como experto en Derecho Administrativo se había dedicado toda su vida a servir a las entidades públicas, con quienes no podrá contratar ni vincularse como empleado, a consecuencia de la destitución e inhabilidad que se le impuso por el término de 10 años.

El artículo 231 del C.P.A.C.A. establece los requisitos para decretar las medidas cautelares, así: *“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. **Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la***

Rad.: 88-001-23-33-000-2014-00027-00-MEDIDA CAUTELAR  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandantes: FRANK ESCALONA RENDÓN Y OTROS  
Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

---

**indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.** (Se destaca).

Huelga a decir aquí, que el perjuicio alegado fue el que se expuso en el proceso con radicación No. 11001032500020140036000 y No. Interno: 1131-2014, que entre otros aspectos fue acogido por el Consejero Ponente en ese caso, empero, debe tenerse en cuenta que la situación fáctica aquí es distinta respecto de aquélla, habida consideración que tal asunto tanto la investigación como la sanción se tramitaron en consideración a las funciones que desarrollaba el disciplinado en un cargo de elección popular, pero que no se compadece con el caso bajo estudio, dado que la investigación y la sanción se adelantaron por la conducta asumida por el actor en el cargo de Secretario de Servicios Administrativos del Departamento Archipiélago y no en uno de elección popular.

Por otro lado, siendo, como se ha informado en la petición de la medida cautelar, ESCALONA RENDÓN es especializado en Derecho Administrativo, nada impide ejercer dicha profesión de manera independiente, ya que esa actividad no le ha sido intervenida por el Consejo Superior de la Judicatura.

### **Conclusión**

Puesto que no se reunieron los requisitos, para decretar la medida cautelar solicitada, ésta se negará conforme lo dicho en precedencia.

Finalmente se reconocerá personería jurídica a la Dra. MAUDETH MCNISH JAY, identificada con la cédula de ciudadanía No. 40.987.122 y tarjeta profesional No. 72.565 del C. S. de la J., como apoderada judicial de la Procuraduría General de la Nación, en los términos y para los efectos conferidos en el poder obrante a folio 45 del cuaderno de medida cautelar.

En mérito de lo expuesto se,

### **RESUELVE:**

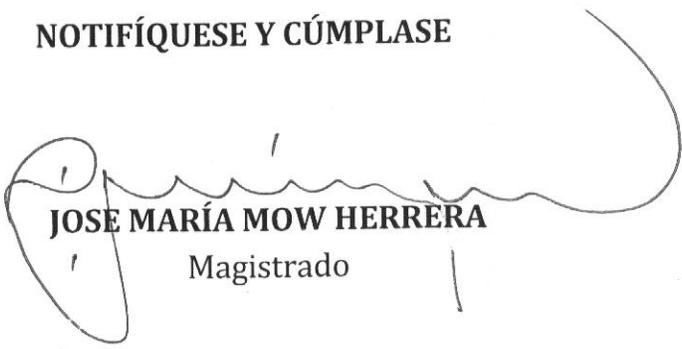
**PRIMERO: NIÉGASE** la medida cautelar consistente en la Suspensión Provisional del acto administrativo integrado por el fallo de primera instancia proferido el 23 de abril de 2013 por la Procuraduría Regional de San Andrés y el fallo de segunda instancia proferido el 30 de septiembre de 2013 por el Procurador Delegado para la Economía y la Hacienda Pública, dentro del proceso disciplinario adelantado en contra de FRANK ESCALONA RENDÓN, conforme las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Rad.: 88-001-23-33-000-2014-00027-00-MEDIDA CAUTELAR  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandantes: FRANK ESCALONA RENDÓN Y OTROS  
Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

---

**SEGUNDO: RECONÓCESE** personería a la Dra. **MAUDETH MCNISH JAY** identificada con C. C. No. 40.987.122 y T. P. No. 72.565 del C. S. de la J, como apoderada judicial de la entidad demandada, en los términos y para los efectos conferidos en el poder obrante a folio 45 del cuaderno de medida cautelar.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**JOSE MARÍA MOW HERRERA**

Magistrado