



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
TRASLADO CONTESTACIÓN - EXCEPCIONES
(Artículo 175 CPACA)

Cartagena, 25 de FEBRERO de 2021

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-23-33-000-2019-00137-00
Demandante	COLOMBIA ESPERANZA BRAY
Demandado	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EN LA FECHA SE CORRE TRASLADO POR EL TÉRMINO LEGAL DE TRES (03) DÍAS A LAS PARTES DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA FORMULADA EN EL ESCRITO PRESENTADO POR EL APODERADO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. (VER ANEXOS)

EMPIEZA EL TRASLADO: 2 DE MARZO DE 2021, A LAS 8:00 A.M.

DENISE AUXILIADORA CAMPO PÉREZ
SECRETARIA GENERAL

VENCE EL TRASLADO: 04 DE MARZO DE 2021, A LAS 5:00 P.M.

DENISE AUXILIADORA CAMPO PÉREZ
SECRETARIA GENERAL

DES

VER ANEXOS

Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso
E-Mail: desta06bol@notificacionesri.gov.co.
Teléfono: 6642718



Notificaciones Despacho 06 Tribunal Administrativo - Bolivar - Cartagena

De: Carlos Yamid Mustafa Duran <cmustafa@procuraduria.gov.co>
Enviado el: martes, 09 de febrero de 2021 3:02 p.m.
Para: Notificaciones Despacho 06 Tribunal Administrativo - Bolivar - Cartagena
CC: garciabarriosjuridica@hotmail.com
Asunto: Contestación Demanda Rad. 13001233300020190013700_COLOMBIA ESPERANZA ADUEN BRAY vs PGN Mp. Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Datos adjuntos: CONTESTACION NRD_2019-00137-00.pdf; PODER cmustafa_2019-00137.pdf; Anexos Poder JHSB.pdf

Señores:

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO: 13001233300020190013700
DEMANDANTE: COLOMBIA ESPERANZA ADUEN BRAY
DEMANDADO: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Atendiendo lo dispuesto por el Ministerio de Justicia y del Derecho en el Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, respetuosamente me permito dar contestación de demanda dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por la señora COLOMBIA ESPERANZA ADUEN BRAY vs PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, con radicación **13001233300020190013700, MP. DR. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ.**

Así mismo, me permito informar los datos de contacto del apoderado, que a su vez se encuentran en el Registro Nacional de Abogados, así:

Nombre completo: Carlos Yamid Mustafá Durán

Cédula: 13.511.867

Tarjeta Profesional: 123.757 del C.S.J.

Celular: 3164132497

Correo electrónico: procesosjudiciales@procuraduria.gov.co y cmustafa@procuraduria.gov.co (a estas dos direcciones se pueden remitir todas las notificaciones relacionadas con el proceso del asunto).

Agradezco se pueda dar acuse de recibido.

Cordialmente,

Carlos Yamid Mustafa Duran

Asesor Grado 24

Oficina Jurídica



cmustafa@procuraduria.gov.co

PBX: +57(1) 587-8750 Ext IP: 11024

Línea Nacional Gratuita: 01 8000 940 808

Cra. 5ª. # 15 - 80, Bogotá D.C., Cód. postal 110321



Señores:
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO: 13001233300020190013700
DEMANDANTE: COLOMBIA ESPERANZA ADUEN BRAY
DEMANDADO: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

CARLOS YAMID MUSTAFÁ DURÁN, identificado con la cédula de ciudadanía No. 13.511.867 expedida en la ciudad de Bucaramanga, abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional No. 123.757 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado judicial de la Procuraduría General de la Nación, conforme al poder conferido por el Jefe de la Oficina Jurídica, estando dentro de la oportunidad legal¹, me permito dar **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA** de la referencia, en los siguientes términos:

I. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

PRIMERA: *Se declare la nulidad de los fallos de primera instancia resolución PRB-FPI – No. 004 de fecha 14 de abril de 2016, emanado de la Procuraduría Regional de Bolívar y de segunda instancia del 25 de junio de 2018, emanado de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa de Bogotá, dentro de la investigación disciplinaria radicada con el No. IUC – D 2015-33-791194.*

Así mismo que se declare la nulidad de la Resolución No. 5431 del 10 de septiembre de 2018, por medio de la cual se da cumplimiento a una sanción disciplinaria impuesta a la demandante.

SEGUNDA: *Que como consecuencia de dicha nulidad, se ordene el restablecimiento del derecho a la demandante en la siguiente forma:*

- *Como se trató de una suspensión temporal de dos (2) meses y mi la demandante no obstante la condición de diputada, la sanción fue convertida en multa, mediante acto administrativo No. 5431 del 10 de septiembre de 2018, ordenando el pago de la suma de Treinta y Dos Millones Doscientos Diecisiete Mil Quinientos Pesos (\$32.217.500). Solicita se elimine la anotación de la sanción en la hoja de vida de la demandante, que reposa en la oficina de registro y control de la Procuraduría General de la Nación.*

¹ El Auto Admisorio de la demanda, fue notificado, por el Tribunal Administrativo de Bolívar, a la Procuraduría General de la Nación, a través del correo electrónico exclusivo para notificaciones judiciales de la Entidad, el 30 de octubre de 2020.



- *Que se condene al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, a reconocer y pagar a la demandante, la suma consignada a favor de la Asamblea Departamental de Bolívar que correspondan al valor ordenado en el acto administrativo que dio cumplimiento a la sanción emitida por la Procuraduría General de la Nación, sumas de dinero que solicito expresamente sean reconocidas y pagada debidamente, indexadas y con los intereses legales de rigor, pues el aumento no cubre el índice de devaluación.*
- *Que se ordene que a la sentencia favorable se le dé cumplimiento en el término previsto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo y se haga efectiva de conformidad con el artículo 196 ibídem.*
- *Que se condene en costas a la Nación, Procuraduría General de la Nación y al Departamento de Bolívar – Asamblea Departamental, incluyendo las agencias en derecho correspondientes al abogado gestor.*

II. OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Señores Honorables Magistrados, 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 en el proceso 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 demandante, aunado al hecho que durante todas las etapas se le garantizó el legítimo derecho a defenderse y contradecir las decisiones tomadas al interior del proceso administrativo sancionatorio.

Además de haberse atendiendo siempre la guarda y protección de los derechos fundamentales del disciplinado, tal como se prueba con el expediente disciplinario.

III. ANTECEDENTES DEL CASO

Ante la oficina de correspondencia de la Procuraduría Regional de Bolívar, se presentó el 22 de junio de 2015, copia del derecho de petición incoado ante el gobernador de Bolívar, en el que informa las presuntas irregularidades en que pudieron haber incurrido el Contralor Departamental de Bolívar y los señores diputados por determinar, del departamento de Bolívar, en la presentación, trámite y aprobación de la Ordenanza por medio del cual se varió la planta de personal de la Contraloría Departamental de Bolívar en el mes de junio del año 2015, toda vez que al parecer no se habría contado con los estudios necesarios para esta modificación, pretendiendo favorecer con esta actuación a algunas personas cercanas al actual Contralor Departamental.

En tal sentido, la Procuraduría Regional de Bolívar, ordenó indagación preliminar; contra los diputados que participaron en la discusión, trámite y aprobación de la



Ordenanza No. 124 de 2015, para el efecto fueron individualizados los presuntos autores de la falta disciplinaria, así: (...) COLOMBIA ESPERANZA ADUEN BRAY (...).

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002, se ordenó la procedencia del procedimiento verbal, formulando el siguiente cargo:

(...) en su condición de diputados a la Asamblea Departamental de Bolívar, en sesión ordinaria del 22 de junio de 2015, según se refleja en acta No. 007, aprobaron ajustar la planta de cargos de la Contraloría Departamental de Bolívar, cuando presuntamente las justificaciones y soportes exigidos por la ley; no estaban dadas. Además finalmente, crearon tres (3) cargos en la planta global sin que presuntamente los mismos, se ajustaran a las exigencias y requisitos establecidos por la Ley 909 de 2004, para los empleos temporales y de administrador público, regulado por la Ley 1006 de 2006, pudiendo con ello contravenir las normas que regulan la materia según más adelante se prevé en el acápite de normas defraudadas que se le indicará, comportamiento con el cual pueden estar incurso en falta disciplinaria.

El fallo de primera instancia en su artículo séptimo, declaró probado y no desvirtuado el único cargo formulado a la demandante, en tal sentido fue sancionada con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de dos (2) meses.

La Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, mantiene la sanción impuesta a la demandante.

III. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

HECHO N° 1: Es cierto. Según se desprende de la documentación que obra en el expediente disciplinario.

HECHO N° 2: Es cierto. Así se encuentra consignado en el proceso disciplinario.

HECHO N° 3: Es cierto. Así se desprende del expediente disciplinario.

HECHO N° 4: Es cierto, tal como consta en los documentos que hacen parte del trámite disciplinario.

HECHO N° 5: Es cierto, así lo estableció el acto administrativo por medio del cual la Asamblea Departamental del Bolívar, ejecutó la sanción.



HECHO N° 6: No me consta, teniendo en cuenta que se trata de una situación que atañe a la Demandante con la Asamblea Departamental de Bolívar.

IV. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA:

Ha señalado en el escrito el apoderado judicial de la parte actora que la Procuraduría General de la Nación contravino las siguientes normas, en tal sentido, establece:

– Concepto de Violación –:

Violación Directa de la Constitución Política

Enuncia la actora que fueron violados los artículos 2, 4, 25 de la Carta Política, con la expedición de los actos demandados.

- Nulidad por Vicio de Falsa Motivación

Sustenta la afirmación trayendo a la demanda lo previsto en el artículo 137 del CPACA, además acompaña su exposición con lo expuesto por el tratadista LIBARDO RODRÍGUEZ R, en su libro Derecho Administrativo General y Colombiano, sobre la causal de nulidad de falsa motivación, para el efecto transcribe el pliego de cargos, indicando que se desconoció la presunción de legalidad de un acto administrativo complejo, que sigue vigente y que no ha sido demandado, teniendo en cuenta que se trata de una ordenanza en la cual intervienen tres autoridades: a) La Contraloría Departamental de Bolívar, a quien correspondió la iniciativa del proyecto, b) La Asamblea Departamental de Bolívar, realizó el trámite y aprobación del proyecto, c) Al Gobernador del Departamento de Bolívar, revisa desde el punto de vista de la constitucionalidad, legalidad y conveniencia para proceder a su sanción y promulgación.

Indica la demanda, que no puede la Procuraduría General de la Nación, en aras de examinar una presunta conducta irregular entrar a pronunciarse sobre la legalidad de un acto administrativo, es decir la Ordenanza 124 de 2015, sino el comportamiento del servidor que participó en su formación, tal es el caso puntal descrito en el cargo, esto, aprobar un proyecto de ordenanza con las objeciones que se enrostraron y que son objeto de este juicio.

La Procuraduría General de la Nación, desconoció la garantía constitucional del pre pensionable, con la sanción, sin tener en cuenta que la finalidad de la Ordenanza, buscaba esa protección para un funcionario de la Contraloría Departamental de Bolívar.



Para la demandante se le impuso una sanción inicial de dos meses sin argumentar la irregularidad que cometió, pues solo aprobó el proyecto de ordenanza, es decir, por haber asistido responsablemente a las sesiones en que se hicieron los debates al proyecto de ordenanza y por haber votado el proyecto (negrilla y subrayado fuera de texto).

Adicionalmente al momento de imponer la sanción no se estudió la hoja de vida de la demandante, quien es solo bachiller.

- Caso concreto consideraciones respecto de la tipicidad de la conducta

La accionante fundamenta su argumento en el pliego de cargos:

- a. El proyecto de ordenanza no consultó razones de modernización de la administración o necesidades del servicio conforme el artículo 96 del Decreto 1227 de 2005.
- b. Se requería aprobación del Departamento Administrativo de la Función Pública, artículo 95 del Decreto 1227 de 2005.
- c. Violación del artículo 97 del Decreto 1227 de 2005, las modificaciones de las plantas de empleo deberán basarse en justificaciones o estudios técnicos que lo así lo demuestren.
- d. Violación del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, relacionado con la creación de cargos de carácter temporal.

La Procuraduría General de la Nación, tiene razón, no obstante no incluyó en el pliego de cargos lo consagrado en el artículo 3 numeral 2 parágrafo 2 de la ley 906 de 2004.

Lo anterior como quiera que es su obligación acatar los imperativos legales consagrados en la Ley 734 de 2002, relativos a la legalidad, tipicidad y debido proceso.

La defensa indica que dichas normas no fueron objeto de imputación y únicamente fueron ventiladas en el fallo de primera instancia, con lo cual se viola el principio de legalidad y tipicidad.

- Consideraciones respecto a la ilicitud sustancial de la conducta

Expone la demanda, que en ninguna de las instancias, no acreditó conforme a las pruebas la afectación al principio de moralidad administrativa.

En tal sentido, la primera instancia no cumplió con la carga de acreditar que dicha transgresión era protuberante y grosera.

- Ausencia de culpa gravísima por desatención elemental de reglas de obligatorio cumplimiento



Crítica el fallo sancionatorio expresando, que la desatención elemental a reglas de obligatorio cumplimiento, por cuanto lo que finalmente ocurrió fue la aprobación de la ordenanza eso es lo que se reprocha, por lo tanto es una acción y no una omisión. Además, no se tuvo en cuenta que la gobernación revisó jurídicamente la ordenanza y concluyó que se ajustaba a la cp y la ley.

CONCLUSIÓN DE LA DEMANDA:

1. El Decreto 1225 de 2005 y la Ley 909 de 2004, tienen la estructura de regla que se exige la norma disciplinaria para considerar la modalidad de culpabilidad endilgada
 2. La desatención elemental implica omisión, hecho que está desacreditado, en tanto se trata de una acción de la demandante con la aprobación de la ordenanza.
 3. Los diputados actuaron con diligencia dentro de sus capacidades personales y profesionales, es decir, validaron lo que es humanamente posible.
 4. No está acreditada la falta de atención, pues la aprobación se hizo, después de ser revisada por expertos en derecho.
 5. Se tomaron las precauciones o medidas de racional cautela y de moderación no solo elemental sino aún más allá, la ordenanza no se sancionó sino previo a surtir el trámite de revisión previa.
- Omisión del estudio sobre la imprudencia subjetiva y por tanto violación al principio constitucional de culpabilidad.

Los fallos de la Procuraduría General de la Nación, solo abordaron un elemento de los dos necesarios quedándose a medio camino en la acreditación de la responsabilidad, pues solo se ocupó del deber objetivo de cuidado – el ámbito de la falta gravísima por desatención elemental y soslayó de manera flagrante el estudio, acreditación, sustentación y fundamentación del deber subjetivo de cuidado, sobre el cual no dijo absolutamente nada relevante, ni siquiera se insinuó el punto, lo que desdice de la exigencia de la responsabilidad subjetiva o por culpabilidad.

En ninguna parte del fallo de primera instancia y su confirmación se menciona la infracción del deber subjetivo de cuidado o incursión en culpa consciente o inconsciente, es más no se menciona una sola prueba de ello.

Se detecta en el juicio de reproche que es incompleto, toda vez que se desatendieron situaciones como:



1. La iniciativa de ordenanza es exclusiva de la Contraloría Departamental.
2. La materia tratada son propios de la Contraloría Departamental.
3. La redacción estuvo a cargo de la Contraloría Departamental, a través de expertos.
4. La demandante no hizo parte de la comisión que se ocupó del asunto.
5. La demandante no intervino en la discusión sobre aspectos fácticos y jurídicos del tema.
6. La demandante tiene la calidad de bachiller.
7. La demandante no es especialista en el tema.
8. Se involucró un tema de derogatoria tácita de ley

Respecto a la sanción impuesta la accionante hace las siguientes observaciones:

1. La demandante aprobó la ordenanza en calidad de diputada, lo cual implica que actuó en igualdad de condiciones a los demás investigados y no puede ser éste un criterio de agravación a evaluar para imponer la sanción
2. Es desacertado aducir como criterio de agravación de la conducta la conciencia de la ilicitud, cuando ello no fue objeto de imputación en el proceso de marras y únicamente efectuó tal afirmación en el fallo de primera instancia.

V. ARGUMENTOS DEFENSA

Si bien es cierto, la demandante presenta un orden en sus argumentos, también resulta cierto que todos se encuentran hilados para intentar demostrar que la actuación mi representada, no estuvo ajustada a la Constitución Política y la ley, lo cual no logra hacer, en tanto, las actuaciones desplegadas por la Procuraduría General de la Nación, no tienen vocación de ser desvirtuados, por consiguiente, el suscrito presentará también de manera ordenada, los soportes de la decisión que nos ocupa:

A. NORMAS VIOLADAS SEGÚN EL PLIEGO DE CARGOS:

De la revisión del expediente disciplinario, se encuentra que el pliego de cargos estableció como normas violadas:

1. Artículo 300 de la Constitución Política, numeral 7
2. Decreto 1222 de 1986, artículo 60, numeral 8.
3. Ley 330 de 1996, artículo 3
4. Decreto 1227 de 2008, artículo 95, 96, 97.



5. Ley 909 de 2004, artículo 21

B. LA QUEJA:

A través de derecho de petición dirigido al gobernador de Bolívar, se presentan reparos de orden legal a la ordenanza presentada por el Contralor Departamental, la cual fue aprobada por la Asamblea Departamental, previo a su sanción, entre otros se indicó:

1. Adolece de estudio de procesos, cargas de trabajo, evaluación de perfiles, la identificación del déficit en la planta y por tanto la real y verdadera necesidad del servicio, lo que constituye una ilegalidad, por ausencia del documento técnico jurídico de viabilidad de creación de cargos en las entidades públicas.
2. El proyecto no cuenta con el estudio técnico elaborado por la Comisión de Personal ante la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Resolución No. 0526-2014, ni del comité creado por el mismo Contralor, mediante Resolución No. 146-2015, tampoco del Banco de Proyectos y no lleva la firma de la persona que realiza las funciones de talento humano. Se presentó ante la Asamblea un proyecto hecho y conocido únicamente por él, desconocido por todos y cada uno de los funcionarios de carrera administrativa.
3. Carece del ajuste de manual de funciones.
4. La Ordenanza carece de las funciones generales que debe establecer esa Corporación Administrativa.
5. Actualmente existe un concurso, el cual está pendiente de la publicación de lista de elegibles

C. PLIEGO DE CARGOS:

En sesión del 22 de junio de 2015, según se refleja en acta No. 007, aprobaron ajustar la planta de cargos de la Contraloría Departamental de Bolívar, **cuando presuntamente las justificaciones y soportes exigidos por la ley, no estaban dadas**. Además finalmente, crearon tres cargos en la planta global sin que presuntamente, los mismos se ajustaran a las exigencias y requisitos establecidos por la Ley 909 de 2004 para los empleos temporales, y de administrador público regulado en la Ley 1006 de 2006, pudiendo con ello contravenir las normas que regulan la materia (Negrilla y subrayado fuera de texto).

D. PRUEBAS DE FUNDAMENTAN EL CARGO:

1. Copia del estudio o justificación para ajustes de planta de cargos de la Contraloría Departamental de Bolívar



Este documento que sustenta la justificación del proyecto presentado a la Asamblea Departamental de Bolívar, ofrece distintas motivaciones para el propósito que se requiere en el proyecto. En este se indica el tema de ajuste de la planta de personal en la Contraloría Departamental, haciendo una referencia puntal de la normatividad que regula el tema. En el documento se hace alusión a la necesidad de ajustar y modificar la planta de personal, definiendo en las conclusiones del texto que existe la obligación de cumplir con lo establecido en la Ley 1006 de 2006, **salvaguardar la estabilidad laboral de un pre pensionado y mediante el correspondiente acto administrativo incorporar a los servidores que se encuentran en esas situaciones especiales.**

En este punto es trascendental, lo que indicó el auto:

*“... muy a pesar de que la solicitud de la Contraloría presentada a la Asamblea arguye justificaciones tendientes a ajustes y modificaciones de la planta de personal, **no se contemplan en primer término los requisitos de los artículos 95, 96 y 97 de la Ley 1227 de 2005, como tampoco las razones que involucran la creación de empleo de carácter temporal.** (Negrilla y subrayado fuera de texto). En ese sentido el documento por el cual se justifica una modificación y ajuste a la planta de personal en últimas según lo que finalmente fue aprobado por la Asamblea Departamental, reflejó en su tenor literal, la creación de tres cargos, situaciones que en todo caso compete a la Asamblea Departamental, pero bajo un estricto y determinado marco legal”, lo cual de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso disciplinario no fueron tenidas en cuenta por la demandante.*

En este sentido, se hace necesario recurrir a lo expuesto por la Procuraduría Regional de Bolívar:

“... Así las cosas, en primera instancia, este documento allegado al plenario como elemento probatorio, nos permite referenciar que aparentemente no existe un soporte ajustado a las exigencias de las normas sobre creación, modificación o ajuste a la planta de personal”.

2. Copia del informe de comisión de los debates, primero, segundo y tercero y copia del Acta 007 de la sesión ordinaria de la Asamblea Departamental de Bolívar el 22 de junio de 2015

Es necesario indicar al despacho, que la investigación disciplinaria se ciñó en el análisis de la actuación desplegada por la demandante, teniendo en cuenta las funciones que constitucionalmente le corresponden:

... Se acredita con estas piezas, que el proyecto de ordenanza surtió el proceso de aprobación, indicando en su momento que el asunto encontraba aval constitucional



y legal, además de la conveniencia del proyecto, finalmente aprueban el título, preámbulo y articulado.

...

Finalmente sobre el interrogante del querer que el proyecto en debate se vuelva ordenanza, los miembros de la corporación asistentes en esa sesión asienten, según se registra en el documento.

También es pertinente resaltar del acta de sesión del 22 de junio de 2015, que se tiene acreditado la participación de los disciplinados en la presunta irregularidad aquí reprochada.

3. Copia de la Ordenanza
4. Certificación de la calidad de Diputados.

Fíjese Honorable Magistrado, que no existe prueba en contrario que indique que la demandante no haya participado de la actuación que se investigó.

Resulta importante indicar el contenido del denominado CONCEPTO DE VIOLACIÓN... Hemos anotado en precedencia como conducta a cuestionar o reprochar ... en sus condiciones de Diputados de Bolívar **el haber dado trámite y aprobado proyecto de ordenanza presentado por el Contralor Departamental de Bolívar**, para el ajuste de la planta de cargos de esta entidad, violaron presuntamente la ley cuando las justificaciones no correspondían con las previsiones que la ley establece para ese tipo de situaciones en la planta de cargos de la estructura de la administración departamental, y para caso que nos ocupa, lo que en realidad, lo que al final se dio fue la creación de tres nuevos cargos, situación que no se ajustó a las condiciones establecidas en la ley para esos efectos.

En ese orden, tenemos que la Constitución Nacional en el numeral 7 del artículo 300 estableció como competencia o función de las asambleas departamentales determinar la estructura de la administración a nivel territorial. De manera más concreta y bajo el mismo resorte de la disposición superior el Decreto 1222 de 1986, numeral 8 del artículo 60.

Finalmente y cuanto a la competencia de las asambleas departamentales en torno a las atribuciones de esas corporaciones, la Ley 330 de 1996, establece: *Es atribución de las asambleas departamentales, en relación con las respectivas contralorías, determinar su estructura, planta de personal, funciones, por dependencias y escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo a iniciativa de los contralores.*



Acertada resulta la afirmación de la Procuraduría Regional de Bolívar, cuando expresa: ... *hemos advertido que tanto el estudio de justificaciones presentado por la Contraloría Departamental de Bolívar como los informes de comisión y discusiones se refieren a ajuste de planta o en gracia de discusión a modificaciones según lo determina el Decreto 1227 de 2005, **lo que en realidad y a la postre aprobaron fue la creación de tres nuevos cargos.***

En ese sentido, debemos resaltar que presuntamente ningún de los dos eventos bien sea ajuste o modificaciones y creación de cargos cumplen con las condiciones legales establecidas para ello.

Así las cosas tenemos que en primer lugar que el Decreto 1227 de 2005, en cuanto a las formalidades y justificaciones para las modificaciones de la planta de empleo establecen que estas circunstancias se deben atender:

- *Necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración.*
- *Basarse en justificaciones o estudios que así lo demuestren.*
- *Toda modificación a las plantas de empleos deberán contar con el concepto técnico favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.*

Frente a ello anotó el fallo de primera instancia que el estudio o justificación aportado por la Contraloría Departamental de Bolívar para el proyecto presentado a la Asamblea Departamental, *indica que tales condiciones no se dieron.*

Al revisar el documento en el que se sustenta el ajuste de cargos de la contraloría, refería como justificaciones dos situaciones:

- *Que existe el deber legal de dar cumplimiento a lo establecido en la ley 1006 de 2006 sobre la inclusión de la profesión de administrador público en los manuales de funciones de dichas entidades como una de las profesiones requeridas para el cargo.*
- *Y que existe un funcionario que por ostentar la condición de pre pensionado, por cuanto le faltan menos de tres años para adquirir su pensión de vejez, debe ser protegido por esa situación.*

Para el efecto se indicó por mi representada, que dichas razones a la luz de los requisitos del Decreto 1227 de 2005, no resultaban suficientes para proceder con tal situación, y **menos si lo que en últimas se dio fue la creación de tres nuevos cargos, y no el anunciado ajuste, dos conceptos que la ley da un tratamiento y efectos diferentes, esto, al ajuste y a la creación, más en tratándose de los denominados empleos temporales.**



Se indica frente a la primera justificación para la modificación o ajuste, *es preciso expresar que es cierto que la Ley 1006 de 2006, que reglamenta la profesión de administrador público, exige la inclusión de tal profesional en los manuales de funciones como unas de las profesiones requeridas para el ejercicio del cargo, más de la literalidad de la norma no es pertinente concluir que dicha exigencia corresponde con la creación de un cargo específico para esa profesión, y menos dos cargos. Lo que la norma establece con suma claridad es que dentro de los requisitos profesionales para ejercer determinado cargo en ese nivel, se deba incluir como profesión requerida entre otras, la de administrador público y no exclusivamente esa condición.*

Todo lo anterior nos lleva a exponer al Honorable Tribunal, que nunca se acreditaron los estudios técnicos y el concepto técnico favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública, sobre esas justificaciones, por lo cual se dio trámite a un proyecto de ordenanza que finalmente se aprobó, sin que el asunto contara con los soportes y justificación que exige la norma para esos efectos, por consiguiente, la demandante se hizo acreedora a la sanción que hoy nos ocupa.

Ahora bien, en cuanto a la segunda justificación como es la creación de un empleo temporal para garantizar la protección a un empleado que se encontraba a menos de tres años para pensionarse, teniendo en cuenta que el cargo que ostentaba la persona en provisionalidad por resultados de concurso de carrera administrativa debe ser retirado de este, es decir, por haber sido ganado por un participante en la convocatoria, se debe dar el retiro de que lo tenía en provisionalidad.

Expone el fallo disciplinario de primera instancia, en lo relativo a la creación o establecimiento de empleos de carácter temporal, el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, es lo suficientemente claro en establecer las circunstancias en las que estos pueden darse como son:

- a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;*
 - b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;*
 - c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;*
 - d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.*
- 2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.*
- 3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos*



nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.

Se indica que de la lectura de la norma en cita es apreciable que en las razones establecidas por el legislador para esa situación, en ninguna se registra el de las personas que ostente la condición de pre pensionados, además de ello la disposición presuntamente quebrantada exige dos condiciones para su operatividad, como son:

- La motivación técnica sin que pueda corresponder a ella las plasmadas en el documento de justificación presentado por la Contraloría Departamental de Bolívar.
- **La designación de personas en estos empleos se dará con base en las listas de elegible**

Así las cosas, no encontró el fallador disciplinario adecuación de las justificaciones esbozadas en el proyecto de ordenanza y consecuente aprobación, frente a las exigencias establecidas en la ley, con lo que presuntamente en su trámite se desconoció por parte de los diputados que aprobaron el tema las exigencias legales para esas situaciones. Además que se está aprobando su creación, para designar en ella a una persona que no está en lista de elegibles, según la exigencia textual de la norma.

Expresa la decisión en litigio que con lo anterior resulta reprochable en este estadio a modo de demostración objetiva la falta, que se hubiese dado curso, estudiado y aprobado una ordenanza para ajustar y crear cargos en la planta de la contraloría, **sin que se dieran las justificaciones y requisitos del caso, además de crear un cargo temporal bajo la justificación de designación de una persona que no se encuentra en las condiciones o situaciones que el legislador estableció.**

De las pruebas obrantes, se establece que en los informes de comisión y las respectivas aprobaciones en plenaria tenemos que la Ordenanza No. 124 de 2015, en sus consideraciones se vierte la necesidad de tal medida bajo los siguientes supuestos:

... crear nuevas plazas de empleo con el propósito de cumplir con mandatos constitucionales de protección reforzada en favor de la población pre pensionada como grupo poblacional vulnerable y de la inclusión de empleo con formaciones académicas específicas de conformidad con fundamento de la ley, tales como la obligatoriedad de incluir la profesión de administrador público



En tal sentido, estos argumentos por no tener fundamento legal, carecen de justificación para la actuación desplegada por la demandante, por consiguiente, lo que se indica en la demanda no desvirtúa los actos demandados.

E. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

Todos y cada uno de los argumentos esbozados en el escrito de demanda, fueron objeto de debate en el proceso disciplinario, en tal esta defensa, fundamentará el pronunciamiento frente a cada uno de ellos, teniendo los argumentos allí consignados:

Mi representada, se dispuso a concretar el estudio de las disposiciones jurídicas citadas en su momento como quebrantadas, los antecedentes jurisprudenciales que puedan existir sobre ello y la consecuente apreciación que pueda existir en la aplicación de esos referentes frente al caso bajo estudio, sin olvidar el marco de exigibilidad establecido para cada uno de los disciplinados y todo cuanto corresponda a su rol partiendo de la etapa o instancia en que se dio su participación dentro de los aspectos facticos referidos en el auto del 30 de septiembre de 2015 por medio del cual citó audiencia a los disciplinados:

- **Sobre la aplicabilidad del régimen de carrera establecidos en la ley 909 de 2004 y las normas que la complementan y desarrollen.**

Para el efecto toma como referente los artículos 125, 130, 150, 268, 272 de la Constitución Política, para indicar que estas referencias indican que en cuanto a los regímenes de carrera administrativa para las entidades del estado, fue el mismo constituyente el que le dio el carácter de ellos, tenemos así un primer marco dispositivo que indica que esa forma de vinculación para esos cargos tendrá un régimen general.

Para el efecto concluye el a quo:

Estas referencia constitucionales, legales y jurisprudenciales permiten aseverar que si es consecuente la aplicación de normas sobre sistema de carrera administrativa de tipo general sobre entidades que tenga regímenes especiales de tipo legal, cuyo desarrollo aún no se ha dado por parte del legislador y no solo porque ello fue avalado por el máximo tribunal constitucional en su competencia de control constitucional, sino porque a las voces de la sentencia, el hecho de no tener un marco legal de operación no les da la posibilidad a la administración de cometer arbitrariedades porque para ello el legislador y la Corte han precisado la aplicación supletoria de normas de carácter general sobre regímenes específico legales.

- **Sobre la derogatoria tácita del Decreto 1227 de 2005**



Expresa la decisión demandada, que en cuanto a las disposiciones citadas en la citación a audiencia como quebrantadas y aquellas citadas por la defensa en sus argumentos para sustentar la atipicidad de la conducta, necesario resulta en la precisión de estas notas preliminares hacer una transcripción de las normas referidas en la justificación del proyecto de ordenanza, así mismo la normas citadas como sustancialmente quebrantadas y finalmente las normas en las que la defensa apoya su dicho de atipicidad. En este sentido tenemos:

Como sustento jurídico de los estudios o justificación para ajuste de planta de la Contraloría Departamental de Bolívar, se cita dentro del proyecto el artículo 96 del Decreto Ley 1227 de 2005 (...)

En cuanto a las sustancialmente quebrantadas se le citaron a los disciplinados entre otras, las siguientes disposiciones del Decreto 1227 de 2005:

“ARTÍCULO 95. *Las reformas de las plantas de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren.*

PARÁGRAFO. *Toda modificación a las plantas de empleos, de las estructuras y de los estatutos de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional deberán contar con el concepto técnico favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.*

ARTÍCULO 96. *Se entiende que la modificación de una planta de empleos está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otras causas, de:*

96.1. *Fusión, supresión o escisión de entidades.*

96.2. *Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.*

96.3. *Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.*

96.4. *Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.*

96.5. *Mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios.*

96.6. *Redistribución de funciones y cargas de trabajo.*

96.7. *Introducción de cambios tecnológicos.*

96.8. *Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad.*



96.9. Racionalización del gasto público.

96.10. Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas.

PARÁGRAFO 1. Las modificaciones de las plantas a las cuales se refiere este artículo deben realizarse dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general.

Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad, no tendrá la calidad de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales o equivalentes a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales.

ARTÍCULO 97. *Los estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos deberán basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, como mínimo, los siguientes aspectos:*

97.1. *Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo.*

97.2. *Evaluación de la prestación de los servicios.*

97.3. *Evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos.”*

El Decreto 019 de 2012, en el que sustenta la defensa su argumento de atipicidad, sin que se precise la disposición en ese decreto, en donde se infiera esa supuesta derogación tácita. Frente a ello, este despacho como le corresponde en el estudio integral de los argumentos de defensa deberá resaltar lo establecido en el artículo 228 del Decreto 019 de 2019, el cual reza:

ARTÍCULO 228. REFORMAS DE PLANTA DE PERSONAL

Modifíquese el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, el cual quedará así:

"Artículo 46. Reformas de planta de personal. *Las reformas de plantas de personal de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP-.*

El Departamento Administrativo de la Función Pública adoptará la metodología para la elaboración de los estudios o justificaciones técnicas, la



cual deberá ceñirse a los aspectos estrictamente necesarios para soportar la reforma a las plantas de personal.

Toda modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública."

En torno al tema de la derogatoria y más precisamente la derogatoria tácita, la Corte Constitucional en sentencia 901 del 30 de noviembre de 2011, manifestó:

Por su parte, la derogación tácita obedece a un cambio de legislación, a la existencia de una incompatibilidad entre la ley anterior y la nueva ley, lo cual hace indispensable la interpretación de ambas leyes para establecer la vigente en la materia o si la derogación es parcial o total. Tiene como efecto limitar en el tiempo la vigencia de una norma, es decir, suspender su aplicación y capacidad regulatoria, aunque en todo caso el precepto sigue amparado por una presunción de validez respecto de las situaciones ocurridas durante su vigencia^[16].

Cuando se deroga tácitamente una disposición no se está frente a una omisión del legislador sino que al crear una nueva norma ha decidido que la anterior deje de aplicarse siempre que no pueda conciliarse con la recientemente aprobada. Así lo ha sostenido la Corte al indicar que "la derogación no siempre puede ser expresa, pues ello implicaría confrontar cada nueva ley con el resto del ordenamiento. Es decir, se le exigiría al Congreso una dispendiosa labor que no tiene razón de ser, pues la tarea legislativa se concentra en asuntos específicos definidos por el propio Congreso, con el objeto de brindar a los destinatarios de las leyes seguridad jurídica y un adecuado marco para la interpretación y aplicación de las mismas (v. gr. sentencia C-025 de 1993)".^[17] Además, para que sea posible la derogación debe darse por otra de igual o superior jerarquía^[18].

Entonces, la derogación tácita es aquella que surge de la incompatibilidad entre la nueva ley y las disposiciones de la antigua, que suele originarse en una declaración genérica en la cual se dispone la supresión de todas las normas que resulten contrarias a la expedida con ulterioridad^[19].

2.2.3. La Corte debe analizar la vigencia de la disposición acusada, antes de adelantar el examen de constitucionalidad, que implica un juicio de validez en estricto sentido. Si la norma legal que se demanda no se encuentra vigente, por haber sido derogada de manera tácita, no tendría razón de ser habilitar el juicio de constitucionalidad, procediendo una decisión inhibitoria, salvo que la norma derogada continúe produciendo efectos jurídicos^[20]. En la sentencia C-898 de 200



“Cuando la Corte ha entrado a definir si la norma demandada está vigente, lo ha hecho para determinar la materia legal sujeta a su control. El análisis de vigencia de la norma se vuelve entonces una etapa necesaria para determinar el objeto del control, vgr., cuáles son las normas vigentes o que, a pesar de haber sido derogadas, pueden seguir produciendo efectos jurídicos, respecto de las cuales debe hacerse un juicio de inconstitucionalidad”.^[21]

Bajo estos parámetros indica la Procuraduría General de la Nación:

Conforme a lo expuesto, la Corte debe analizar la vigencia del párrafo transitorio del artículo 103 de la Ley 1438 de 2011 y si tal aparte se encuentra produciendo efectos jurídicos.

Lo primero que se debe indicar es que lo que dispone el artículo 228 del Decreto 019 de 2012 es la modificación de un articulado de la Ley 909 de 2004, así entonces la primera advertencia que se suscita en este sentido y a la luz de lo expuesto por el alto tribunal constitucional es la regulación del artículo 46 de la Ley 909 de 2004, y la regulación de las disposiciones cuestionadas por la defensa del Decreto 1227 de 2005. Un segundo paso de este ejercicio de valoración es determinar si las disposiciones con la modificación hecha por el nuevo articulado resultan o no conciliables. Este ejercicio de conciliación, resulta ser una labor de confrontación a fin de determinar si las disposiciones viejas se encuentran abrogadas o integradas entre sí.

Tenemos que la modificación sufrida por el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, respecto de lo regulado por el artículo 228 del Decreto 019 de 2012

ORIGINAL

Artículo 46. *Reformas de plantas de personal. Modificado por el art. 228, Decreto Nacional 019 de 2012. Las reformas de planta de empleos de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, por la ESAP, o por firmas especializadas en la materia; estudios que deberán garantizar el mejoramiento organizacional.*

Toda modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de las ramas ejecutivas del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública.



MODIFICACIÓN

Modifíquese el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, el cual quedará así:

"Artículo 46. Reformas de planta de personal. Las reformas de plantas de personal de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP-.

El Departamento Administrativo de la Función Pública adoptará la metodología para la elaboración de los estudios o justificaciones técnicas, la cual deberá ceñirse a los aspectos estrictamente necesarios para soportar la reforma a las plantas de personal.

Toda modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública."

Teniendo en cuenta estos argumentos se expresó que la modificación incorporada con el Decreto 019 de 2012, es más exigente y minuciosa frente a la anterior reglamentación, por esto se resaltó que la norma con su modificación, determina que los estudios técnicos deberán estar ceñidos a las directrices que imparta DAFP y la ESAP, eliminando el texto "estudios que deberán garantizar el mejoramiento organizacional". Así mismo, indica la norma, un aspecto nuevo en tanto le corresponde al DAFP, adoptar la metodología para la elaboración de los estudios o justificaciones técnicas.

Expone que el último párrafo guarda plena correspondencia con la literalidad anterior del artículo 46 de la Ley 909 de 2004, es decir, no sufrió ninguna variación, así resulta válido indicar que se mantiene el precepto de que toda modificación a la planta de personal deberá ser aprobado por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Entonces, el precepto anterior tal como lo traía la Ley 909 de 2004, sufrió una variación, respecto de los estudios técnicos que justifiquen la reforma a la planta de empleo, todas las entidades con régimen de carrera general y las que tenga régimen de carrera legal cuyo desarrollo no se haya hecho, deberán para la entrada en vigencia del Decreto 019 de 2012 ajustarse a las directrices que para ello determine el DAFP según la metodología que se adopte.



Por lo tanto, el artículo 46 de la Ley 909 de 2004 en su versión original como el precepto que lo modifica del Decreto 019 de 2012, conservan el referente que toda modificación de la planta de personal deberá ser aprobada por la DAFP.

Argumenta la providencia que en este punto es posible que pueda surgir algún tipo de choque frente a las competencias asignadas a las Asambleas Departamentales, en cuanto son estas últimas las que constitucionalmente y legalmente, tienen la competencia de organizar las contralorías departamentales. Más sin embargo, prudente resulta recordar que entre el artículo 95 del Decreto 1227 de 2005 frente a la modificación del Decreto 019 de 2012, e incluso el mismo artículo 46 de la Ley 909 de 2004, en su versión original existe un referente que permite una conciliación entre ambas disposiciones, esto, atendiendo los términos de la Honorable Corte Constitucional.

Es claro que el artículo-95 del Decreto 1227 de 2015, se refiere a la aprobación de los estudios técnicos y la modificación del Decreto 019 de 2012, se refiere a la modificación de la planta de personal en sí, es decir, uno determina una competencia en torno a un estudio y el otro determina la competencia en torno a la modificación definitiva que sufriría la planta de personal, por lo tanto, se reiteró que existe la posibilidad y necesidad de acudir a las normas de carrera general para un régimen especial legal que no ha sido reglamentado, como mecanismo supletorio ante la omisión del legislador.

Para el efecto si se observa con sumo cuidado lo diferente entre ambas literalidades normativas, donde una se refiere a la aprobación de una modificación en la planta y la otra a una modificación en la aprobación de un estudio, resultan estas complemento del régimen de carrera general, y por consiguiente, conciliables en los términos de la sentencia de constitucionalidad que se trajo a colación en el fallo.

Se expuso:

Además de lo anterior, podemos advertir la posibilidad de conciliar el artículo 228 del Decreto 019 de 2012, con el artículo 95 del Decreto 1227 de 2005, en tanto la modificación traída con la expedición del Decreto 019 de 2012, como hemos indicado, hace referencia a una situación distinta de la regulada por el artículo 95 del Decreto 1227 de 2005, hecho que reitera lo complementario de las disposiciones y nos lleva a la conclusión que no esas no riñen entre sí, y por ende la predicada derogatoria táctica alegada por la defensa no tiene cabida dentro del presente asunto.

De lo expuesto se desprende de manera clara y diáfana que los argumentos traídos a la demanda carecen de soporte, por ende, era pertinente proceder a imponer la sanción.



- Frente a las pruebas que sustentan la decisión demandada:

Indicó el fallo de primera instancia que se encuentra plenamente probado el cargo imputado, en tanto, desconocieron con su actuar las normas sustancialmente defraudadas. Tampoco avizó el despacho, ninguna situación que permita hacer una valoración en torno a la culpabilidad distinta que aquella que se hizo para los que puntualmente argumentaron aspectos de defensa respecto del elemento de culpabilidad y que antes ha sido resuelto por el despacho, en tanto, la demandante desconoció las disposiciones que sobre el asunto rigen en la Constitución, las leyes 1006 de 2006, 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005.

En torno al argumento de la defensa que la Procuraduría debe evaluar el asunto como un acto administrativo complejo, es preciso recordar al apoderado que este despacho al momento de pronunciarse sobre la nulidad presentada, además que lo que está en juicio disciplinario es un cuestionamiento por una situación surtida dentro de las competencias de la duma departamental.

- En cuanto a la calificación de falta

Fue objeto de debate y hoy es traído al proceso judicial, al considerar que el comportamiento ha sido realizado en su condición de diputado, cargo de mucha importancia y representación dentro de la sociedad, el grado de culpabilidad por la inobservancia del referente legal, por ello se calificó de manera definitiva en su aspecto objetivo como GRAVE.

Al revisar el proceso disciplinario se encuentra que uno de los investigados indicó que no resulta acreditada en la investigación la desatención elemental de normas de obligatorio cumplimiento a la que circunscribe la culpa gravísima. Primero, porque indica que no está demostrada la desatención elemental, en tanto, no se determinó como se desatendió ese elemental y obligatorio proceder. No compartió el despacho tal predicado en tanto se le indicó a los disciplinados que existía un precepto normativo en la Ley 909 de 2004 y 1006 de 2006, además de lo establecido en el Decreto 1227 de 2005 que le imponían a los disciplinados ser o estar atentos a que el asunto que fue puesto en su consideración debía ser atendido según las reglas creadas para esos efectos. Además de ello, el predicado de derogatoria tácita no encuentra soporte en el presente asunto porque en precedencia se ha hecho una clara y extensa exposición sobre el particular que desvirtúa son soporte jurisprudencial, ese abierto desconocimiento del deber funcional amparo en el concepto de una abogada externa de la Contraloría como si fuera autoridad oficial. Es claro el párrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, señala: Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por... desatención elemental... de reglas de obligatorio cumplimiento.



Así las cosas la investigación se acreditó que la demandante con su comportamiento desatendió en forma elemental lo estipulado el Decreto 1227 de 2005 (aquí se incurrió en un error de digitación indicando 2008) y la Ley 909 de 2004.

Normas que imponían la obligación de atender y ser cuidadosos en el estudio del proyecto que se ponía en su consideración que el asunto guardara correspondencia con las justificaciones y cumpliría con todas las previsiones legales que se exigen para ello, además que lo solicitado guardara justificación real y jurídico, en tal sentido, se califica de manera definitiva en el aspecto subjetivo de la culpabilidad a título de CULPA GRAVÍSIMA, por desatención elemental de normas de obligatorio cumplimiento.

Así las cosas, es claro que la calificación de la falta se encuentra acorde y guarda consonancia con el comportamiento desplegado por la demandante.

- En cuanto a la participación en la aprobación de la ordenanza:

Es claro para la defensa, que la demandante se encuentra dentro de los diputados que participaron en el desarrollo del debate y aprobación del proyecto de ordenanza para crear tres cargos, se toma como un criterio único frente a su comportamiento en la materialización del acto irregular, le aplican los siguientes criterios:

- *Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad*

- En cuanto a la ilicitud sustancial:

Los fallos disciplinarios demandados indican que los disciplinados se apartaron de cumplir y hacer cumplir los contenidos constitucionales y legales que regulan las funciones de las asambleas departamentales, respecto a las contralorías departamentales, lo cual no fue cumplido, es decir, respetando la carrera administrativa y su régimen, teniendo en cuenta que se crearon unos cargos sin el lleno de los requisitos establecidos en las normas que regulan estos procedimientos. En tal sentido, los investigados se apartaron de la función pública en cuanto no desempeñaron sus funciones de actuar dentro del marco de sus deberes funcionales, protegiendo el bien jurídico de la función pública y los principios que la gobiernan, por el contrario, pusieron en peligro la confianza depositada por los ciudadanos del departamento, al no atender el debido cuidado en que lo que tiene que ver con la estructura y organización de la Contraloría Departamental de Bolívar. Bajo estos criterios, es claro que los argumentos planteados en la demanda, no tienen vocación de prosperidad.

Múltiples argumentos han pretendido desmontar la actuación desarrollada por la demandante (disciplinada), al respecto debo ser enfático en indicar de manera



respetuosa al despacho que el hecho de ser bachiller, haber participado de las sesiones de la Duma, no la eximen de la responsabilidad constitucional y legal, adquirida con la elección y la respectiva posesión.

Necesariamente todos los que prestamos un servicio al Estado, debemos actuar con responsabilidad y criterio, lo cual no se reflejó con la aprobación de la ordenanza por la accionante.

Honorables Magistrados, debe ponerse de presente que el proceso disciplinario se adelantó garantizando en todo momento los presupuestos contemplados en el artículo 29 de la Constitución Política y demás normas concordantes. Igualmente, en ese sentido, no se quebrantó ningún rito procesal en tanto que siempre se actuó con observancia de las formas propias del juicio sobre legitimación, representación, notificaciones, términos para pruebas, competencias, recursos, instancias, etc.

Así mismo, hubo total apego a la normatividad sustancial aplicada a los fallos, pues siempre se dio uso de la legislación vigente de acuerdo con la falta que se le endilgó a la accionante, así como también se actuó provisto de total imparcialidad, sin sesgos y con absoluta objetividad.

En consecuencia, los argumentos de la parte demandante no pueden ser aceptados, pues como ya se manifestó, en el Sub examine, no se observó comportamiento inadecuado desde el punto de vista procesal o sustancial durante el trámite disciplinario. De esta forma entonces, las súplicas de la demandante están dirigidas a cuestiones meramente interpretativas, más no a aspectos formales cuya ausencia de vulneración quedó probada durante el proceso que nos ocupa.

Es necesario señalar que la exposición presentada por el accionante, no es justamente la más pertinente para desvirtuar la legalidad de los fallos disciplinarios, pues tal como se pudo corroborar, sólo se trata de manifestaciones que pretenden contextualizar una valoración e interpretación errónea de pruebas.

En ese orden de ideas, lo afirmado por el actor no constituye prueba sólida para transformar la presunción que recubre el actuar de la Procuraduría, toda vez que además de ser criterios inválidos para considerar que la sanción resulte contraria a la Ley, tampoco es la oportuna para modificar el grado de certeza en que estuvo cimentada la Administración.

Así entonces, ante esta situación se hace imprescindible recordar que la valoración de la prueba no está delimitada o tasada por una tarifa legal, sino que por el contrario está configurada para la administración de justicia dentro de un sistema racional donde es el Juez² quién da valor a las pruebas según las máximas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

² Entiéndase en sentido Lato.



Al respecto ha dicho el Consejo de Estado:

“Ahora bien, respecto de la valoración de la prueba ha sostenido Silva Molero³ que: “El problema de la valoración o apreciación de la prueba, es una de las cuestiones sin duda más importantes del derecho probatorio, cuestión que parcialmente afecta a la determinación de los poderes que la normativa legal confiere al juez, para formar el propio convencimiento, en relación con la existencia o no de los hechos, o la veracidad o falsedad de las afirmaciones” (Resaltado fuera de texto)

“De conformidad con lo anterior, es claro que por valoración o evaluación de la prueba debe entenderse el conjunto de operaciones mentales que debe cumplir el juez al momento de proferir su decisión de fondo para conocer el mérito o valor de convicción de un medio o conjunto de medios probatorios.”⁴ (Resaltado fuera de texto)

Y en igual sentido la Corte Constitucional manifestó:

“De conformidad con lo establecido en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos, debiendo el juez exponer razonadamente el mérito que le asigne a cada una de ellas.

“Es decir, que dicha norma consagra, como sistema de valoración de la prueba en materia civil, el de la sana crítica:

“Ese concepto 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, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba.

“Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección

³ Valentín Silva Molero. La prueba procesal. Revista de Derecho Privado. Tomo 1, pág. 121.

⁴ Sentencia de 20 de septiembre de 2007, Sección Segunda, Subsección A, Radicación número: 25000-23-25-000-2004-05226-01(0864-07), M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. (Subrayado fuera de texto)

“El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.”⁵ (Subrayado fuera de texto)

Y sobre la interpretación probatoria dijo en sentencia T-066 de 2005:

“(...) la Corte ha sido clara en orientar y limitar su procedibilidad a la manifiesta actuación arbitraria o abusiva del funcionario judicial, descartando cualquier tipo de reconocimiento frente a la eventual discrepancia interpretativa que pueda surgir al interior del debate jurídico y probatorio. No es factible alegar la ocurrencia de una vía de hecho, cuando la providencia judicial encuentra fundamento en un determinado criterio jurídico o en una razonable interpretación de las normas que son aplicables al caso, ya que tal situación afectaría de manera grave los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial que, en forma precisa, habilitan al juez para aplicar la ley y para fijarle en concreto su verdadero sentido y alcance. (Resaltado fuera de texto)

“Así entonces, para sustentar el fundamento de las distintas decisiones, los jueces dentro de la órbita de sus competencias, son autónomos e independientes y en sus providencias “sólo están sometidos al imperio de la ley (art. 230 C.P.)”, gozan de la potestad de valorar las pruebas allegadas al proceso de acuerdo a las reglas de la sana crítica y según los parámetros de la lógica y la experiencia (...)” (Resaltado fuera de texto)

Así las cosas, deviene evidente que la valoración hecha por los operadores disciplinarios de la Procuraduría no fue de ninguna manera caprichosa o arbitraria, pues tal como se puede observar en el contenido de los fallos siempre se acataron los cánones básicos de la lógica, la experiencia y la ciencia dentro de un criterio de libre convicción. Así mismo, siempre se atendió a los principios contemplados por

⁵ Sentencia C-202 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería.



la Corte Constitucional, pues el proceso y las decisiones cumplieron con los criterios objetivos, racionales, serios y responsables en cuanto a la valoración probatoria.

Sobre los presupuestos probatorios para sancionar, la Corte Constitucional en Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996, con ponencia del Honorable Magistrado Carlos Gaviria Díaz, expresó:

“Como es de todos sabido, el juez al realizar la valoración de la prueba, lo que ha de realizar conforme a las reglas de la sana crítica, debe llegar a la certeza o convicción sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del implicado. Cuando la administración decide ejercer su potestad sancionatoria tiene que cumplir con el deber de demostrar que los hechos en que se basa la acción están probados y que la autoría o participación en la conducta tipificada como infracción disciplinaria es imputable al procesado. Recuérdese que en materia disciplinaria, la carga probatoria corresponde a la Administración o a la Procuraduría General de la Nación, según el caso; dependiendo de quien adelante la investigación, y son ellas quienes deben reunir todas las pruebas que consideren pertinentes y conducentes para demostrar la responsabilidad del disciplinado (...).”

En el proceso disciplinario que se pretende censurar por parte de la demandante es claro que las pruebas recaudadas en el mismo, así como la apreciación de las mismas son conformes a derecho, pues por el contrario se encuentra totalmente probada la comisión de la conducta que configuro la falta disciplinaria a ella endilgada.

Teniendo en cuenta los anteriores argumentos y dado que en el presente asunto la demandante tuvo la posibilidad de manifestarse en forma clara, detallada y profusa, respecto de las imputaciones que se le hicieron, rindió las explicaciones que consideró necesarias y ejerció su derecho fundamental de probar y contradecir, es decir, su derecho de defensa dentro del marco de la garantía fundamental al debido proceso, respetuosamente debo solicitar al despacho que las pretensiones del actor sean despachadas en forma desfavorable.

Como podrá observar el Honorable Magistrado, los actos administrativos sobre los cuales se deprecia su nulidad a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se encuentran debidamente motivados con fundamentos jurídicos serios y debidamente sustentados, soportados con pruebas que dieron cuenta de la infracción que fue cometida por la señora Aduen Bray.



VI. EXCEPCIONES

INNOMINADA O GENÉRICA:

Con el debido comedimiento, solicito declarar la existencia de toda aquella excepción cuyos supuestos de hecho resulten acreditados en el proceso.

VII. 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.**

VIII. PRUEBAS SOLICITADAS POR ESTA DEFENSA

Solicito que se tengan como tales las que reposan en el expediente disciplinario, el cual fue remitido a su despacho el día 09 de febrero de 2021, a los correos electrónicos desta06bol@notificacionesrj.gov.co stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co (en 13 archivos).

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. 11024 en Bogotá o a los Correos electrónicos procesosjudiciales@procuraduria.gov.co y cmustafa@procuraduria.gov.co

X. ANEXOS

1. Poder para actuar y sus anexos.



XI. RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA

Comedidamente, solicito al Honorable Despacho, reconocirme personería para actuar en este proceso, para lo cual allegó poder a mi conferido.

Del Honorable Despacho,

CARLOS YAMID MUSTAFÁ DURÁN
C.C. 13.511.867 de Bucaramanga.
T.P. 123.757 del C.S.J



Señores:
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
E. S. D.

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO:	13001233300020190013700
DEMANDANTE:	COLOMBIA ESPERANZA ADUEN BRAY
DEMANDADO:	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

JORGE HUMBERTO SERNA BOTERO, identificado con la cédula de ciudadanía número 71.685.322, en mi condición de Jefe de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación, según Decreto No. 127 del 26 de enero de 2021 y Acta de Posesión N° 0086 del 28 de enero de 2021, y las funciones delegadas mediante Resolución No. 274 del 12 de septiembre de 2001, confiero poder especial, al doctor **CARLOS YAMID MUSTAFÁ DURÁN**, para que asuma la representación de la Entidad dentro del proceso de la referencia.

El apoderado, queda ampliamente facultado para adelantar las diligencias que considere necesarias en defensa de los intereses encomendados, especialmente para conciliar conforme las instrucciones del comité de conciliación de la Entidad.

Así mismo, y atendiendo lo dispuesto por el Ministerio de Justicia y del Derecho en el artículo 5°¹ del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, se informa que el correo electrónico del apoderado que se reporta actualmente en el Registro Nacional de Abogados es procesosjudiciales@procuraduria.gov.co

Sírvase reconocerle personería para actuar.

Cordialmente,

JORGE HUMBERTO SERNA BOTERO
Jefe Oficina Jurídica

Acepto,

CARLOS YAMID MUSTAFÁ DURÁN
C.C. No. 13.511.867 de Bucaramanga - Santander
T.P. No. 123.757 del C. S. de la J.

¹ Artículo 5. Poderes. Los poderes especiales para cualquier actuación judicial se podrán conferir mediante mensaje de datos, sin firma manuscrita o digital, con la sola ante firma, se presumirán auténticos y no requerirán de ninguna presentación personal o reconocimiento.

En el poder se indicará expresamente la dirección de correo electrónico del apoderado que deberá coincidir con la inscrita en el Registro Nacional de Abogados.

Los poderes otorgados por personas inscritas en el registro mercantil, deberán ser remitidos desde la dirección de correo electrónico inscrita para recibir notificaciones judiciales.





DECRETO No. 127 de 2021

(26 ENE 2021)

"Por medio del cual se hace un nombramiento ordinario."

LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales

DECRETA:

ARTÍCULO ÚNICO. – NOMBRESE, a JORGE HUMBERTO SERNA BOTERO, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 71.685.322, en el cargo de Jefe de Oficina, Código 1JO, Grado 25, de la Oficina Jurídica.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá, D.C., a 26 ENE 2021

MARGARITA CABELLO BLANCO

Proyectó: Luisa Fernanda Martínez Ardnlegas – Asesora Secretaría General
Revisó: Carlos William Rodríguez Millán – Secretario General (C)
Aprobó: Javier Andrés García Ávila – Secretario Privado

	PROCESO DE GESTIÓN DEL TALENTO HUMANO	Fecha de Revisión	15/05/2019
	SUB-PROCESO VINCULACIÓN DE PERSONAL	Fecha de Aprobación	15/05/2019
	ACTA DE POSESIÓN	Versión	2
	REG-GH-VP-002	Página	1 de 1

ACTA DE POSESIÓN N° 0086

Fecha de posesión 28 de enero de 2021

En la ciudad de Bogotá, D.C.

En el despacho del SECRETARIO GENERAL (C).

Se presentó el doctor JORGE HUMBERTO SERNA BOTERO

Quien se identifica con cédula de ciudadanía N° 71.685.322 de Medellín (Antioquia).

Con fecha de nacimiento 9 de marzo de 1967.

Con el fin de tomar posesión del cargo de Jefe Oficina Jurídica, Código 1JO, Grado 25.

En el que fue nombrado en nombramiento ordinario.

Con Decreto N° 127 del 26 de enero de 2021

Para el efecto se allegó Certificado de Cumplimiento de Requisitos suscrito por el Jefe de la División de Gestión Humana, de acuerdo con el cual el nombrado cumple con los requisitos señalados en el Decreto Ley 263 de 2000 y el Manual de Funciones vigente para el desempeño del cargo.

El nombrado manifestó bajo la gravedad de juramento que no se encuentra incurso en ninguna causal de inhabilidad, incompatibilidad o impedimento, ni con su designación se infringen los artículos 85 y 86 del Decreto Ley 262 de 2000 ó 126 de la Constitución Política.

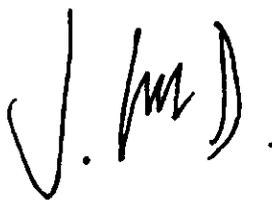
Acto seguido el doctor CARLOS WILLIAM RODRÍGUEZ MILLÁN, procedió a tomar el juramento de ley al posesionado, bajo cuya gravedad prometió cumplir bien y fielmente los deberes que el cargo le impone.

La presente surte efectos fiscales a partir de: 28 de enero de 2021.

En consecuencia, se firma como aparece,



Quien posiona



El posesionado

Proyectó: División de Gestión Humana.

Lugar de Archivo: Grupo Hojas de Vida	Tiempo de Retención: Funcionarios, permanente – Exfuncionarios, tres (3) años	Disposición Final: Archivo Central
---------------------------------------	---	------------------------------------

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Decreto Número 274
(12 SET. 2001)

"Por medio de la cual se delegan ciertas funciones"

EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En uso de las facultades que le confieren el artículo 259 de la Constitución Política de Colombia; los numerales 7º y 8º y el parágrafo del artículo 7º del Decreto 262 de 2000 y el artículo 9º de la ley 489 de 1998, y

CONSIDERANDO:

Que en virtud de lo establecido en el Artículo 7º, numeral 1º del Decreto 262 del 22 febrero de 2000, corresponde al Procurador General de la Nación, *"Representar a la Procuraduría General de la Nación ante las autoridades del poder público y las particulares"*.

Que en virtud de lo establecido en el Artículo 7º, numeral 7º del Decreto 262 del 22 febrero de 2000, corresponde al Procurador General de la Nación, *"Expedir las actas administrativas, órdenes, mandatos y circulares que sean necesarias para el funcionamiento de la entidad y para el desarrollo de las funciones atribuidas por la ley"*.

Que el cumplimiento de las funciones a cargo de la Procuraduría General de la Nación debe inspirarse en los principios contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, y en particular de los postulados de eficacia, celeridad y economía.

Que para asegurar la oportuna defensa judicial y extrajudicial de los intereses de la Nación - Procuraduría General de la Nación, se hace indispensable delegar en el Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad, la función de recibir la notificación personal de las demandas y/o acciones que se presenten en contra de la entidad y la de otorgar poderes a los abogados que deban representarla en los procesos judiciales, en las acciones de tutela, amparo, populares o de grupo y en los trámites de conciliación judicial o extrajudicial en los cuales aquélla deba actuar o participar en calidad de parte o tercero interviniente.

Que según lo consagrado en el Artículo 7º, numeral 8º del Decreto 262 del 22 febrero de 2000, corresponde al Procurador General de la Nación, distribuir entre las distintas dependencias y secciones de la entidad, las funciones y competencias atribuidas por la Constitución y la ley a la Procuraduría General de la Nación.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se delegan unas funciones"

Que según lo dispuesto en los numerales 3º y 4º del artículo 15 del Decreto 262 de 2000, corresponde a la Oficina Jurídica representar a la entidad en los procesos judiciales y acciones de tutela en los cuales figura sea parte demandante o demandada y coordinar la intervención judicial que realicen los Procuradores Regionales en defensa de la Nación. - Procuraduría General de la Nación.

Que en virtud de lo establecido en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con lo preceptuado en el párrafo del Artículo 7º del Decreto 262 del 22 febrero de 2000 y en el artículo 9º de la ley 489 de 1998, el Procurador General de la Nación puede, mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

RESUMEN

ARTICULO 1º. Delegar en el Jefe de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación, la función de otorgar representación personal de las demandas y/o acciones que se presenten en defensa de la entidad y la de otorgar poderes a los abogados que actúen en los procesos judiciales, en las acciones de tutela, en los procesos de conciliación o de paz, y en los trámites de conciliación, judicial o extrajudicial, en los cuales, aquéllos deba actuar o participar en calidad de parte o representante.

ARTICULO 2º. El Jefe de la Oficina Jurídica presentará mensualmente ante el Despacho del Procurador General un informe sobre el ejercicio de las funciones conferidas.

ARTICULO 3º. La presente resolución surtirá efecto desde la fecha de su expedición.

Dada en Bogotá, D. C. a los 15 de mayo de 2004.

COMUNIQUESE Y SE ARCHIVE

EDGARDO GONZALEZ
Procurador General de la Nación