



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Sentencia No. 012

Bogotá D.C., quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Radicado: 11001-33-35-009-**2020-00168-00**
Naturaleza: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: GILMA AMPARO MAYORGA CAICEDO
Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA y FONDO DE BIENESTAR SOCIAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de y conforme la siguiente motivación.

I. Antecedentes

1.1. La demanda y su contestación

1.1.1. Pretensiones

Según el libelo inicial, la parte actora en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), pretende la nulidad de **(i)** el fallo disciplinario de primera instancia **No. 003 del 17 de octubre de 2019**, expedido por el Director Administrativo y Financiero del Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República y **(ii)** el fallo disciplinario de segunda instancia contenido en la **Resolución No. 3337 del 08 de noviembre de 2019**, expedida por el Gerente del Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República.

Como consecuencia de lo anterior y, a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene: **i)** pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir durante el tiempo de la sanción, y ordenar relíquidar por todo concepto las



prestaciones sociales y demás derechos laborales, sin que se vea afectado, por ningún motivo, el tiempo en el que estuvo arbitraria e ilegalmente suspendida Gilma Amparo Mayorga Caicedo, lo cual se estima en una cuantía de treinta y cinco millones de pesos (\$35'000.000), que deberá pagarse indexado y se liquidará una vez proferida la sentencia; **(ii)** que se condene al Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República a pagar las costas y agencias en derecho que se causaron con la presente demanda.

1.1.2. Fundamentos fácticos

En síntesis, narró que ha laborado por más de 40 años como docente, ejerciendo incluso el rol de rectora, sin que antes de la investigación 410-01-042-2016, tuviese alguna investigación disciplinaria; Desde el 05 de marzo de 2015, se venía desempeñando como Docente Rector Escalafón Nacional Grado 12, del colegio para hijos empleados de la Contraloría General de la República, mismo que dentro de su estructura hace parte del Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General.

En el año 2015, surgió cambio de administración en la Contraloría General de la República, y la nueva administración le sugirió a la accionante que radicara su renuncia, lo cual no sucedió, desde ese entonces se inició un ambiente de animadversión por parte de la Gerencia del Fondo, con el fin de desincentivar el ejercicio de las funciones del cargo de la Rectora Gilma Amparo.

Ante la petición de un informe por parte de la Gerencia del Fondo, la accionante en su calidad de rectora, narró, entre otros, lo sucedido en la presentación del ICFES o pruebas saber para el año 2016, con el fin de mostrar su capacidad de gestión ante situaciones difíciles que, aun escapándose de su órbita de dominio, por ser imputable a terceros, puede conjurar con su diligencia, en la medida en que por el cambio del procedimiento efectuado por el ICFES en la inscripción a las pruebas saber, algunos estudiantes no fueron citados al examen, al no cumplir ellos la carga que tenían de finalizar la inscripción; no obstante, a pesar de ello, por las gestiones de la actora, todos los estudiantes del grado undécimo presentaron dicha prueba; A partir del mismo informe que presentó la demandante, la Dirección Administrativa y Financiera inició investigación disciplinaria en contra de ésta, la cual finalizó con fallo sancionatorio consistente en la suspensión del cargo por el término de 6 meses, procedimiento que se fundamentó en el hecho de *“inconvenientes e inconsistencias presentados con la inscripción de los alumnos del grado once (11) a las pruebas SABER 11 (antes ICFES) para el año 2016 (fls 1-6)”*, formulándosele como cargo que *“omitió verificar que la comunidad educativa, especialmente los padres de familia y los alumnos comprendieran de forma clara y precisa los cambios introducidos por el ICFES para la inscripción a las pruebas Saber 11 para el año 2016, así como*



propender por el buen desempeño de los estudiantes a las Pruebas Saber hasta corroborar que los estudiantes finiquitaran con éxito cada una de las etapas establecidas las cuales son: autenticación, pago e inscripción: contrariando así lo dispuesto en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 734 de 2002”.

El operador disciplinario supuso que los inconvenientes previos a la presentación de las pruebas saber 11 eran imputables a la accionante, realizando además un falso raciocinio al concluir negligencia en la valoración de las actividades que realizó la accionante, para obtener que los estudiantes presentaran las “pruebas saber”.

Varios colegios en el país presentaron la misma situación, por el cambio del procedimiento, y muchos estudiantes de otros colegios no presentaron ese año 2016 las pruebas saber, lo que significó que fue una situación generalizada imputable al ICFES.

1.1.3. Normas Violadas y Concepto de Violación

El extremo activo invocó como normas violadas:

- Constitución Política artículo 29.
- Ley 724 de 2002, artículo 4, 28 numerales 2 y 6

Asimismo, arguye en síntesis como argumento central de su defensa que, el operador disciplinario pretermitió las pruebas que demostraban **i)** atipicidad de la conducta disciplinaria (“los inconvenientes en las pruebas saber 11 no configuraban falta disciplinaria”, **ii)** ausencia de ilicitud funcional o falta de antijuridicidad material (el deber funcional no se vio afectado, ya que todos los estudiantes presentaron las pruebas), **iii)** imposibilidad de imputación del resultado (los resultados no eran imputables a Gilma Amparo Mayorga Caicedo, sino al ICFES y a los estudiantes), **iv)** ausencia de valoración de las pruebas que demostraban actuar diligente de Gilma Amparo Mayorga Caicedo, lo cual configuró la causales de exoneración de responsabilidad de convicción invencible de estar actuando de conformidad con el deber funcional y error de tipo.

Los actos administrativos demandados claramente no respetaron el principio de legalidad, puesto que se le sancionó sin ley preexistente al acto imputado, la sola formulación de la imputación incumple los criterios de claridad y precisión que se exigen en la tipicidad para derivar de ella una sanción disciplinaria, pero que, sin explicación alguna, para el operador disciplinario la supuesta omisión era diáfana para merecer reproche disciplinario, sin importar ningún análisis adicional, como se analiza en regímenes propios de responsabilidad objetiva.



En efecto, el operador disciplinario, al no especificar en qué instrumento normativo previo y obligatorio para la disciplinada basó su reproche, violó la norma superior consagrada en el estatuto disciplinario en su artículo 4, ya que investigó y sancionó por una conducta de omisión, que no está descrita como falta en la ley vigente, al momento de su realización, el principio de legalidad y tipicidad claramente se ven en entredicho desde el mismo hecho investigado como “inconvenientes e inconsistencias”. En realidad, no se imputó ninguna conducta típica a la profesora.

Por todo lo anterior, los actos demandado se hayan expedidos con falsa motivación, en tanto la accionante sí cumplió con lo que en la mente del operador disciplinario era, supuestamente, su deber funcional, ya que, por sus directrices, el coordinador académico del colegio y ella, expidieron la circular nro. 014 del 14 de abril de 2016, dirigida a los padres de familia del Grado 11, cuyo asunto es el “Recaudo y Registro ICFES Saber 11” en el que se explicaba lo que el operador disciplinario echa de menos y no valoró, en lo que atañe al nuevo procedimiento para la autenticación, pago e inscripción, procedimiento que le asignaba una parte al colegio y otra a los estudiantes, pues el colegio debía coordinar la autenticación y pago de los derechos, y la etapa de inscripción correspondía a los estudiantes, en el nuevo procedimiento, asunto que además, por directrices de la disciplinada, fue explicado verbalmente a los estudiantes por parte del coordinador académico.

El operador disciplinario ni siquiera tiene claro el procedimiento que endilga no fue cumplido. En efecto, la rectora no tenía el deber funcional de hacer la inscripción de los estudiantes, sino que dicha etapa les correspondía a los estudiantes, con un correo personal que el ICFES debía enviarle a cada dirección que previamente se envió a dicha institución, lo que tendría como finalidad garantizar la privacidad de información reservada de los estudiantes y sus familias.

En el análisis sobre antijuridicidad, el operador disciplinario atinó a decir, en el folio 44 del fallo de primera instancia, que se puso en riesgo inminente la presentación de las pruebas saber por parte de los estudiantes, es decir, asumió que la ilicitud sustancial por la omisión se materializó en un riesgo, contrariando la finalidad de dicha categoría, puesto que en ella se debe demostrar que la función pública se afectó, no que potencialmente se pudo afectar, máxime cuando la accionante realizó todas las gestiones para que los estudiantes, por causas no imputables a ella, presentaran el examen; olvida la entidad demandada que la estructura básica de un cargo por omisión se materializa cuando se configura un resultado de afectación a la función pública. Sin ello, no es posible endilgar un reproche disciplinario, pues se estaría omitiendo la valoración de la categoría de ilicitud sustancial, tal y como en el fallo sancionatorio sucedió.



1.1.4. Contestación de la demanda

1.1.4.1. La Contraloría General de la República

Presentó escrito de contestación, oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda en contra de tal entidad, por cuanto carecen de fundamento factico y jurídico.

Frente a los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda, indicó que, los hechos 1 al 17 no le constan pues no fueron proferidos por la Contraloría General de la República, tal y como lo expone el actor tales actos fueron proferidos por el Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República, creada mediante la Ley 106 de 1993, siendo una entidad distinta al ente de control.

Propone como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva, misma que se declaró probada el 13 de abril de 2023¹, toda vez que, en efecto, el fallo disciplinario de primera instancia No. 003 del 17 de octubre de 2019 fue suscrito por el director administrativo y financiero del Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República y la Resolución No. 337 del 8 de noviembre de 2019, fue proferida en segunda instancia por el gerente del mismo Fondo, entidad que fue creada por el artículo 89 de la Ley 106 de 1993 con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuesto propio, razón por la cual puede acudir directamente como demandada en defensa de sus intereses y de los actos administrativos por ella expedidos, sin que sea necesario vincular directamente a la Contraloría General de la República.

1.1.4.2. Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República

Contestó la demanda dentro de término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la misma.

Manifiesta como defensa que no le asiste razón a la accionante al afirmar que, no se tuvieron en cuenta las pruebas que demostraron su actuar diligente, pues tales documentos fueron aportados por la declarante en la diligencia de declaración juramentada, adelantada en fecha anterior a la de la expedición del Auto 002 del 13 de enero de 2017, pues es menester precisar que la diligencia en comento se llevó a cabo el 09 de noviembre de 2016, y que los soportes en ella aportados obran a folios

¹ [PDF 42](#)



13 y 28 del expediente disciplinario, con foliatura anterior a la del auto No. 002, del 13 de enero 2017, lo que evidencia aún más, que no se desconoció el derecho de aportar pruebas de la señora Gilma Amparo Mayorga, y fueron valorados en su totalidad.

Resalta que, la accionante fue escuchada durante el proceso disciplinario, tal y como se evidencia en la versión libre que rindió, así mismo tuvo la oportunidad de aportar y controvertir pruebas, por lo que, si de alguna manera no hubiese estado de acuerdo con el proceso disciplinario, hubiese podido presentar los recursos que la ley otorga, no obstante, no hizo uso de estos, pues apenas hasta ahora reprocha y critica las supuestas falencias que no ocurrieron, pretendiendo inducir en error al Despacho.

Indica que, el hecho de haber logrado la inscripción de los estudiantes para la realización de las pruebas “saber”, no eximia de responsabilidad a quienes en su momento fueron sancionados por dichos hechos, si se tiene en cuenta que tal situación generó afectación a la buena marcha de la administración, lo que conlleva a predicar la existencia de licitud sustancial dentro del ilícito disciplinario *sub judice*.

Respecto a la emisión del fallo, el operador disciplinario llevó a cabo todo el trámite establecido en la Ley 734 de 2002, con el lleno de los requisitos legales, valorando todas las pruebas que obran dentro del expediente disciplinario, y de conformidad con el canon 34 de la citada ley, los hechos objeto de reproche, son constitutivos de falta disciplinaria para la demandante, pues consagra que es deber de todo servidor público cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en los manuales y funciones establecidos en la Resolución No. 203 del 13 de mayo de 2016, para el cargo de Rectora del Colegio para Hijos y Empleados de la Contraloría General de la República, que dispone como propósito principal *“desempeñar actividades de dirección, planeación, coordinación, administración, orientación y programación del colegio y es responsable del funcionamiento de la organización escolar”*, como funciones esenciales entre otras tiene la de *“6. propender por el buen desempeño de los estudiantes en las pruebas SABER y SABER PRO”*.

Finalmente, resalta que el propender por el buen desempeño tiene una connotación amplia, puesto que, la función señalada no se circunscribe simplemente a la programación de las pruebas, simulacros y la obtención de buenos resultados pues los mismos serían inalcanzables sin una correcta inscripción y consecuente citación al examen, por lo que, su omisión constituye un incumplimiento a las funciones propias del cargo.



Formuló las excepciones de: i) caducidad², ii) tipicidad y legalidad de la sanción impuesta, iii) inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y iv) genérica.

1.2. Trámite procesal

La demanda fue radicada el 16 de julio de 2020³; mediante auto del 08 de junio de 2021, este Despacho Judicial inadmitió el medio de control de la referencia.

Una vez subsanada la demanda, mediante proveído del 16 de noviembre de 2021⁴, se admitió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación- Contraloría General de la República y el Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República.

Posteriormente, con auto del 03 de febrero de 2023⁵, se fijó fecha de audiencia inicial, para el 13 de abril de 2023, llegada la fecha y hora señalada se llevó cabo la audiencia⁶ donde se tuvo por contestada la demanda, se fijó el litigio, se decretaron las pruebas, se cerró la etapa probatoria y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al ministerio público para que si a bien lo tuviese emitiera su concepto.

1.2.1. Los Alegatos de conclusión.

En el término concedido por el Despacho, la parte actora y la entidad demandada presentaron su escrito de alegaciones, y el **Agente del Ministerio Público** no emitió concepto alguno.

1.2.2. Alegatos de la parte actora

El apoderado de la parte actora en esencia reiteró los hechos y pretensiones de la demanda y añadió que, el argumento adicional que propuso la entidad en la contestación de la demanda para “tratar de justificar el acto sancionatorio” no puede integrar los actos sancionatorios demandados, por lo que ninguna mención se hará al respecto sobre ese argumento. Las falencias y errores de los actos sancionatorios no pueden ser subsanados, si es que así se intentara, en la contestación de la demanda.

1.2.3. Alegatos de conclusión de la entidad demandada

² Resuelta en audiencia inicial celebrada el 13 de abril de 2023, [/PDF 42/](#).

³ [PDF 01.](#)

⁴ [PDF 018.](#)

⁵ [PDF 030.](#)

⁶ [PDF 042.](#)



El Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República, insiste en que, el proceso disciplinario No. 410-01-042-2016, advierte que la conducta de la accionante se encuadra en el numeral 1 del art. 34 de Ley 734 de 2002, pues según lo establecido en la Resolución No. 203 del 13 de mayo de 2016, el cargo de la accionante, tenía como propósito principal (i) *“Desempeñar actividades de dirección, planeación, coordinación, administración, orientación y programación del colegio y es responsable del funcionamiento de la organización escolar”* (ii) *“Propender por el buen desempeño de los estudiantes en las pruebas SABER y SABER PRO”*; de otro lado expone que, es responsabilidad del Rector de cada Institución Educativa leer cuidadosamente el procedimiento para la inscripción de estudiantes al Examen de Estado Saber 11° y al Examen de Ensayo Pre Saber 11°, y verificar que las personas que harán parte de éste tengan clara la siguiente información.

Con lo anterior, manifiesta que se logra evidenciar que la conducta imputada a la demandante, se encontraba previamente establecida en el ordenamiento jurídico y la misma obedece a la omisión en el cumplimiento de sus deberes establecidos en el manual de funciones, ello, en razón a que, si bien la demandante, adelantó ciertas acciones previas a fin de inscribir a los alumnos a las Pruebas Saber 11, estas no fueron suficientes para lograr un entendimiento por parte, tanto de los padres de familia como de los alumnos para que el proceso de inscripción y presentación de las pruebas se surtiera de forma adecuada.

1.2.4. Concepto del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

De conformidad con la fijación del litigio planteada en la audiencia celebrada el 13 de abril de 2023, el problema jurídico se contrae en determinar si:

- Hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos de primera y segunda instancia, por medio de los cuales el Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República impuso como sanción disciplinaria a la demandante la suspensión en el ejercicio de su cargo por el término de seis (6) meses; y



- Si como consecuencia de ello, resulta procedente el reconocimiento y pago de las acreencias laborales dejadas de devengar por la demandante durante el término de la sanción, debidamente indexadas, y a que la entidad demandada asuma las costas procesales y las agencias en derecho.

2.2. De lo acreditado en el proceso

De las pruebas obrantes en el proceso se destacan:

2.2.1. Fallo de primera instancia No. 003 proferido dentro del expediente disciplinario No. 410-01-042-2016 del 17 de octubre de 2019, a través del cual fue declarada la accionante como responsable disciplinaria, imponiéndosele como sanción la suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses. /PDF 02 pp. 20-74/

2.2.2. Resolución No. 337 del 08 de noviembre de 2019, a través de la cual se resuelve recurso de reposición en contra del fallo antes citado, confirmando en su totalidad el fallo de primera instancia. /PDF 02 pp. 75-99

2.2.3. Notificación personal de la Resolución 337 del 08 de noviembre de 2019. /PDF 02 pp. 100/

2.2.4. Investigación disciplinaria 410-01-042-2016 /PDF 27 pp. 75-119/

2.3. Premisa Jurisprudencial

El Consejo de Estado en sentencia de Unificación⁷ explicó que la función disciplinaria constituye una manifestación de la potestad sancionadora del Estado (*ius puniendi*), que abarca 3 modalidades: i) contravencional; ii) correccional y iii) disciplinaria. Se dirige a los servidores públicos o particulares sujetos a la ley disciplinaria que incurren en violación de deberes, incursión en prohibiciones, vulneración del régimen de inhabilidades e incompatibilidades o conflicto de intereses.

En esta misma decisión, respecto de las potestades del juez contencioso administrativo, frente a los actos administrativos sancionatorios, concluyó:

⁷ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del consejero William Hernández Gómez, sentencia proferida el 9 de agosto de 2016, dentro del proceso 11001032500020110031600.



<<1. La jurisdicción de lo contencioso administrativo ejerce el control judicial integral de los actos administrativos sancionatorios, proferidos por los titulares de la acción disciplinaria regulada en la ley 734, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva.

2. El control que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, constituye el recurso judicial efectivo en los términos del ordinal 1.º del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos>>.

Entonces, bajo estos parámetros, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que se ejerce con el fin de controvertir actos administrativos de contenido disciplinario el juez está facultado para hacer un **análisis integral de la situación particular** sin importar si todas las causales de nulidad del acto administrativo fueron o no invocadas y sustentadas en la demanda.

Ahora bien, en lo relacionado con la normativa aplicable a la actora es importante precisar que, se debe acudir a aquella que se encontraba **vigente al momento de la presunta comisión** de la falta y que, para este tipo de servidores la norma sustancial es la contenida en la Resolución No. 203 del 13 de mayo de 2016 y en materia procedimental es el Código Disciplinario Único Ley 734 de 2002, teniendo en cuenta que los hechos por los que se le acusaba a la demandante sucedieron en el año 2016.

2.4. De los cargos endilgados en la demanda

Para abordar los argumentos expuestos por la demandante es importante precisar que ella fue sancionada *<<Con ocasión de los inconvenientes e inconsistencias presentados con la inscripción de los alumnos del grado once (11) de las pruebas SABER 11 (antes ICFES) para el año 2016.>>*

Se le formuló por tal motivo como cargo:



CARGO UNICO

GILMA AMPARO MAYORGA CAICEDO quien para la época de los hechos presuntamente irregulares, fungía el cargo de Rectora del Colegio para Hijos de Empleados de la Contraloría General de la República, omitió verificar que la comunidad educativa, específicamente los padres de familia y los alumnos comprendieran de forma clara y precisa los cambios introducidos por el ICFES para la inscripción a las pruebas Saber 11 para el año 2016, así como propender por el buen desempeño de los estudiantes a las Pruebas Saber hasta corroborar que los estudiantes finiquitaran con éxito cada una de las etapas establecidas las cuales son : autenticación, pago e inscripción; contrariando así lo dispuesto en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 734 de 2002.

Luego de estas precisiones se procederá a estudiar los argumentos expuestos por la parte actora, como causales de nulidad de los actos administrativos acusados, así:

2.5. Falsa motivación

Esta causal de nulidad ha sido explicada por el Consejo de Estado⁸ en los siguientes términos:

<<En este sentido, el Consejo de Estado⁹ ha indicado que los motivos de un acto administrativo constituyen uno de sus fundamentos de legalidad, a tal punto que cuando se demuestra que estas razones que se expresan en el acto, como fuente del mismo, no son reales, no existen o están distorsionadas, se presenta un vicio que lo invalida, llamado falsa motivación.

Por ello, ha explicado¹⁰ que el vicio de nulidad es el que afecta el elemento causal de la decisión, relacionado con los antecedentes de hecho y derecho que facultan su expedición y, por lo tanto, el impugnador tiene la carga de demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad.

Según lo precedente, el Consejo de Estado¹¹ ha afirmado que la falsa motivación del acto ocurre cuando: i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la administración pública; ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien sea por error o por razones engañosas o simuladas; iii) el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen, y iv) razones que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión>>.

⁸ Sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección A, con ponencia del consejero William Hernández Gómez, el 18 de noviembre de 2021, dentro del proceso 25000234200020160203401.

⁹ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 14 de abril de 2016. Radicación: 25000232400020080026501.

¹⁰ Ibidem

¹¹ Ejusdem.



La demandante en este punto señaló:

El cargo de falsa motivación se configura por las siguientes razones:

Por un lado, el operador disciplinario pretermitió valorar las pruebas que indicaban que la profesora Gilma Amparo Mayorga Caicedo explicó a los estudiantes el nuevo procedimiento para la presentación de las pruebas saber 11 en el año 2016, entre ellas, la declaración del coordinador académico y la circular nro. 014 de 2016.

En efecto, las etapas del procedimiento establecido para la presentación de las pruebas se llevaron a cabo, de manera completa, en los aspectos que eran de competencia del colegio. Así mismo, verbalmente y en la Circular nro. 014 se dieron directrices para llevar a cabo las etapas para la inscripción de las pruebas saber 11 de 2016, entre los que se encontraba enviar el listado de estudiantes que presentarían la prueba, junto con la dirección electrónica en la que recibirían el correo con el cual finalizarían la inscripción.

El operador disciplinario en el fallo supuso varios hechos no probados. La principal suposición consiste en asumir que los «inconvenientes e inconsistencias», asociadas a conductas de terceros, eran imputables a Gilma Amparo Mayorga Caicedo. En efecto, se configura la falsa motivación, por cuanto que dicha proposición es una suposición del operador disciplinario.

En efecto, no es posible jurídicamente hacer dicha imputación, pues no existe deber funcional ni prueba de dicho deber, por lo que en un análisis ligero del operador disciplinario supuso que la disciplinada era responsable de todo lo que pasó, por el hecho de ser la rectora del colegio, desconociendo un pilar fundamental del derecho sancionatorio: a nadie se le sanciona por su condición, sino por sus conductas de acción u omisión, conducta que en el caso concreto, jamás pudo ser probada: primero, porque se basó en una prueba nula de pleno derecho (el informe utilizado

(...)

Adicionalmente, es claro que las actividades de diligencia realizadas por la disciplinada no fueron valoradas, y, en todo caso, el operador disciplinario concluyó negligencia en donde no hubo; incluso, concluyó negligencia con problemas de tipicidad, tal y como se explicó en el cargo *ut supra* §4.1., pues solo un prejuicio por parte del operador disciplinario puede explicar los razonamientos que hizo para concluir que se debía sancionar a Gilma Amparo Mayorga Caicedo por "omitir verificar la comprensión" o "no corroborar un registro".

Finalmente, el operador disciplinario supuso que se debía sancionar con fundamento es un desvalor de acción, sin importar verificar la antijuridicidad o la ilicitud sustancial del deber funcional, que no está demostrado, lo que configura un falso raciocinio insostenible en derecho disciplinario, modalidad de falsa motivación del fallo sancionatorio.

Así las cosas, también se debe declarar nulo el fallo sancionatorio por falsa motivación al pretermitir pruebas y suponer hechos, tal y como se explicó en precedencia.

3.0. Caso concreto

La tesis del Despacho es que le asiste razón a la demandante, en pretender la nulidad de los actos demandados, pues como señala la jurisprudencia y la ley 734 de 2002, el servidor público solo será investigado y sancionado disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización, y la falta solo será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.

Para el Despacho es ilógico que la accionante conociera de las dificultades con aquellos estudiantes que presentaban inconvenientes con la citación de las pruebas, si éstos no lo ponían de presente, una vez puesto en conocimiento es que se puede entrar a Juzgar el actuar de la demandante, quien a todas luces, una vez supo de los percances actuó de manera diligente logrando que todos los estudiantes de la institución presentaran las pruebas, es decir, no se conculcó daño alguno, del cual se predicare alguna afectación material.

Tal y como lo manifiesta la accionante, pretender sancionarla bajo el pretexto de la no comprensión de terceras personas es desproporcionado, máxime si estos terceros implicados no ponen de presente las dificultades en cuanto a alguno de los pasos, para la realización de las PRUEBAS SABER 2016.

Se tiene que en el proceso disciplinario la accionante indicó con claridad todas las actividades que desarrolló en torno a la preparación y desarrollo de las PRUEBAS SABER 2016, así:

2.2.- Informe escrito pormenorizado, contenido en 18 puntos, acerca de todas las actividades desarrolladas en torno a la preparación y desarrollo de las pruebas saber 2016, con sus respectivos soportes (folio 2 y reverso del expediente disciplinario).

3.- Cumplimiento de deberes y funciones por parte de rectoría y coordinación académica del colegio para hijos de empleados de la CGR, en relación con el desarrollo de las pruebas saber del Icfes, año 2016:

3.1 paso primero: autenticación: Rectoría y coordinación académica, acompañaron y orientaron a los 41 estudiantes de grado 11, en el diligenciamiento de usuario único para el ingreso al sistema del Icfes, este usuario único, es el medio por el cual los estudiantes consultarán su citación y los resultados.

Al diligenciar el usuario único, por parte de cada estudiante se genera un código de referencia, para luego efectuar el pago de derechos de presentación de pruebas saber Icfes 2016.

Al tener todos los códigos de referencia de los 41 estudiantes, quedan autorizados para realizar el pago mediante consignación cuenta del Icfes en el banco Davivienda.

3.2 diligencias de consignación de dinero correspondiente a derechos de inscripción de las pruebas saber 2016. En el reverso del folio No. 4 copia de la consignación realizada, en el banco Davivienda, por valor total de \$ 1.578.500 (un millón quinientos setenta y ocho mil quinientos pesos).

3.3 Confirmación de inscripción y pago de derechos: Respuesta de Icfes a los estudiantes sobre la confirmación del pago realizado.

He tomado como ejemplo para ilustrar el proceso de capacitación realizado con todos los estudiantes, el realizado con una de las estudiantes inscritas, Marcela Morantes. En el folio 5, del expediente disciplinario, copia del oficio del Icfes, enviado a la estudiante Marcela Morantes, se le confirma pago exitoso de derechos pruebas saber 2016.

3.4 Desarrollo del proceso paso a paso: En el folio 5 del expediente disciplinario, la estudiante es informada, que ha quedado habilitada para diligenciar el

formulario de inscripción al examen de estado, para ingreso a la educación superior, - icfes SABER 11°. El cual se aplicará el día 31 de julio de 2016. Le informa que el sistema ha generado una clave temporal que estará vigente durante las próximas 24 horas.

Le ordena ingresar al sistema y cambiar la contraseña:

Usuario: ICFES 222231831849

Clave temporal: DRg4q0.

Para mayor información ingrese con su usuario y contraseña

En el reverso del folio 5 del expediente disciplinario, aparece el registro de cuenta de usuario de Marcela Morantes, se observa que ingreso (sic) con su correo electrónico, registró su número de tarjeta de identidad y cambio (sic) usuario y clave (sic) temporales por su usuario personal correo electrónico y clave personal. Icfes le pide que confirme este cambio realizado.

-En el folio 6 del expediente disciplinario continúa el proceso de la estudiante Marcela Morantes, en donde después de realizar el proceso previo se le informa que "bienvenido al sistema PRISMA, le confirmamos que se ha activado exitosamente su cuenta de usuario en nuestro sistema".

-Le informan que puede ingresar a su cuenta desde la página:

www.icfesinteractivo.gov.co (sic), haciendo clic en el icono de prisma con la siguiente información:

Usuario: juanamorantes@gmail.com

Clave: contraseña registrada en el proceso de creación de cuenta.

3.5 Este proceso se realizó con todos los estudiantes: de ello se informa a la señora gerente del fondo de bienestar social de la CGR, y al señor operador disciplinario, cuando mediante auto aperturó la indagación preliminar por presuntas irregularidades en el proceso icfes 2016.

Reitero, que este es el proceso realizado por la estudiante nombrada, el cual se les explico (sic) a todos los estudiantes, por parte del coordinador académico, en cumplimiento de sus funciones específicas del cargo.

3.6 No puede decirse entonces, que ha habido incumplimiento de deberes y/o omisión de funciones por parte de la Señora rectora y del coordinador académico del colegio para hijos de empleados de la CGR.

De otra parte, cuando surgieron los inconvenientes con aquellos estudiantes que pusieron de presente dificultades con la presentación para el examen, la demandante desarrolló las siguientes actividades:

3.8 Ante las dificultades presentadas al no llegar a tiempo las citaciones para el desarrollo de las pruebas saber, la Rectoría y coordinación académica despliegan un plan de contingencia: (folios 13 a 28 del expediente administrativo disciplinario 410-01-042-2016)

3.8.1 En primer lugar, la señora rectora y el coordinador académico comentan con su superior inmediato, la Dra. Indira María Gutiérrez Acuña, Gerente para la época del fondo de bienestar social de la CGR, las dificultades presentadas.

3.8.2 Luego buscan contacto con el ICFES; entre las personas contactadas del ICFES están: la Dra. Ximena Dueñas Herrera, directora del ICFES, Dra. Sonia Camargo, la Dra. Francia del Pilar Jiménez, con el fin de solucionar las dificultades presentadas en el proceso.

3.8.3 Simultáneamente, buscan la colaboración de personajes, que tienen relación con el fondo de bienestar social de la C.G.R., como lo es el Dr. José Antonio Soto Murgas, para la época de los hechos, desempeñando el cargo de Vice contralor (sic) de la CGR, quienes podrían facilitarles ayuda en la solución de las mencionadas dificultades y finalmente, llegan a la realización de un proceso de trazabilidad, consistente en la búsqueda de soluciones, para las dificultades; al interior de las entidades que tienen que ver con el Colegio.

En este caso concreto, el buen funcionamiento de los servicios a cargo de la actora, no se afectó, pues se insiste todos y cada uno de los estudiantes de la institución educativa lograron presentar las PRUEBAS SABER del año 2016, y es que, respecto al objeto del derecho disciplinario, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado:

*“ el derecho disciplinario pretende garantizar "la obediencia, la disciplina y **el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo**"; cometido éste que se vincula de manera íntima al artículo 209 de la Carta Política porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliera los principios de "igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad" a que hace referencia la norma constitucional.”¹²*

Para el Despacho no se haya configurada la ilicitud sustancial, como condición constitucional de las faltas disciplinarias, frente a este tópico la jurisprudencia¹³ ha señalado que:

“El ejercicio de la función pública debe estar enfocada al cumplimiento de los fines esenciales del Estado, destacándose los previstos en el artículo 2 C.P. Para cumplir con esta (sic) objetivo, la actividad de los servidores públicos debe guiarse tanto por los deberes específicos que le imponen a cada empleo el orden jurídico aplicable como, de una forma más amplia, los principios generales del ejercicio de la función pública, esto es, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (Art. 209 C.P.)

...

Es el incumplimiento de estas reglas y principios los que activan la actividad sancionatoria propia del derecho disciplinario. Como lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, el presupuesto para la existencia de una falta disciplinaria es la acreditación acerca del incumplimiento de un deber funcional del servidor público o, en otras palabras, la presencia de una conducta u omisión que interfiere en el ejercicio adecuado de la función estatal ejercida por dicho servidor del Estado.

... Como se observa, el concepto de ilicitud sustancial de la falta disciplinaria concuerda con el criterio de afectación del deber funcional, antes explicado. Esto quiere decir que, desde la perspectiva constitucional, solamente podrán

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-948-02. M.P. Álvaro Tafur Galvis

¹³ Corte Constitucional Sentencia C-452 de 24 de agosto de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

ser clasificadas como faltas disciplinarias aquellas conductas u omisiones que interfieran en el adecuado ejercicio de la función asignada por el ordenamiento jurídico al servidor público respectivo. En términos de la sentencia en comento y a partir de la reiteración de decisiones sobre el mismo tópico “[l]as conductas que pertenecen al ámbito del derecho disciplinario, en general, son aquellas que comportan quebrantamiento del deber funcional por parte del servidor público. En cuanto al contenido del deber funcional, la jurisprudencia[13] ha señalado que se encuentra integrado por (i) el cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, (ii) la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley; (iii) garantizando una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales. **Se infringe el deber funcional si se incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública en cualquiera de esas dimensiones.** El incumplimiento al deber funcional es lo que configura la ilicitud sustancial que circunscribe la libertad configurativa del legislador, al momento de definir las faltas disciplinarias.

*...Este concepto opera no solo como una limitación constitucional del derecho disciplinario, sino también como una exigencia prevista por el legislador como presupuesto para la justificación de la falta disciplinaria. En ese sentido, **lo que se exige es que la conducta de la cual se predique ese juicio de desvalor deba estar necesariamente vinculada con la afectación del deber funcional.** Así, en caso de que esa relación no se acredite, se estará ante un exceso en el ejercicio del poder disciplinario y, por la misma razón, ante la inconstitucionalidad de la norma legal correspondiente, al mostrarse contraria con el principio de proporcionalidad aplicable a las diferentes manifestaciones del ius puniendi del Estado.”*

Por todo lo anterior se considera hubo un exceso en el ejercicio del poder disciplinario, que da lugar que se accedan a las pretensiones de la demanda.

4.0. Restablecimiento del derecho

Solicita el accionante que se condene a la entidad demanda a pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir durante el tiempo de la sanción, y ordenar reliquidar por todo concepto las prestaciones sociales y demás derechos laborales.

El Despacho, accederá a la orden del reconocimiento de salarios, en aplicación del concepto de restablecimiento del derecho, en el sentido de que se ordena el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejados de recibir desde la fecha que se suspendieron los pagos, como ficción de que las cosas vuelven a su estado anterior, esto es, como si durante el tiempo en que se estuvo cesante, se hubiese prestado el servicio y devengado el salario.



También se ordenará que las sumas reconocidas sean indexadas, para que las cosas vuelvan a su estado anterior.

Las sumas que resulten a favor del demandante se actualizarán en su valor, con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

El valor presente (R) se determina al multiplicar el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha en que se debió hacer el pago por el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos tener en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

5.0. Condena en costas

Finalmente, y comoquiera que, de conformidad con el artículo 188 del CPACA¹⁴, en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, pasa el Despacho a pronunciarse. Para ello se advierte que, si bien, en el presente asunto la parte vencida es el extremo pasivo, lo cierto es que, de conformidad con el inciso 2° del artículo 367 del CGP¹⁵ y el numeral 8° del artículo 365¹⁶ del mismo estatuto, estas deber ser tasadas y liquidadas de acuerdo con criterios verificables y solo habrá lugar a ellas cuando aparezcan causadas y en la medida de su comprobación, y en el presente asunto, la parte interesada no demostró su causación, por lo que, no se accederá a ellas.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado, por ejemplo, en la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2022¹⁷, en la cual no condenó en costas, por las siguientes razones:

¹⁴ <<ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil>>.

¹⁵ <<Artículo 361. Composición Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.

Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes>>.

¹⁶ <<Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:(...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>.



<<No procede la condena en costas, pues conforme con el artículo 188 del CPACA, en los procesos ante esta jurisdicción, la condena en costas, que según el artículo 361 del C.G.P. incluye las agencias en derecho, se rige por las reglas previstas el artículo 365 del Código General del Proceso, y una de estas reglas es la del numeral 8, según la cual “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”, requisito que no se cumple en este asunto>>.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declárase la nulidad de las decisiones de primera instancia Resolución No. 003 del 17 de octubre de 2019 expedida por el Director Administrativo y Financiero del Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República; y de segunda instancia Resolución No. 3337 del 08 de noviembre de 2019, expedida por el Gerente del Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República, dentro de la actuación llevada a cabo en el expediente No. 410-01-042-2016, por medio de las cuales se declaró responsable disciplinariamente a **Gilma Amparo Mayorga Caicedo** y se le impuso como sanción la suspensión en el ejercicio del cargo por el termino de seis (6) meses.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **condénese** a la Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República, al reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales e incrementos salariales dejados de devengar durante todo el lapso de tiempo que perduró la suspensión en el ejercicio del cargo la accionante. **Declárase** para todos los efectos salariales y prestacionales que no existe solución de continuidad. Las sumas reconocidas deberán ser indexadas conforme la fórmula expuesta en la parte motiva.

TERCERO: La entidad demandada Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República debe dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

CUARTO: Sin condena en costas en esta instancia, por lo señalado en la parte considerativa.

¹⁷ Sentencia proferida por la Sección Cuarta, con ponencia del consejero Milton Chaves García, dentro del proceso con radicado No. 73001233300020190037301.



QUINTO: Remitir copia de esta providencia, en los términos del artículo 205 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, a los siguientes correos electrónicos: jorgeespinosalopez@gmail.com; fondobienestar@fbscgr.gov.co; notificacionesjudiciales@fbscgr.gov.co; ggordillo@fbsc.gov.co;

SEXTO: Ejecutoriada la presente providencia **Archivar** el expediente, previas las constancias de rigor.

SEPTIMO: Esta providencia **debe** incorporarse al expediente digitalizado, organizado en OneDrive, ordenando alimentar simultáneamente el sistema de información de Justicia Siglo XXI y el de la Rama Judicial Web.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA CECILIA PIZARRO TOLEDO

Juez

MCPT/jac