



Sentencia 2014-00154 de 2019 Consejo de Estado

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA POR FALSEDAD MATERIAL E IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PRIVADO / FALSIFICACIÓN DE FACTURAS PARA OBTENER BENEFICIOS ECONÓMICOS

La Sala disiente de dicha posición [del demandante], porque la falsedad de las referidas facturas no solo fue material sino ideológica, esta última cobijada en la descripción contenida en el Artículo 289 de la Ley 599 de 2000, respaldada por las interpretaciones y reglas que ha hecho la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional. En otras palabras, el demandante hizo aparecer en los documentos algo como verdadero –el pago de cursos a los que supuestamente asistió él y sus beneficiarios–, pero sin que ello hubiere ocurrido, y aun así utilizó dichos documentos para obtener de manera indebida unos dineros. De esa manera, las decisiones sancionatorias disciplinarias de primera y segunda instancia efectuaron, por una parte, una correcta valoración probatoria en cuanto a que las facturas no eran las que expedía habitualmente los establecimientos de comercio referidos en las facturas, aspecto que correspondería a la falsedad material de dichos documentos. Pero, por la otra, aunque sin mencionarlo expresamente, las autoridades disciplinarias argumentaron de forma suficiente que los documentos aportados por el actor no reflejaban lo que realmente había sucedido, pues se repite que el demandante y sus beneficiarios no asistieron a los cursos para los cuales se solicitaron los respectivos beneficios. Lo anterior, sin lugar a dudas, es lo que corresponde a la falsedad ideológica de los documentos aportados de forma irregular por el demandante a la entidad a la cual se encontraba vinculado. En otras palabras, el demandante introdujo al tráfico jurídico hechos o circunstancias falsas con un indebido provecho y, correlativamente, con perjuicio de la entidad demandada.

NOTA DE RELATORÍA: En relación con el control judicial integral de los actos administrativos de contenido disciplinario, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo contencioso administrativo, sentencia de 9 de agosto de 2016, radicación: 2011-00316-00, C.P.: William Hernández Gómez.

FUENTE FORMAL: LEY 599 DE 2000 - ARTÍCULO 289

DEBIDO PROCESO - Alcance / NULIDAD DEL FALLO DISCIPLINARIO - Cuando se presenta afectación de debido proceso

El debido proceso es un derecho de rango superior que busca la protección de las garantías que instituye el ordenamiento jurídico a favor de quienes se ven llamados a hacer parte de una actuación judicial o administrativa. En efecto, el proceso disciplinario es un trámite de naturaleza administrativa, por lo que las partes que en él intervienen se encuentran provistas de tales amparos a lo largo de todas sus etapas. (...). Se ha sostenido en cuanto a las irregularidades procesales que, para que puedan afectar la validez de lo actuado en el procedimiento disciplinario, tienen que ser determinantes, de manera que cuando se resguardan las garantías sustanciales con que cuentan los disciplinados para ejercer su derecho de defensa, los yerros procesales de menor entidad no pueden aducirse a efectos de anular el acto administrativo sancionatorio.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 - ARTÍCULO 143

PROCESO DISCIPLINARIO / VALORACIÓN PROBATORIA / PRINCIPIO DE COMUNIDAD DE LA PRUEBA / REGLAS DE LA SANA CRÍTICA / REGLAS DE LA LÓGICA / REGLAS DE LA CIENCIA / REGLAS DE LA TÉCNICA / REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Acreditación / DICTAMEN - Valoración / REGLAS DE LA SANA CRÍTICA - Aplicación

Al momento de la valoración probatoria, las autoridades disciplinarias deben ceñirse a lo establecido en el Artículo 141 de la Ley 734 de 2002, norma que indica que las pruebas se apreciarán conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no existe una tarifa legal para decir cuál es la forma de acreditar o desvirtuar ciertos hechos o circunstancias, por cuanto el convencimiento debe someterse a la objetividad y a la racionalidad, sin que ello implique la utilización de excesivos formalismos y fórmulas sacramentales. En ese sentido, la sana

crítica está edificada con los criterios de la lógica, el uso de la ciencia y de la técnica, y las reglas de la experiencia. Respecto de la lógica, podemos destacar el principio de no contradicción y el de razón suficiente. En cuanto a la ciencia y la técnica, ello está asociado con las opiniones, estudios y dictámenes de los expertos en determinadas materias. A su vez, las reglas de la experiencia pueden ser individuales y colectivas, como también pueden ser construidas por conocimientos públicos y privados. Una regla de la experiencia plena es la que tiene en cuenta tanto lo colectivo como lo público. Estas pueden acreditarse por cualquier fuente de conocimiento, sin que sea necesario una prueba o cierta formalidad. En esas condiciones, las autoridades disciplinarias no siempre quedarán atadas a los dictámenes que elaboran los expertos, pues este es apenas uno de los tres criterios que ofrece el sistema adoptado por la ley. Por tanto, los razonamientos probatorios pueden apoyarse en otros medios de convicción que objetiva y certeramente lo lleven a afirmar que algunos hechos sucedieron de determinada forma. Así las cosas, una adecuada valoración probatoria estará sustentada en las amplias posibilidades para formarse el convencimiento sobre algo que ocurrió, cuyo único límite será el de aplicar correctamente los principios de la sana crítica.

DICTAMEN PERICIAL PARA PROBAR LA FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO - No relevante

El punto que más destaca la Sala es que efectivamente la prueba pericial reclamada no era determinante, pues, por un lado, la falsedad de las facturas fue suficientemente demostrada con las declaraciones de las personas que pertenecían a los establecimientos comerciales y con los otros documentos que demostraron que el demandante y sus hijos no hicieron los cursos en que apoyaron la solicitud irregular de los beneficios económicos. Ello es un asunto que descansa en los principios de no contradicción y de razón suficiente, en la medida en que, si está demostrada la ausencia de cursos del demandante y sus beneficiarios, la conclusión obvia es la falsedad de los documentos aportados que pretendían demostrar exactamente lo contrario. Por el otro, como quiera que no solo está demostrada la falsedad material en documento privado sino también la ideológica, la prueba conducente para probar dicho hecho no es el dictamen pericial, pues esta prueba únicamente puede demostrar tachas, adulteraciones, enmendaduras y cosas similares a través de un cotejo entre documentos, o advertir que determinadas firmas no son reales por medio de comparaciones, pero nunca un contenido que ideológicamente no corresponde a la realidad. Por las anteriores razones, no le asiste razón al demandante, pues no existe evidencia alguna de que las autoridades disciplinarias hayan desconocido el derecho al debido proceso por no haber practicado un dictamen pericial que nunca se solicitó y que, en todo caso, no era relevante.

FUENTE FORMAL: LEY 599 DE 2000 - ARTÍCULO 397 / LEY 734 DE 2002 - ARTÍCULO 48 ORDINAL 1

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA POR PECULADO POR APROPIACIÓN / PECULADO POR APROPIACIÓN - Consumación / OBTENCIÓN DE DINEROS DEL ESTADO VALIÉNDOSE DE CARGO PÚBLICO

La tesis del demandante es que como formalmente el actor no cumplía funciones de administrar o recaudar dineros entonces no cometió la conducta de peculado por apropiación. No obstante, ese no es el sentido correcto de la norma, pues basta que el sujeto se haya aprovechado de su relación funcional, bien sea proveniente de su cargo o de sus funciones, para haberse apropiado de los dineros. Incluso, como también lo enseña la jurisprudencia, este delito también se comete cuando la apropiación se da al no observarse las normas que reglamentan la respectiva situación y cuando, en todo caso, la disponibilidad de los bienes es solamente material y no jurídica. En tal forma, lo anterior fue lo que precisamente sucedió, pues la irregularidad también consistió en que el demandante no solo presentó facturas falsas para apropiarse del dinero, sino que incumplió deliberadamente la regulación expedida por la entidad y de forma adicional los montos apropiados no fueron devueltos.

ILICITUD SUSTANCIAL DE LA CONDUCTA DISCIPLINARIA - Configuración / ILICITUD DISCIPLINARIA Y ANTIJURIDICIDAD PENAL - Diferencias

La antijuridicidad o ilicitud en el derecho disciplinario no se limita a la sola adecuación típica de la conducta, pues no basta que el actuar del servidor público encaje dentro del tipo disciplinario descrito en la ley (antijuridicidad formal), ya que tal consideración implicaría responsabilizar a un individuo por el solo incumplimiento formal de una norma. Ahora bien, para que se configure una infracción disciplinaria no se exige un resultado lesivo o dañino al Estado, sino que se conforma con la existencia del quebrantamiento sustancial de los deberes funcionales encargados al servidor público que afecten la consecución de los fines del Estado. (...). Se puede afirmar que el derecho disciplinario no exige, para que se configure una infracción disciplinaria, que la conducta desplegada por el servidor público o el particular que cumpla funciones públicas genere un resultado, esto es, cause un daño al Estado. Por tanto, en principio, bastaría con que el servidor público quebrante los deberes para que pueda afirmarse que se incurrió en un actuar disciplinable. De manera que en el concepto de ilicitud sustancial están descartados los elementos conceptuales referidos a daños, resultados lesivos y aquellos que dependan del principio de lesividad y el concepto de antijuridicidad material, categorías y conceptos propios del derecho penal.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la ilicitud sustancial disciplinaria, ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 22 de agosto de 2019, radicación: 4785-15, C.P.: William Hernández Gómez, Corte constitucional, sentencia C-452 de 2016.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 05001-23-33-000-2014-00154-01(2143-16)

Actor: LUIS FERNANDO RUIZ

Demandado: UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Temas: Se confirma la sentencia de primera instancia. Falta gravísima por realizar un delito de falsedad en documento privado. Falsedad material y falsedad ideológica. Conducencia de las pruebas para demostrarla. Reglas de la sana crítica. Principios de no contradicción y razón suficiente. Falta gravísima por realizar un delito de peculado por apropiación. Ilícitud sustancial.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA (Ley 1437 de 2011) O-206-2019

ASUNTO

La Subsección A, Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 8 de marzo de 2016, proferida por la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia¹.

LA DEMANDA²

Pretensiones.

De nulidad:

- Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución nro. 01-70-27-05-2013-00135985 del 27 de mayo de 2013, mediante la cual se le impuso sanción de destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos al señor Luis Fernando Ruiz por parte de la

Oficina de Control Interno Disciplinario de UNE EPM TELECOMUNICACIONES S. A., y la Resolución nro. 01-70-14-06-2013-00140161 del 14 de junio de 2013, expedida por el presidente de UNE, mediante la cual se confirma la sanción disciplinaria.

De restablecimiento del derecho y reparación de perjuicios:

- Se condene y ordene a la entidad demandada al reintegro del demandante al mismo cargo, o a uno similar o mejor al que desempeñaba; que se declare que no existió solución de continuidad en el vínculo y que se ordene el pago de los salarios, prestaciones sociales, bonificaciones y demás emolumentos de carácter legal y/o extralegal o convencional, con sus respectivos aumentos dejados de percibir desde el retiro hasta el momento del reintegro.

- Pretensión subsidiaria n.º 1: se condene a UNE EPM TELECOMUNICACIONES S. A. al reconocimiento y pago al demandante de la indemnización convencional estipulada en el Artículo 31 de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita entre el Sindicato de Trabajadores y empleados de Servicios Públicos, entidades autónomas e institutos descentralizados de Colombia (SINTRAEMDES) con UNE EPM TELECOMUNICACIONES S. A., equivalente a 513 días de salarios promedio al momento del retiro, y proporcional por fracción de año.

- Pretensión subsidiaria n.º 2: se condene al pago de la indemnización legal que opera para los trabajadores oficiales.

- Que las sumas reconocidas y pagadas sean debidamente indexadas mes por mes, con base en el IPC, entre la fecha de causación o reconocimiento del derecho, y aquella en que deba efectuarse la liquidación y pago, tal y como lo dispone el Artículo 187, inciso último, de la Ley 1437 de 2011.

Otras:

- Ordenar a la entidad demandada a cumplir la sentencia en la forma indicada por los Artículos 187, 189 y 192 de la Ley 1437 de 2011.

- Condenar en costas, al tenor del Artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

Fundamentos fácticos relevantes.

1. El señor Luis Fernando Ruiz ingresó a laborar a UNE EPM TELECOMUNICACIONES S. A. el día 25 de enero de 1999, mediante contrato de trabajo escrito en calidad de trabajador oficial como «Auxiliar Operación Distribuidor en el centro de actividad 3752 de julio de 2006» (sic), cuando se produjo la sustitución patronal, consignada en la Escritura Pública n.º 2183 de 23 de junio de 2006, en virtud de lo dispuesto por el Acuerdo n.º 045 del 7 de octubre de 2005, expedido por el Concejo municipal de Medellín. A partir de ese momento, el demandante pasó en esa misma calidad a laborar en UNE EPM TELECOMUNICACIONES S. A., sociedad anónima pública de carácter comercial, descentralizada por servicios, del orden municipal, filial de la Empresa Industrial y Comercial del Estado EICE Empresas Públicas de Medellín E. S. P., hasta el 24 de junio de 2013, cuando se le comunicó su destitución y terminación de contrato de trabajo como consecuencia de un proceso disciplinario en su contra.

2. Contra el señor Luis Fernando Ruiz se adelantó una investigación disciplinaria. La Oficina de Control Interno Disciplinario de UNE EPM TELECOMUNICACIONES S. A. le formuló un cargo disciplinario por la falta gravísima contenida en el numeral 1.º del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con las conductas delictivas de falsedad en documento privado (Artículo 289 del C. P.) y peculado por apropiación (Artículo 397 del C. P.)

3. Adelantado el juicio disciplinario, la Oficina de Control Interno Disciplinario de UNE EPM TELECOMUNICACIONES S. A., mediante la Resolución nro. 01-70-27-05-2013-00135985 del 27 de mayo de 2013, declaró responsable disciplinariamente al demandante y le impuso la

sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos por el término doce (12) años.

4. Mediante la Resolución nro. 01-70-14-06-2013-00140161 del 14 de junio de 2013, el presidente de UNE EPM TELECOMUNICACIONES S. A. confirmó la decisión de primera instancia adoptada por la Oficina de Control Interno Disciplinario.

5. Antes de presentar esta demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se intentó la conciliación extrajudicial entre las partes, pero resultó fallida.³

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

1. Saneamiento del litigio y decisión de excepciones⁴

El Tribunal declaró saneado el proceso, preguntando a las partes si estaban de acuerdo con el trámite impartido al proceso, quienes manifestaron estar de acuerdo.

La parte demandada no propuso ninguna excepción previa.

2. Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

El señor magistrado ponente de la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia, de forma oral, fijó el litigio, para lo cual, después de hacer un resumen de los hechos y señalar las pretensiones, expresó que el asunto se circunscribía a determinar la legalidad o no de la tramitación del proceso disciplinario, en lo que tiene que ver en si el procedimiento a aplicar era verbal u ordinario, en la tipificación y calificación de la falta y los fundamentos de la sanción disciplinaria⁵.

SENTENCIA APELADA⁶

La Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia, en sentencia proferida el 8 de marzo de 2016, negó las pretensiones de la demanda.

Las principales razones de la decisión se resumen a continuación:

En primer lugar y luego de efectuar algunas consideraciones sobre el alcance del control jurisdiccional de los actos administrativos expedidos en ejercicio de la potestad disciplinaria, el Tribunal abordó el aspecto relacionado con el procedimiento verbal contenido en la Ley 734 de 2002.

Para ello, explicó que la autoridad disciplinaria aplicó correctamente la causal contenida en el inciso cuarto del Artículo 175 de dicha codificación, la cual establece que se aplicará dicho procedimiento cuando «al momento de valorar la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos».

En segundo lugar, el *a quo* argumentó que el hecho de que el investigado no hubiere rendido versión libre y espontánea dentro del proceso disciplinario ello no era violación alguna del debido proceso, por cuanto en todo momento se le garantizó al demandante dicha posibilidad.

En tercer lugar, la primera instancia desestimó los argumentos relacionados con que supuestamente las autoridades disciplinarias habrían proferido sus decisiones fundamentadas en la simple tipicidad, sin estudiarse el dolo o la culpa de la conducta. Para ello, se dijo que el demandante guardó total silencio frente al cargo imputado y que, por el contrario, la decisión de primera instancia hizo un detallado y acertado análisis de las conductas juzgadas. Agregó que del material probatorio el dolo aparecía claramente deducido, lo que permitía afirmar que no era cierto que se hubiese responsabilizado al demandante con responsabilidad objetiva.

En cuarto lugar, el Tribunal sostuvo que fue correcta la imputación jurídica por el delito de peculado por apropiación, pues los dineros que recibió el implicado lo fueron con ocasión de sus funciones, pues este era un trabajador oficial en cuya calidad recibió dichos dineros sin cumplir los requisitos exigidos para hacerse acreedor a ellos.

En quinto lugar, *el a quo* sostuvo que el hecho de que no se hubiese llevado a cabo una declaración solicitada por el demandante en el proceso disciplinario ello no desvirtuaba la responsabilidad del investigado, pues el señor Luis Fernando Ruiz actuó con plena conciencia de la ilicitud de su conducta, al conocer el trámite interno para solicitar los beneficios por los cuales la entidad le otorgó los recursos. Añadió que para hacerse acreedor a ellos presentó documentación falsa para acreditar que había participado en un curso, cuando ello no era cierto.

En sexto lugar, desechó la consideración de la defensa en cuanto a que no se había practicado un examen de grafología sobre los documentos considerados falsos. Al respecto, el Tribunal recalcó que esta prueba no fue solicitada en el proceso disciplinario ni en el trámite de la primera instancia del presente proceso y que el hecho de que no se hubiera decretado o practicado ello no viciaba el proceso. Por el contrario, expresó que el demandante debió demostrar que si dicha prueba se hubiera practicado la decisión hubiese sido diferente, pero que ningún esfuerzo probatorio se realizó en las instancias administrativas ni judiciales para lograr dicho cometido.

En séptimo y último lugar, el Tribunal consideró que la sanción no había sido desproporcionada como lo alegaba el demandante, pues si las faltas cometidas fueron graves y gravísimas la sanción que establecía la ley para dichos comportamientos era la destitución e inhabilidad general, por lo cual la autoridad disciplinaria no podía salirse de dicho marco.⁷

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN⁸

El apoderado del señor Luis Fernando Ruiz sustentó su apelación, conforme a las siguientes consideraciones:

En primer orden, señaló que una de las conductas imputadas no podía ser la de peculado por apropiación, por cuanto el investigado no tenía dentro de sus funciones la de administrar dinero o recaudar recursos públicos, aspecto que era un elemento esencial del tipo. Complementó que el demandante no ejercía funciones públicas como trabajador oficial de UNE EPM, lo que se desprendía del contrato de trabajo celebrado con dicha entidad. En todo caso, que si en gracia a la discusión hubiese ejercido dichas funciones, no se veía cómo las faltas por las que fue sancionado afectaron o pusieron en peligro la función pública.

En segundo orden, aseveró que las conductas por las cuales fue sancionado el demandante no tenían relación intrínseca o conexidad directa con el servicio público. Por ende, a renglón seguido, dio a entender que no había afectación del deber funcional y, por ende, ausencia de ilicitud sustancial. Agregó que no debió negarse la antijuridicidad material, pues se aceptó la antijuridicidad formal o la responsabilidad objetiva, la cual solo le interesaba la adecuación de la norma, dejándose de lado la valoración de la afectación efectiva del bien jurídico protegido.

En tercer y último orden, insistió en que faltó un dictamen grafológico, pues, en cuanto a la falta disciplinaria por la conducta de falsedad, la descripción típica exigía dos verbos rectores, necesariamente concurrentes, para lo cual era imprescindible demostrar que quien falsificó el documento también lo usó. Para ello, manifestó que no se acreditó que el demandante haya sido partícipe del delito de falsedad. Adicionalmente, que la entidad no hizo ningún esfuerzo probatorio y reiteró que para la falsedad material se necesitaba dicho dictamen. De esa manera, si se presentaba la duda, ella debió ser resuelta a favor del demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Efectuado el traslado para la presentación de los alegatos de conclusión en atención a lo establecido en el ordinal 4.º del Artículo 247 del CPACA, las partes se pronunciaron así:

Parte demandada

Solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, con base en las siguientes razones⁹:

§ El procedimiento verbal contemplado en la Ley 734 de 2002 se aplicó correctamente.

§ En el momento de girarse los recursos por parte de la entidad al demandante, este tenía el compromiso de cumplir con el reglamento de los beneficios económicos, lo cual implicaba destinar los dineros al objeto definido en la solicitud del servicio. Para ello, era necesario acreditar dicho requisito con la presentación de la factura pagada. Si el beneficiario no hacía uso del beneficio económico o no asistía al programa sin justa causa, el servidor público tenía la obligación de reintegrar los dineros a la entidad.

§ El señor Luis Fernando Ruiz se apropió de un valor total «de cinco millones doscientos catorce mil novecientos veinte pesos (\$5'214.920)»¹⁰, correspondiente al régimen de beneficios salariales de los empleados de UNE EPM TELECOMUNICACIONES S. A. para la realización de actividades deportivas, recreativas y/o culturales.

§ En relación con los beneficios anteriormente referidos, se demostró que el señor Luis Fernando Ruiz aportó facturas falsas, sin que el demandante ni sus beneficiarios asistieran a los cursos para los cuales se le giró el beneficio económico. Sobre tal aspecto, agregó que el investigado en la actuación disciplinaria tuvo en varias ocasiones la oportunidad de solicitar la práctica de un dictamen grafológico, pero no lo hizo.

§ Los dineros recibidos por parte del demandante sí tuvieron relación con el servicio, pues ello ocurrió «con ocasión de sus funciones», ya que aquel era un trabajador oficial y solo por tener tal calidad podía recibirlos. Por tanto, con información ajena a la realidad el demandante obtuvo un provecho económico directo de forma indebida. De esa manera, la adecuación típica por el punible de peculado por apropiación fue correcta.

§ Al demandante se le garantizaron todos sus derechos en el proceso disciplinario, entre ellos el debido proceso y el derecho a la defensa. Al respecto, explicó que la versión libre es un derecho y no un requisito previo de la acción disciplinaria como lo afirmaba el demandante. De esa manera, este derecho era posible ejercerlo en la audiencia oral y hasta antes de la decisión de primera instancia, por lo cual no hubo violación al debido proceso al haberse citado al proceso verbal sin que se hubiese escuchado en diligencia de versión libre.

Ministerio Público

El agente del Ministerio Público guardó silencio¹¹.

Parte demandante

La parte demandante guardó silencio en esta etapa.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De conformidad con el Artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹², el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

2. BREVE RECUENTO DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

Los cargos y la sanción disciplinaria

En la investigación que adelantó la Oficina de Control Interno Disciplinario de UNE EPM TELECOMUNICACIONES S. A. en contra del señor Luis Fernando Ruiz se le formularon dos cargos disciplinarios: uno por falta grave y otro por falta gravísima. Por este último reproche el demandante fue sancionado con la destitución e inhabilidad general por el término de doce (12) años, aspecto que es objeto de la presente demanda. En el siguiente cuadro, se resume la concordancia entre la formulación del cargo relacionado con la falta gravísima imputada y lo que se dijo en el acto administrativo sancionatorio:

FORMULACIÓN DE CARGOS DEL 5 DE ABRIL DE 2013, MEDIANTE EL AUTO QUE CITÓ A AUDIENCIA¹³

ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DEL 27 DE MAYO DE 2013¹⁴ CONFIRMADO EL 14 DE JUNIO DEL MISMO AÑO¹⁵

Segundo cargo:

Se confirmó el cargo endilgado.¹⁷

Incurrir en la falta gravísima contenida en el numeral 1.º del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002 al haber:

- Realizado (sic) objetivamente la descripción típica consagrada en el Artículo 289 del Código Penal como el delito de falsedad en documento privado, ilícito este sancionable a título de dolo, con ocasión de su cargo al interior de UNE EPM TELECOMUNICACIONES S. A., al presentar factura 3850, a nombre de Luz (sic) Fernando Ruiz \$800.000 (fl. 94); factura 3961, a nombre de Luisa Daniela Ruiz \$970.000 (fl. 95); factura 3973, a nombre de Emanuel Ruiz \$800.000 (fl. 96); factura 3868, a nombre de Luis Fernando Ruiz \$800.000 (fl. 97); factura 102087 a nombre de Andrés Felipe Ruiz \$800.000 (fl. 98); factura 1210, a nombre de Luisa Daniela R \$ 1'125.000 (fl. 99); factura 1209 a nombre de Luis Fernando Ruiz \$1'125.000 (fl. 100) de los establecimientos de comercio ACADEMIA ASF0, INSTITUTO GASTRONÓMICO DE ANTIOQUIA, CLUB DE CHALANERIA EL JUNCAL, VUELO LIBRE con información ajena a la realidad, situación que le permitió apropiarse de la suma de \$3'480.000.¹⁶

- Realizado (sic) objetivamente la descripción típica consagrada en el Artículo 397 del Código Penal como el delito de peculado por apropiación, ilícito este sancionable a título de dolo, con ocasión de su cargo al interior de UNE EPM TELECOMUNICACIONES S. A., al apoderarse de la suma de dinero indicada.

Culpabilidad:

La comisión de la falta gravísima se imputó a título de dolo.

Culpabilidad:

La autoridad disciplinaria hizo la misma valoración de la culpabilidad en el acto sancionatorio.

Decisión sancionatoria:

«PRIMERO: IMPONER SANCIÓN DE DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL POR EL TÉRMINO DE DOCE (12) AÑOS a los señores [...] LUIS FERNANDO RUIZ y [...] y en consecuencia dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa por ser encontrados responsables disciplinariamente de los cargos formulados, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

3. CUESTIÓN PREVIA

Control judicial integral respecto de las decisiones administrativas sancionatorias

Con la sentencia de unificación proferida el 9 de agosto de 2016 por la Sala Plena del Consejo de Estado¹⁸, se dio inicio a una nueva línea interpretativa en torno al control que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre los actos administrativos de naturaleza disciplinaria.

Al respecto, señaló la providencia que, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, ese control es de carácter integral por cuanto exige una revisión legal y constitucional de las actuaciones surtidas ante los titulares de la acción disciplinaria, sin que, para tales efectos, el juez se encuentre sometido a alguna limitante que restrinja su competencia. En dicha oportunidad, la corporación fue enfática en explicar que, siendo la función disciplinaria una manifestación de la potestad sancionadora que busca mantener la actividad estatal sujeta a los límites legales y constitucionales, no es dable restringir las facultades de que goza la jurisdicción en la realización de dicho estudio.

Esta integralidad se proyecta en múltiples aspectos que son destacados en la providencia en los siguientes términos:

[...] 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin “deferencia especial” respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva [...]

Así pues, el control judicial que ha de efectuarse en el presente caso tiene como hoja de ruta los parámetros dispuestos en aquella decisión judicial, lo que implica reconocer las amplísimas facultades de que goza el juez para efectuar una revisión seria y profunda de todas las actuaciones y etapas surtidas en el procedimiento disciplinario, los cuales, en todo caso, estarán sujetos por virtud de los Artículos 320 y siguientes del CGP a los argumentos esgrimidos en la alzada.

4. ASUNTO SOMETIDO A ESTUDIO

De conformidad con los argumentos expuestos en la apelación, los problemas jurídicos centrales que deben resolverse en esta instancia son los siguientes:

4.1 ¿El juicio de adecuación típica realizado en los actos administrativos sancionatorios por la falta gravísima contemplada en el numeral

1.º del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002 fue correcto? La respuesta a esta cuestión dependerá de la solución de los siguientes subproblemas:

- ¿Se acreditaron todos los elementos del tipo objetivo del delito de falsedad en documento privado, contenidos en el Artículo 289 del Código Penal, norma que fue atribuida al demandante?

- ¿Se vulneró el derecho de defensa al señor Luis Fernando Ruiz por no haberse decretado y practicado un dictamen pericial que demostrara la falsedad en los documentos privados que fueron aportados con el fin de que la entidad demandada le otorgara un beneficio económico al cual no tenía derecho?

- ¿Se acreditaron todos los elementos del tipo objetivo del delito de peculado por apropiación, contenido Artículo en el Artículo 397 del Código Penal, norma que fue atribuida en el cargo formulado?

4.2 ¿Se demostró la ilicitud sustancial en la conducta cometida por el señor Luis Fernando Ruiz?

4.1 Primer problema jurídico.

¿El juicio de adecuación típica realizado en los actos administrativos sancionatorios por la falta gravísima contemplada en el numeral 1.º del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002 fue correcto?

4.1.1 Primer subproblema.

¿Se acreditaron todos los elementos del tipo objetivo del delito de falsedad en documento privado, contenido en el Artículo 289 del Código Penal, norma que fue atribuida al demandante?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: El juicio de adecuación típica fue correcto, por cuanto el demandante sí cometió la conducta de falsedad en documento privado.

Para desarrollar este problema se hará una exposición de los siguientes temas:

- Elementos del tipo objetivo del delito de falsedad en documento privado contenido en el Artículo 289 del Código Penal (4.1.1.1).

- Caso concreto (4.1.1.2).

4.1.1.1. Elementos del tipo objetivo del delito de falsedad en documento privado contenido en el Artículo 289 del Código Penal.

El Artículo 289 del Código Penal (Ley 599 de 2000) dispone lo siguiente:

ARTICULO 289. FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO. <Penas aumentadas por el Artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses.

De la descripción efectuada por el legislador, los elementos del tipo objetivo¹⁹ de este delito son los siguientes:

- Sujeto activo: indeterminado, es decir, cualquier persona.
- Sujeto pasivo: el Estado.
- Verbos rectores: falsificar, que significa falsear o adulterar algo; fabricar algo falso o falto de ley. Así mismo, usar, cuya definición más cercana es hacer servir una cosa para algo.
- Objeto jurídico y antijuridicidad material: se protege la fe pública.
- Objeto material: un documento privado, que puede ser un escrito o, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo (Artículo 243 del C.G.P.)
- Elemento normativo del tipo: documento que pueda servir de prueba; es decir, la finalidad y vocación probatoria que tiene un documento, conforme a lo señalado en el 243 del Código General del Proceso.

Ahora bien, se ha considerado en términos generales que una falsedad puede ser material o ideológica.²⁰ En tal forma, en el derecho penal se han tenido dudas acerca del tipo falsedad a la que se hizo alusión en el Artículo 289 de la Ley 599 de 2000, pues una interpretación literal podría dar a entender que el legislador únicamente cobijó la falsedad material en documento privado. Por ende, desde este enfoque sería necesario no solo que el sujeto haya utilizado el documento privado, sino demostrar que efectivamente él mismo lo adulteró o falseó.

Sobre el anterior aspecto, la Corte Constitucional, en sentencia de constitucionalidad,²¹ resolvió dicho tema, en donde hizo un recuento del delito de falsedad en documento privado. En dicho pronunciamiento efectuó una explicación de que este delito no solo cobija la falsedad material, sino también la ideológica, para lo cual repasó las legislaciones penales en Colombia y los debates que se han suscitado por dicho aspecto.

De esa manera y refiriéndose a lo que establecía el Código Penal contenido en el Decreto 100 de 1980, la Corte Constitucional dijo lo siguiente:

3.1.1. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido, invariablemente, que el delito de falsedad ideológica en documento privado está tipificado en la legislación Colombiana.

3.1.2. El debate ha estado presente desde la antigua redacción del Código Penal de 1980, que hizo surgir dudas equivalentes respecto del Artículo 221 de la época²². Inicialmente, el entendimiento de que la falsedad ideológica de documento privado hacía parte del tipo penal del Artículo 221 del Decreto 100 de 1980 fue admitido por la Sala Penal en sentencia de casación del 18 de abril de 1985, con ponencia del magistrado Fabio Calderón Botero. Igualmente, en sentencia del 23 de abril de 1985, en sede de casación, y a propósito de una condena penal por la expedición de unas facturas falsas, la Corte Suprema explicó respecto de la tipificación de este delito:

“Como quiera que el tipo que describe la falsedad documental del Artículo 221 del C. P. no distingue entre las modalidades ideológica y material y puesto que una y otra son naturalísticamente posibles, en cuanto se puede alterar físicamente el contenido de un documento privado con valor probatorio, lo mismo que consignar en él hechos que no corresponde a la verdad para demostrar lo que realmente no ocurrió, ha de concluirse que en tal tipo penal pueden subsumirse tanto la especie de falsedad documental material como aquella de carácter ideológico, siempre que en uno y otro casos el actor haga uso del documento así falsificado”

[Negrillas fuera de texto].

A renglón seguido y sobre el Artículo 289 de la Ley 599 de 2000 que aquí se estudia, la Corte hizo un riguroso análisis, para lo cual se apoyó de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Pese a la extensión de dichas consideraciones, esta Subsección estima necesario recordar lo que allí se dijo:

3.2.1. Con posterioridad a la expedición del Código Penal de 2000, la conclusión mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) ha sido que la sanción penal de la falsificación de documento privado, tipificada en el Artículo 289 de la nueva regulación, incluye la hipótesis de la falsedad ideológica.

3.2.2. La Corte Suprema de Justicia, en sede de Casación Penal y sentencia del 29 de noviembre de 2000, sostuvo lo siguiente²³:

3.2.2.1. La falsedad ideológica consiste en la falta de verdad de un documento, independientemente de su integridad materialidad. Así, el documento que contiene información no veraz, es ideológicamente falso:

“La falsedad ideológica en documentos se presenta cuando en un escrito genuino se insertan declaraciones contrarias a la verdad, es decir, cuando siendo el documento verdadero en su forma y origen (auténtico), contiene afirmaciones falsas sobre la existencia histórica de un acto o un hecho, o sus modalidades, bien porque se los hace aparecer como verdaderos no habiendo ocurrido, o cuando habiendo acontecido de determinada manera, son presentados de una diferente²⁴.

[...]

3.2.2.3. La Corte Suprema de Justicia considera que la exigencia de veracidad es posible en documentos privados cuando: (i) el deber de veracidad proviene de la ley; (ii) el documento tiene capacidad probatoria; (iii) el documento es utilizado con fines jurídicos; (iv) el documento determine la extinción o modificación de una relación jurídica sustancial con perjuicio de un tercero. [...]

3.2.2.4. En relación con la obligación legal de veracidad, la ley suele entregar a los particulares el deber de certificar hechos con fines probatorios, a efectos de generar confianza en la sociedad. Tal es el caso de médicos, revisores fiscales y administradores de sociedades, que deben dar fe de hechos de que tienen conocimiento. En algunos casos el deber de veracidad proviene de la naturaleza del documento, cuando está destinado a servir de prueba de una relación jurídica relevante, que involucra o puede llegar a comprometer intereses de terceras personas determinadas.

3.2.2.5. No puede afirmarse que la falsedad ideológica de documento privado es atípica, porque dicha afirmación contradice la tendencia universal que da crédito a los documentos privados que cumplen las condiciones previamente anotadas. [...]

3.2.2.6. De los antecedentes legislativos del Código Penal no se infiere la intención de haber despenalizado esta conducta. Las normas previas al Código la sancionaban expresamente y las que no lo hacían, partían de la base de que un documento privado puesto en circulación se vuelve público. Del análisis de las actas de aprobación del anterior Código Penal se infiere, por el contrario, que la intención de las comisiones redactoras era incluir el tipo penal, pero dentro del esquema de una norma gramaticalmente simplificada.

“Como puede verse, la eliminación de los Artículos que aludían específicamente a la falsedad ideológica en documento privado estuvo orientada, antes que por la pretensión de descriminalizar su realización y fijar la impunidad de dichas conductas, por la simplificación de las normas correspondientes a través de la técnica de definición legal de máxima omnicomprensión en su formulación, y la eliminación de la regulación casuística de los tipos penales de falsedad que traía el anterior estatuto, propósito en el cual se habían empeñado los comisionados, y que permitió la construcción de tipos a través de modelos gramaticales como el contenido en el Artículo 221 del Código, que comprende tanto la falsedad material como la ideológica, [...]

3.2.2.7. La falsificación del documento consiste en faltar a la verdad a través suyo. Por ello resulta impensable que el legislador decidió despenalizar el comportamiento por el solo hecho de no haber reproducido el mismo texto de la falsedad ideológica en documento público:

“Falsificar un documento, no es solo alterar su contenido material (falsedad material propia), o elaborarlo integralmente (falsedad material impropia). Falsificar es también hacer aparecer como verdaderos, hechos que no han sucedido, o presentar de una determinada manera hechos que acontecieron en forma distinta, es decir, faltar a la verdad en el documento, o falsearlo ideológicamente. Por eso carece de sentido argumentar que el legislador dejó a la deriva la falsedad ideológica en documento privado, al no reproducir la fórmula gramatical que utilizó para los documentos públicos.

[...]

En suma, en esta sentencia del año 2000, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sentó las bases de su hermenéutica al explicar, fundada en una interpretación sistemática e histórica de la norma, porque a su juicio el texto del Artículo 289 de la Ley 599 de 2000 incluye la falsedad material e ideológica de documento privado.

3.2.3. En lo sucesivo, la Corte Suprema ha venido reiterando su jurisprudencia.

[...]

3.2.3.2. En una providencia más reciente, del 12 de marzo de 2008²⁵, la Corte contestó a los argumentos del casacionista en los siguientes términos:

“Así mismo, resulta evidente que las acusadas incurrieron en la conducta punible de falsedad ideológica en documento privado. En efecto, recordemos que la jurisprudencia ha sido clara en afirmar que a los particulares sólo les asiste el deber jurídico de decir la verdad cuando la propia ley, expresa o tácitamente les impone la obligación de hacerlo, evento en el cual, por tanto, incurren en el citado delito, si faltan al deber de veracidad que por mandato legal les es exigible.

(...)

“De acuerdo con los anteriores argumentos se puede predicar que la conducta desplegada por las acusadas es típica, por cuanto que encuentra adecuación en el tipo penal que describe abstractamente el delito de falsedad en documento privado, así mismo que con ese comportamiento lesionaron la fe pública, en tanto que el documento entró al tráfico jurídico y pretendían demostrar un orden sucesoral que correspondía con la verdad y, por último, que actuaron con dolo.

3.2.3.3. Igualmente, en providencia del 30 de abril de 2008²⁶, la misma Sala Penal estableció, en confirmación de la posición previamente indicada, lo siguiente:

“El delito de falsedad en documento privado tiene dos connotaciones, una, producto de su alteración material, como puede ocurrir cuando alguien enmienda, tacha, borra, suprime o de cualquier manera altera su texto. La otra, la falsedad ideológica, tiene lugar cuando el particular consigna en el documento privado hechos o circunstancias ajenas a la realidad, es decir, cuando falta a su deber de verdad sobre un aspecto que comporta quebrantamiento de relaciones sociales con efectos jurídicos.

[...]

3.2.3.4. Y en otra providencia, del 23 de junio de dos mil ocho 2008²⁷, la Sala Penal de la Corte confirmó:

“Es imprescindible aclararle al actor el criterio que tiene la Corte respecto al punible de falsedad ideológica en documento público, pues al parecer él entiende que ese comportamiento no se encuentra consagrado en el sistema de derecho penal colombiano, es por ello que se viene ponderando tal situación, en el entendido que si reúnen ciertas características típicas la conducta es ilícita cuando “en un escrito genuino se insertan declaraciones contrarias a la verdad, es decir, cuando siendo el documento verdadero en su forma y origen (auténtico), contiene afirmaciones falsas sobre la existencia histórica de un acto o un hecho, o sus modalidades, bien porque se los hace aparecer como verdaderos no habiendo ocurrido, o cuando habiendo acontecido de determinada manera, son presentados de una diferente [...]”

[Negrillas fuera de texto].

Del anterior recuento jurisprudencial que hizo la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad del Artículo 289 de la Ley 599 de 2000, la conducta contenida en el delito de falsedad en documento privado puede darse en las siguientes modalidades:

- a. Que el sujeto haya falsificado materialmente el documento y que lo haya usado.
- b. Que el sujeto haya falsificado ideológicamente el documento y que lo haya usado. En este último todavía cabe distinguir:

- Que el sujeto haya insertado directamente en el documento algo contrario a la verdad y que lo haya usado.

- Que el sujeto haya hecho aparecer en el documento algo como verdadero, pero que ello no hubiere ocurrido, y aun así hubiese utilizado el documento.

En este último evento, es totalmente irrelevante llegar al extremo de probar si, por ejemplo, el autor fue el que directamente, de su puño y letra, hizo las inserciones falsas en el respectivo documento, pues en la falsedad ideológica basta que la persona hubiese tenido el dominio sobre el hecho delictual y, en todo caso, será el uso posterior del documento el que demostrará, salvo prueba en contrario, que la finalidad de la persona consistió en introducir al tráfico jurídico hechos o circunstancias ajenas a la realidad.

4.1.1.2 Caso concreto

Esta Subsección observa que las varias facturas que fueron presentadas por el señor Luis Fernando Ruiz a la entidad a la cual estaba vinculado, con las cuales obtuvo beneficios de forma irregular, son completamente falsas, situación que así fue valorada por los actos administrativos sancionatorios y corroborada por el Tribunal de primera instancia. Sobre dicha consideración, el apoderado del demandante no ha hecho reparo alguno, pues una de las razones de su inconformismo radica en que no se demostró que el señor Luis Fernando Ruiz haya sido la persona que falsificó dichos documentos. Según su apreciación sobre el Artículo 289 de la Ley 599 de 2000, es imprescindible demostrar que el demandante no solo usó los documentos, sino que los falsificó materialmente.

En tal forma, la Sala disiente de dicha posición, porque la falsedad de las referidas facturas no solo fue material sino ideológica, esta última cobijada en la descripción contenida en el Artículo 289 de la Ley 599 de 2000, respaldada por las interpretaciones y reglas que ha hecho la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional. En otras palabras, el demandante hizo aparecer en los documentos algo como verdadero –el pago de cursos a los que supuestamente asistió él y sus beneficiarios–, pero sin que ello hubiere ocurrido, y aun así utilizó dichos documentos para obtener de manera indebida unos dineros.

De esa manera, las decisiones sancionatorias disciplinarias de primera y segunda instancia efectuaron, por una parte, una correcta valoración probatoria en cuanto a que las facturas no eran las que expedía habitualmente los establecimientos de comercio referidos en las facturas,

aspecto que correspondería a la falsedad material de dichos documentos. Pero, por la otra, aunque sin mencionarlo expresamente, las autoridades disciplinarias argumentaron de forma suficiente que los documentos aportados por el señor Luis Fernando Ruiz no reflejaban lo que realmente había sucedido, pues se repite que el señor Luis Fernando Ruiz y sus beneficiarios no asistieron a los cursos para los cuales se solicitaron los respectivos beneficios.

Lo anterior, sin lugar a dudas, es lo que corresponde a la falsedad ideológica de los documentos aportados de forma irregular por el demandante a la entidad a la cual se encontraba vinculado. En otras palabras, el señor Luis Fernando Ruiz introdujo al tráfico jurídico hechos o circunstancias falsas con un indebido provecho y, correlativamente, con perjuicio de la entidad demandada.

Para la Sala, en este tipo de conductas, es poco usual encontrar la prueba que determine de forma fehaciente que quien utilizó un documento privado falso haya sido la misma persona que, de forma previa y físicamente hablando, haya elaborado las inserciones espurias en los referidos documentos. Por el contrario, las reglas de la experiencia enseñan que si alguien de forma consciente quiere aportar un documento privado contrario a la realidad para un indebido beneficio se percata de que no sea sorprendido en tal proceder irregular, por lo cual pueden concurrir en dicha conducta algunos terceros, lo que sería un típico caso de coparticipación criminal.²⁸

No obstante, ello no es óbice para desvirtuar la responsabilidad de quien ha utilizado el documento, pues basta que se demuestre que el sujeto haya hecho aparecer situaciones ajenas a la realidad, cuestión que se adecua de mejor forma a la modalidad de la falsedad ideológica en documento privado, aspecto cubierto por la descripción típica contenida en el Artículo 289 de la Ley 599 de 2000.

En el presente caso, los elementos probatorios son abundantes para arribar a la conclusión de que el señor Luis Fernando Ruiz hizo aparecer en las facturas situaciones que no eran ciertas, pues fue él quien radicó los documentos, solicitó los beneficios, se valió del nombre de sus hijos para hacerlos pasar como beneficiarios, recibió los dineros en su cuenta y en últimas ninguno asistió a los supuestos cursos que justificaban el giro de los recursos por parte de la entidad demandada.

En ese sentido, para esta Sala el señor Luis Fernando Ruiz sí incurrió en el delito de falsedad en documento privado, contenido en el Artículo 289 del Código Penal.

4.1.2 Segundo subproblema.

¿Se vulneró el derecho de defensa al demandante por no haberse decretado y practicado un dictamen pericial que demostrara la falsedad en los documentos privados, aportados por el demandante, con el fin de que la entidad demandada le otorgara un beneficio económico al cual no tenía derecho?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: no se vulneró el derecho a la defensa por cuanto (1) el demandante no solicitó en la actuación disciplinaria el dictamen pericial y (2) la falsedad de los documentos privados se acreditó con otras pruebas.

Para desarrollar este problema se hará una exposición de los siguientes temas:

- Debido proceso disciplinario (4.1.2.1).
- El sistema de la sana crítica (4.1.2.2).
- Caso concreto (4.1.2.3).

4.1.2.1 Debido proceso disciplinario.

El debido proceso es un derecho de rango superior que busca la protección de las garantías que instituye el ordenamiento jurídico a favor de quienes se ven llamados a hacer parte de una actuación judicial o administrativa. En efecto, el proceso disciplinario es un trámite de naturaleza administrativa, por lo que las partes que en él intervienen se encuentran provistas de tales amparos a lo largo de todas sus etapas.

Al respecto, es pertinente señalar que el derecho al debido proceso goza de una naturaleza dual, la cual se manifiesta en una perspectiva formal y otra, material. La primera se refiere a las ritualidades legalmente establecidas, como lo son las etapas que deben surtir, los términos que han de cumplirse, las oportunidades de actuación procesal, entre otras. Por otro lado, su dimensión material alude a las garantías sustanciales en las que se proyectan esas formalidades, entre las cuales pueden destacarse el principio de publicidad, la doble instancia, la contradicción, la presunción de inocencia, la imparcialidad, el *non bis in idem*, y el derecho a la prueba, entre muchas otras.

Con base en esa distinción, es plausible aseverar que no toda violación a la dimensión formal del debido proceso debe traducirse inexorablemente en la anulación de la actuación procesal afectada, pues, para tales efectos, será necesario que aquella transgresión se proyecte en la esfera material de protección de aquel derecho.

En armonía con ello, se ha sostenido en cuanto a las irregularidades procesales que, para que puedan afectar la validez de lo actuado en el procedimiento disciplinario, tienen que ser determinantes, de manera que cuando se resguardan las garantías sustanciales con que cuentan los disciplinados para ejercer su derecho de defensa, los yerros procesales de menor entidad no pueden aducirse a efectos de anular el acto administrativo sancionatorio.

Sobre tal aspecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

[...] no toda irregularidad se puede calificar como violación al debido proceso, sino que éste se afecta cuando hay privación o limitación del derecho de defensa, que se produce en virtud de concretos actos de los órganos jurisdiccionales que entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en que se ventilan intereses al sujeto, respecto de los cuales las decisiones judiciales han de suponer modificación de una situación jurídica individualizada. Si bien es cierto "toda clase de actuaciones judiciales", pueden acarrear una violación al debido proceso, la connotación constitucional se da si alguna de las partes es ubicada en tal condición de indefensión que afectaría el orden justo, violándolo ostensiblemente [...]²⁹

En efecto, este postulado es coherente con el llamado principio de trascendencia que consagra el Artículo 310, numeral 1, de la Ley 600 de 2000, aplicable al proceso disciplinario en virtud del Artículo 143 de la Ley 734 de 2002, que en su parágrafo dispone la incorporación de los principios que, en materia penal, orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación.

La anterior norma señala sobre el principio en cuestión que «[...] Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento [...]»³⁰. Igualmente, ese mismo precepto normativo indica que «no puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica».

4.1.2.2 El sistema de la sana crítica.

Al momento de la valoración probatoria, las autoridades disciplinarias deben ceñirse a lo establecido en el Artículo 141 de la Ley 734 de 2002, norma que indica que las pruebas se apreciarán conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no existe una tarifa legal para decir cuál es la forma de acreditar o desvirtuar ciertos hechos o circunstancias, por cuanto el convencimiento debe someterse a la objetividad y a la racionalidad, sin que ello implique la utilización de excesivos formalismos y fórmulas sacramentales.

En ese sentido, la sana crítica está edificada con los criterios de la lógica, el uso de la ciencia y de la técnica, y las reglas de la experiencia. Respecto de la lógica, podemos destacar el principio de no contradicción y el de razón suficiente. En cuanto a la ciencia y la técnica, ello está asociado con las opiniones, estudios y dictámenes de los expertos en determinadas materias. A su vez, las reglas de la experiencia pueden ser individuales y colectivas, como también pueden ser construidas por conocimientos públicos y privados.³¹ Una regla de la experiencia plena es la que tiene en cuenta tanto lo colectivo como lo público.³² Estas pueden acreditarse por cualquier fuente de conocimiento, sin que sea necesario una prueba o cierta formalidad.³³

En esas condiciones, las autoridades disciplinarias no siempre quedarán atadas a los dictámenes que elaboran los expertos, pues este es apenas uno de los tres criterios que ofrece el sistema adoptado por la ley. Por tanto, los razonamientos probatorios pueden apoyarse en otros medios de convicción que objetiva y certeramente lo lleven a afirmar que algunos hechos sucedieron de determinada forma. Así las cosas, una adecuada valoración probatoria estará sustentada en las amplias posibilidades para formarse el convencimiento sobre algo que ocurrió, cuyo único límite será el de aplicar correctamente los principios de la sana crítica.

4.1.2.3 Caso concreto

Esta Subsección considera acertadas las razones ofrecidas por la primera instancia y la entidad demandada. En efecto, hay coincidencia en que el demandante no solicitó la prueba pericial alegada, cuando tuvo todas las oportunidades de hacerlo.

No obstante, el punto que más destaca la Sala es que efectivamente la prueba pericial reclamada no era determinante, pues, por un lado, la falsedad de las facturas fue suficientemente demostrada con las declaraciones de las personas que pertenecían a los establecimientos comerciales y con los otros documentos que demostraron que el señor Luis Fernando Ruiz y sus hijos no hicieron los cursos en que apoyaron la solicitud irregular de los beneficios económicos. Ello es un asunto que descansa en los principios de no contradicción y de razón suficiente, en la medida en que, si está demostrada la ausencia de cursos del demandante y sus beneficiarios, la conclusión obvia es la falsedad de los documentos aportados que pretendían demostrar exactamente lo contrario.

Por el otro, como quiera que no solo está demostrada la falsedad material en documento privado sino también la ideológica, la prueba conducente para probar dicho hecho no es el dictamen pericial, pues esta prueba únicamente puede demostrar tachas, adulteraciones, enmendaduras y cosas similares a través de un cotejo entre documentos, o advertir que determinadas firmas no son reales por medio de comparaciones, pero nunca un contenido que ideológicamente no corresponde a la realidad.

Por las anteriores razones, no le asiste razón al demandante, pues no existe evidencia alguna de que las autoridades disciplinarias hayan desconocido el derecho al debido proceso por no haber practicado un dictamen pericial que nunca se solicitó y que, en todo caso, no era relevante.

4.1.3 Tercer subproblema

¿Se acreditaron todos los elementos del tipo objetivo del delito de peculado por apropiación, contenido Artículo en el Artículo 397 del Código Penal, norma que fue atribuida al demandante?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: El juicio de adecuación típica fue correcto, por cuanto el demandante sí cometió la conducta de peculado por apropiación.

Para desarrollar este problema se hará una exposición de los siguientes temas:

- Elementos del tipo objetivo del delito de peculado por apropiación, contenido Artículo en el Artículo 397 del Código Penal (4.1.3.1).

- Consideraciones acerca de la falta gravísima contenida en el numeral 1.º del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002 (4.1.3.2).
- Caso concreto (4.1.1.3).

4.1.3.1 Elementos del tipo objetivo del delito de peculado por apropiación contenido en el Artículo 397 del Código Penal.

El Artículo 397 del Código Penal (Ley 599 de 2000) dispone lo siguiente:

ARTICULO 397. PECULADO POR APROPIACION. <Ver Notas de Vigencia en relación con el Artículo 33 de la Ley 1474 de 2011> <Penas aumentadas por el Artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de [...]

Esta descripción es un poco más compleja que el primer delito imputado al demandante. Por ende, apoyados en la doctrina penal³⁴, los elementos del tipo objetivo³⁵ de este delito son los siguientes:

- Sujeto activo: servidor público, que conforme al Artículo 123 de la Constitución Política de Colombia, puede ser, entre otros, un trabajador del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
- Sujeto pasivo: el Estado.
- Verbo rector: apropiarse, que significa hacer suya una cosa, comportarse frente a ella con ánimo de señor y dueño.
- Objeto jurídico y antijuridicidad material: la administración pública, concretamente su componente denominado instituto real.³⁶
- Objeto material: los bienes muebles o inmuebles del Estado, o de empresas e instituciones en que el Estado tenga parte; los bienes o fondos parafiscales, y en algunos casos los bienes de particulares.
- Ingrediente normativo: cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado «por razón o con ocasión de sus funciones».

Ahora bien, en cuanto al ingrediente normativo referido anteriormente, la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente³⁷:

Sobre los elementos que configuran el tipo objetivo de la conducta en mención, la Sala tiene decantado:

Con relación al elemento objetivo del delito, es necesario recordar que se trata de un ilícito de resultado, doloso, cuya descripción típica exige: i) un sujeto activo calificado, al requerir en el autor la calidad de servidor público, ii) el abuso del cargo o de la función para apropiarse o permitir que otro lo haga de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares, y (iii) *la tenencia o custodia de los bienes por razón o con ocasión de sus funciones*. (CSJ SP, 12 dic. 2012, rad. 38289)

Y en cuanto al ingrediente normativo definido en la expresión «cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones», conviene citar lo que desde antaño la Sala ha venido señalando, y que ahora reitera, en punto de la relación funcional que debe existir entre el servidor público y los bienes objeto material de la conducta en el delito examinado. Así, en CSJ SP, 23 abr. 2008, rad.

23228, dijo:

El tipo básico de peculado por apropiación, consagrado tanto en el Artículo 133 del Código Penal anterior como en el Artículo 397 del actual, contiene un ingrediente normativo, conocido comúnmente como el requisito de la relación funcional, que se refiere a la apropiación de bienes por parte del sujeto activo de la conducta “cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones”.

Es decir, para la realización de este delito, no basta que un servidor público, o una persona que ejerza funciones como tal, se apropie de bienes del Estado, o de bienes o fondos parafiscales, o incluso de bienes particulares, sino que además se necesita que quien lleva a cabo la conducta haya tenido, *en razón de su condición de funcionario, la administración, tenencia o custodia* del objeto material de la misma.

Desde la sentencia de fecha 3 de agosto de 1976, la Sala ha sostenido una línea jurisprudencial en lo que a la configuración de este elemento respecta, *en el sentido de que la relación funcional no se desprende de manera necesaria de las funciones expresamente previstas en una ley, resolución, acuerdo, cláusula o reglamento*, sino que también puede derivarse en aquellos casos en los cuales la disponibilidad del bien haya surgido en virtud de los deberes funcionales que le asisten al agente en una situación determinada.

En efecto, en la providencia en comento, la Corte precisó lo siguiente:

“La expresión utilizada en la definición del peculado, y que dice en razón de sus funciones, hace referencia a las facultades de administrar, guardar y recaudar, etc. No puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone o se hace mal uso; no significa, pues, que tales atribuciones deben estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función.”

[...]

Posteriormente, en la sentencia de 18 de noviembre de 1980, la Corte profundizó en el tema, diferenciando entre formas de disponibilidad de la siguiente manera:

“No está excluido el caso de irregularidad de la posesión, situación que puede tener varios aspectos, por ejemplo, cuando el funcionario es competente para entrar en posesión del bien *pero no se han observado las formas legales que reglamentan esa situación*, o bien cuando el funcionario no es competente para esa posesión pero ésta tiene relación con sus funciones que se determinan enseguida.

[...]

“Doctrinariamente, no es el caso examinar si el funcionario o empleado público ha entrado en posesión de la cosa en virtud de una explícita y concreta facultad que se le haya otorgado por la ley, sino si esta situación se refiere, no de modo ocasional, sino directo, al cargo que desempeña, aun cuando entre sus funciones no estén exactamente las de recaudar, pagar, administrar o guardar el bien o caudal de que se trata”³⁸.

En la actualidad, la Sala no ha variado sustancialmente tal postura, ya que no sólo mantiene la distinción entre los conceptos de disponibilidad jurídica y disponibilidad material³⁹ en el delito de peculado por apropiación, sino que además ha seguido enfatizando que, para efectos de su configuración típica, “la apropiación debe recaer sobre bienes de los que disponga el servidor público por razón de sus funciones, en el entendido de que la relación existente entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta y los bienes oficiales puede no ser material, sino jurídica, y que esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencia, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional”⁴⁰. (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

[...]

En síntesis, para que se configure la conducta punible examinada se requiere que un servidor público se apropie de bienes del Estado, parafiscales o de particulares y, además, como elemento imprescindible, *que haya asumido la tenencia, custodia o administración del objeto sobre el cual recae la apropiación, por razón o con ocasión de sus funciones, así no le corresponda legalmente tal atribución, bastando que la disponibilidad del bien surja en relación con el «ejercicio de un deber de la función».*

[Negrillas y subrayado, originales. Apartes en negrilla y cursiva, fuera de texto]

A partir de lo referido, la Sala encuentra que el elemento normativo «cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones» tiene las siguientes características:

- Consiste en una relación funcional entre el servidor público y los bienes objeto material de la conducta.
- Dicha relación funcional no se desprende necesariamente de las funciones expresamente previstas en una ley, resolución, acuerdo, cláusula o reglamento, sino que también puede derivarse en aquellos casos en los cuales la disponibilidad del bien haya surgido en virtud de los deberes funcionales que le asisten al agente.
- Las facultades de administrar, guardar y recaudar no pueden entenderse determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función.
- La apropiación del bien por razón o con ocasión de sus funciones no excluye la irregularidad cuando no se han observado las formas legales que reglamentan esa situación.
- La apropiación del bien por razón o con ocasión de sus funciones se refiere al cargo que desempeña, aun cuando entre sus funciones no estén exactamente las de recaudar, pagar, administrar o guardar el bien o caudal de que se trata.
-
- La apropiación del bien debe recaer sobre bienes de los que disponga el servidor público por razón de sus funciones, en el entendido de que la relación existente entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta y los bienes oficiales puede ser tanto material como jurídica. En tal forma, esa disponibilidad no necesariamente se deriva de una asignación de competencia, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional.
-

Todo lo anterior quiere decir que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha efectuado, por un lado, una equivalencia entre el cargo, función y deber funcional, y, por otro, ha considerado que la disponibilidad de los bienes puede ser tanto material como jurídica. Así, por ejemplo, en la sentencia citada anteriormente se dijo, sin ambages, lo siguiente:

En cuanto al tercer elemento, resulta peregrino el argumento de los demandantes, avalado en su concepto por el Procurador Delegado ante esta Corporación, en el sentido que como la misión de los inculcados no estaba dirigida a la búsqueda y hallazgo de caletas, por ello no concurre en su conducta la relación funcional que en el delito de peculado debe existir entre el servidor público y el bien objeto material de la apropiación, puesto que sobre el punto la jurisprudencia de la Sala ha precisado que la *«relación entre el sujeto activo de la conducta y los bienes oficiales de los cuales se apropia, puede ser material o jurídica, y que la disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional»*⁴¹. [...]

Y eso es precisamente lo que se advierte en el asunto de la especie, pues si bien los integrantes de las Compañías «*Buitre*» y «*Demoledor*» del Ejército Nacional, en cumplimiento de la función de defender el orden constitucional, no tenían asignada legal ni reglamentariamente la específica labor «*de hallar o de encontrar dineros de la columna guerrillera*», para citar a la representante de la sociedad, sino de reducir con el uso legítimo de la fuerza al grupo subversivo, no es menos cierto que fue justamente con ocasión del ejercicio de esa función que lograron la disponibilidad material de los bienes –dinero– encontrados en la caleta, de los cuales se apropiaron con quebranto del deber de reportar el hallazgo a sus superiores y custodiarlo mientras se dejaban a disposición de la autoridad competente para que se indagara sobre su procedencia, según el procedimiento indicado en el Sumario de Órdenes Permanentes –S.O.P.–.

[Negrillas y subrayado, originales].

La anterior postura –que no ha tenido variación en la Corte Suprema de Justicia– está fundamentada, en criterio de esta Sala, en una correcta interpretación, pues, además de que se aleja de un punto de vista literal, muy propio del excesivo formalismo, evita con ello verdaderas lagunas de impunidad.

En el derecho disciplinario, por razón de lo ordenado en el numeral 1.º del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002, habrá de asumirse un criterio similar, incluso con un espectro todavía mucho mayor, por las razones que se expondrán a continuación.

4.1.3.2 Consideraciones acerca de la falta gravísima contenida en el numeral 1.º del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

La Ley 734 de 2002 elevó a la categoría de falta disciplinaria gravísima el siguiente comportamiento:

ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2021, por el Artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> Son faltas gravísimas las siguientes:

1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo. [...] [Negrillas fuera de texto].

La doctrina disciplinaria, luego de efectuar la diferencia entre el tipo objetivo y tipo subjetivo, aborda el aspecto normativo que se ha destacado de la siguiente manera⁴²:

El precepto en comento determina que la conducta se debe cometer en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, abusando del mismo, para indicar que es necesario tener en cuenta la relación funcional al momento de hacer la imputación. Ello supone que en la mayoría de los casos el tipo objetivo del delito que constituye materia de investigación como falta en el proceso disciplinario es de aquellos que afecta el bien jurídico de la administración pública o la recta impartición de justicia, empero no necesariamente tiene que ser así, toda vez que la ley entroniza también el concepto de “abuso de cargo”. [...]

La falta se configura a partir de la previa relación funcional, esto es, surge como consecuencia del incumplimiento de las tareas o cometidos oficiales de la entidad en la que labora el disciplinable, o de aquellas que devienen del ejercicio del cargo que se ostenta [...].

El abuso del cargo y el abuso de la función son cosas diferentes. El primero se presenta cuando el servidor público aprovecha de modo indebido su vinculación con una situación concreta que él no está llamado a resolver o ejecutar por razón de sus funciones o cuando utiliza su investidura para cometer atropellos y desviarse de lo que legalmente le corresponde. Habrá abuso de la función cuando el disciplinable desborde o restrinja indebidamente sus límites o la utiliza con fines protervos [...] [Negrillas fuera de texto].

La doctrina de la Procuraduría General de la Nación también se ha referido de forma similar, al explicar lo siguiente⁴³:

Como ya se señaló anteriormente, la falta fue calificada como gravísima, conforme a lo dispuesto en el Artículo 48 numeral 1.º del Código Disciplinario Único, que consagra: «Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón o con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo». Este tipo disciplinario exige: i. que el autor realice una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, razón por la que este tipo disciplinario es considerado en blanco y II. que la comisión del delito tenga una relación con la función o cargo ya sea por:

- Razón de la función.

- Razón del cargo.

- Con ocasión de la función.

- Con ocasión del cargo.

- Como consecuencia de la función.

- Como consecuencia del cargo y

- Abusando del cargo.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que, aunque por regla general, los tipos disciplinarios son de mera conducta, en el caso del numeral 1.º del Artículo 48 del Código Disciplinario Único la configuración del tipo está supeditada a la característica de la conducta penal, que puede ser de mera conducta o de resultado. Según la doctrina los tipos:

Son de mera conducta, de pura acción o de pura actividad, cuando la descripción se agota en una acción del autor que no requiere la producción de un resultado en el mundo exterior que sea separable espacio—temporalmente [...] En este caso, el legislador ha valorado de manera negativa la conducta (desvalor de acción), con independencia del resultado que se produzca.

En segundo lugar, se toma en cuenta los tipos de resultado, es decir aquellos en los cuales el codificador describe una determinada acción, a la que le sigue la producción de un cierto resultado fenoménico"

Las faltas de mera conducta corresponderían entonces a aquellas en donde es suficiente, para su imputación, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, que implicaría, para el derecho disciplinario, la infracción a un deber o a una prohibición proveniente de la función o del cargo. [...]

En las faltas de resultado se exige que, además de la acción que crea un riesgo jurídicamente desaprobado, exista una producción fenoménica que tenga una relación de causalidad y un vínculo de imputación objetiva con la acción. En estos casos para poder hacer el reproche disciplinario es necesario que el resultado tenga relación con la infracción al deber o a la prohibición proveniente de la función o del cargo, por tanto la falta se daría como consecuencia de la función o cargo.

Ahora bien, en cuanto a la distinción entre el cargo y la función la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

ABUSO DEL CARGO. Cuando se aprovecha esa sola coyuntura en forma indebida por no estar el asunto que se trata sujeto a la decisión del empleado o funcionario público [...] Lo reprochado es el uso indebido e ilegítimo del cargo público y el poder intimidatorio generado por esa investidura en el ciudadano"

Y en otro pronunciamiento señaló:

Se abusa de la función cuando se desbordan y restringen indebidamente sus límites o se utiliza con fines protervos; y se abusa del cargo cuando se aprovecha de modo indebido la vinculación que éste puede tener con una situación concreta, que el empleado no está llamado a resolver o ejecutar por razón de sus funciones [...]

Bajo este concreto entendimiento, cuando se reprime una conducta relacionada con el cargo, se cuestiona la indebida utilización de su vinculación o nexo con la entidad, que lo convierte en servidor público en el marco de las relaciones especiales de sujeción con el Estado y el aprovechamiento de ese nexo que facilita en una situación concreta, la incursión en la falta disciplinaria. En este evento en nada incide el ejercicio de las funciones o sus competencias legales o reglamentarias. [Negrillas fuera de texto].

Por su parte, la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de la norma en comento, señaló lo siguiente⁴⁴:

[...] además, en materia de tipicidad la descripción de la conducta señalada en la legislación penal⁴⁵ no atiende a los mismos parámetros de aquella descrita por la legislación disciplinaria⁴⁶, pues en ésta última el operador jurídico cuenta con un margen mayor de apreciación, por cuanto se trata de proteger un bien jurídico que, como la buena marcha, la buena imagen y el prestigio de la administración pública, permite al "juez disciplinario" apreciar una conducta y valorar las pruebas con criterio jurídico distinto al empleado por el funcionario judicial, tendiendo en cuenta, además, que en el proceso disciplinario se interpreta y aplica una norma administrativa de carácter ético. [Negrillas fuera de texto].

La falta disciplinaria gravísima aquí referida corresponde propiamente a un tipo abierto, la cual, conforme al recuento doctrinal y jurisprudencial, tiene las siguientes características:

- Consiste en la realización objetiva de una descripción típica, es decir, que se configuren los elementos del tipo objetivo.

- Esa descripción típica debe estar en la ley penal como un delito sancionable a título de dolo.

- Esa falta puede ser cometida en cualquiera de las siguientes posibilidades: 1) Razón de la función; 2) Razón del cargo; 3) Con ocasión de la función; 4) Con ocasión del cargo; 5) Como consecuencia de la función; 6) Como consecuencia del cargo; o 7) abusando del cargo. Es decir, en materia disciplinaria el ámbito de reproche es mucho mayor que en el derecho penal, pues en aquel son siete eventos, mientras que en este la conducta se circunscribe a haberla realizado por razón o con ocasión de sus funciones.

- Si el delito es de mera conducta, bastará acreditarse la infracción del deber funcional. En cambio, si es de resultado, se necesitará además que el resultado tenga relación con la infracción al deber o a la prohibición proveniente de la función o del cargo.

En ese orden de ideas, para imputar el delito de peculado de apropiación como constitutivo de la falta disciplinaria contenida en el numeral 1.º del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002 se necesita lo siguiente:

1. Sea cometido por un servidor público.

2. Que haya una apropiación de los bienes del Estado.

3. Que la administración, tenencia o custodia se le haya confiado al servidor «por razón o con ocasión de sus funciones»; es decir, en cualquiera de las siguientes posibilidades: 1) En razón de la función; 2) En razón del cargo; 3) Con ocasión de la función; 4) Con ocasión del cargo; 5) Como consecuencia de la función; 6) Como consecuencia del cargo; o 7) abusando del cargo.

4. Adicionalmente, el elemento «por razón o con ocasión de sus funciones», precisado anteriormente, equivale a todo aquello que esté relacionado con el cargo, vinculación o relación funcional entre el servidor y la entidad, sin que ello se circunscriba a las actividades o funciones que propiamente desarrolla en virtud de una ley, resolución, acuerdo, cláusula o reglamento, sino que dicha situación puede derivarse de una irregularidad por no observarse las formas legales que reglamentan la situación.

4.1.3.3 Caso concreto.

Los actos administrativos disciplinarios que fueron demandados afirmaron que la conducta de peculado por apropiación sí se cometió por parte del señor Luis Fernando Ruiz, pues (1) El demandante tenía el compromiso de cumplir con el reglamento de los beneficios económicos; (2) Los dineros debían ser destinados al objeto definido en la solicitud del servicio; (3) Si el beneficiario no hacía uso del beneficio económico o no asistía al programa sin justa causa, debía reintegrar los dineros a la entidad; (4) El señor Luis Fernando Ruiz se apropió de un valor total de \$3'480.000⁴⁷; y (5) Los dineros recibidos por parte del demandante sí tuvieron relación con el cargo y la función, pues aquel era un trabajador oficial y solo en virtud de dicha calidad pudo recibirlos.

El demandante, por su parte, afirmó que el señor Luis Fernando Ruiz no tenía dentro de sus funciones administrar dinero o recaudar recursos públicos, aspecto que según él era un elemento esencial del tipo; que no ejercía funciones públicas como trabajador oficial de UNE EPM y que la conducta no tenía relación intrínseca o conexidad directa con el servicio público.

Así las cosas, esta Sala no comparte el argumento del demandante. En efecto, es cierto que el señor Luis Fernando Ruiz no tenía dentro de sus funciones administrar dinero o recaudar recursos públicos, pero también lo es que aquel no podía aprovecharse de su relación funcional y laboral para obtener de manera irregular unos dineros. De manera concreta, una vez abusó de su cargo y de sus funciones, obtuvo los beneficios a los cuales no tenía derecho, por lo que dicha falta fue cometida como consecuencia del cargo y de la función y abusando de ellos. Igualmente, es cierto que el demandante tampoco ejercía funciones públicas en estricto sentido, pero como trabajador del Estado sí estaba vinculado a los deberes funcionales que su cargo o actividad con UNE EPM TELECOMUNICACIONES S. A. le imponía.

La tesis del demandante es que como formalmente el señor Luis Fernando Ruiz no cumplía funciones de administrar o recaudar dineros entonces no cometió la conducta de peculado por apropiación. No obstante, ese no es el sentido correcto de la norma, pues basta que el sujeto se haya aprovechado de su relación funcional, bien sea proveniente de su cargo o de sus funciones, para haberse apropiado de los dineros. Incluso, como también lo enseña la jurisprudencia, este delito también se comete cuando la apropiación se da al no observarse las normas que reglamentan la respectiva situación y cuando, en todo caso, la disponibilidad de los bienes es solamente material y no jurídica.

En tal forma, lo anterior fue lo que precisamente sucedió, pues la irregularidad también consistió en que el demandante no solo presentó facturas falsas para apropiarse del dinero, sino que incumplió deliberadamente la regulación expedida por la entidad y de forma adicional los montos apropiados no fueron devueltos.

En ese orden de ideas, todos los elementos del tipo objetivo del delito de peculado por apropiación y los requisitos contenidos en el numeral 1.º del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002 se cumplieron, aspectos que fueron explicados de forma suficiente por los actos administrativos demandados, razón por la cual las pretensiones del demandante por la vía del recurso de apelación no están llamadas a prosperar.

Conclusión: el juicio de adecuación típica en el proceso disciplinario adelantado contra el demandante por parte UNE EPM TELECOMUNICACIONES S. A fue correcto, por cuanto el señor Luis Fernando Ruiz cometió los delitos de falsedad en documento privado (Artículo 289 del C. P.) y peculado por apropiación (Artículo 397 del C. P.), razón por la cual sí realizó la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 1.º del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

4.2 Segundo problema

¿Se demostró la ilicitud sustancial en la conducta cometida por el demandante Luis Fernando Ruiz?

La Sala sostendrá la siguiente tesis:

Sí se demostró la ilicitud sustancial en la conducta cometida por el señor Luis Fernando Ruiz, por la falta descrita en el numeral 1.º del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Para desarrollar este problema se hará una exposición de los siguientes temas:

- La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario y su explicación frente a la falta gravísima contenida en el numeral 1.º del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002 (4.2.1).
- Caso concreto (4.2.2).

4.2.1 La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario y su explicación frente a la falta gravísima contenida en el numeral 1.º del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

La antijuridicidad o ilicitud en el derecho disciplinario no se limita a la sola adecuación típica de la conducta, pues no basta que el actuar del servidor público encaje dentro del tipo disciplinario descrito en la ley (antijuridicidad formal), ya que tal consideración implicaría responsabilizar a un individuo por el solo incumplimiento formal de una norma.

Ahora bien, para que se configure una infracción disciplinaria no se exige un resultado lesivo o dañino al Estado, sino que se conforma con la existencia del quebrantamiento sustancial de los deberes funcionales encargados al servidor público que afecten la consecución de los fines del Estado.

Sobre el particular la jurisprudencia de esta Sección ha expresado:⁴⁸

[...] Por su parte la antijuridicidad es descrita por la norma disciplinaria como la ilicitud sustancial que se traduce en una afectación del deber funcional sin justificación alguna⁴⁹, es decir, este elemento a diferencia del derecho penal⁵⁰ al cual hace referencia la demandante en su acusación no responde a la gravedad del daño producido, motivo por el cual, el sujeto disciplinable solo se excusaría cuando su conducta no sea antijurídica, a saber, en la medida en que la ilicitud no sea sustancial o tenga una justificación válida para haberla cometido, para lo cual, deben revisarse las causales de exclusión de responsabilidad [...].

En este sentido y atendiendo a la jurisprudencia de esta Sala⁵¹, se tiene además que, de conformidad con el Artículo 5º del Código Disciplinario Único la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna. Este mandato legal consagra, en criterio del Consejo de Estado, la específica noción de antijuridicidad que caracteriza al derecho disciplinario y le diferencia del derecho penal, a saber, que la antijuridicidad en el derecho disciplinario no se basa en un daño a un bien jurídico protegido, sino en el incumplimiento de los deberes funcionales del servicio público [...] (Resaltado fuera de texto).

Así las cosas, se puede afirmar que el derecho disciplinario no exige, para que se configure una infracción disciplinaria, que la conducta desplegada por el servidor público o el particular que cumpla funciones públicas genere un resultado, esto es, cause un daño al Estado. Por tanto, en principio, bastaría con que el servidor público quebrante los deberes para que pueda afirmarse que se incurrió en un actuar

disciplinable.

De manera que en el concepto de ilicitud sustancial están descartados los elementos conceptuales referidos a daños, resultados lesivos y aquellos que dependan del principio de lesividad y el concepto de antijuridicidad material, categorías y conceptos propios del derecho penal.

La postura que asocia o equipara la antijuridicidad del derecho penal con la ilicitud sustancial en el derecho disciplinario ha sido recientemente descartada por la jurisprudencia de esta Subsección, aspecto sobre el cual se ha dicho lo siguiente⁵²:

[...] esta Subsección considera que efectivamente la decisión que tiene fuerza vinculante respecto del concepto de ilicitud sustancial es la sentencia C-948 de 2002, por cuanto dicha providencia fue la que analizó la constitucionalidad del Artículo 5 de la Ley 734 de 2002. En dicho pronunciamiento se descartó la aplicación del principio de lesividad y se dijo que el objeto de protección no era un bien jurídico. A su turno, la sentencia C-818 de 2005 se pronunció únicamente respecto de una falta disciplinaria en particular (numeral 31 del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002), providencia en la que, dicho sea de paso, se hizo referencia al principio de lesividad, aspecto que en criterio de esta Sala, al igual que lo precisado por la Corte Constitucional, es incompatible con la naturaleza del derecho disciplinario.

En cuanto a la antijuridicidad en el derecho disciplinario debe indicarse que esta, al igual que en el derecho penal, no se limita a la sola adecuación típica de la conducta, esto es, para su configuración no basta que el actuar del servidor público encaje dentro del tipo disciplinario descrito en la ley (antijuridicidad formal), ya que tal consideración implicaría la viabilidad para responsabilizar objetivamente a un individuo por el solo incumplimiento formal de una norma.

Aunque coinciden el derecho disciplinario y el derecho penal en esta apreciación, no es así cuando se trata de analizar el otro componente de la antijuridicidad que sí contempla el segundo, denominado «antijuridicidad material». Este no está concebido en el primero, en la medida en que para que se configure una infracción disciplinaria no exige un resultado lesivo o dañino al Estado, sino que se conforma con la existencia del quebrantamiento sustancial de los deberes funcionales encargados al servidor público que afecten la consecución de los fines del Estado. [Negrilla fuera de texto].

Por otro lado, en anteriores oportunidades⁵³, esta Subsección se ha referido a lo que se entiende por la expresión «sustancial»⁵⁴:

1. adj. Perteneciente o relativo a la sustancia. *Esta definición es sustancial, no accidental.*
2. adj. Importante o esencial. *En lo sustancial estamos de acuerdo.*
3. adj. **sustancioso** (|| rico en valor nutritivo).

Por su parte, *sustancia* se define así⁵⁵:

[...]

2. f. Parte esencial o más importante de algo. No traicionaba la sustancia del pacto firmado.
3. f. Conjunto de características permanentes e invariables que constituyen la naturaleza de algo. La palabra democracia está perdiendo su propia sustancia histórica.

4. f. Valor, importancia o utilidad de algo. Un discurso con poca sustancia.

[...]

De las definiciones señaladas se puede extraer que la referencia a lo sustancial en relación con la ilicitud significa que la infracción del deber funcional debe tener cierta relevancia, importancia o esencialidad frente a los fines del Estado, la satisfacción del interés general y los principios de la función pública.

En términos generales, lo anterior quiere decir que la actuación u omisión del servidor público violatoria de sus deberes, esto es, contraria a derecho (ilicitud), debe desembocar en una real y efectiva afectación del buen funcionamiento del Estado y por tanto del servicio público⁵⁶ (sustancialidad) y en esa medida puede decirse, pese a que la ley no lo mencionó de este modo, que cuando estas dos características confluyen se está en presencia de una «antijuridicidad sustancial», requisito indispensable para que pueda afirmarse que se configuró una conducta disciplinaria susceptible de ser sancionada.

Esta figura, derivada del análisis doctrinal y jurisprudencial, permite establecer las pautas de interpretación del Artículo 5 de la Ley 734 de 2002 y, por ende, sirve para entender en qué casos una conducta desplegada por un servidor público puede ser objeto de sanción por el derecho disciplinario y en cuales no, al circunscribirla a aquellas infracciones al deber funcional que tengan cierta entidad o sustancialidad o que afecten de manera relevante la función pública.

Así, se dejan de lado aquellos comportamientos que, aun cuando encajen dentro del tipo disciplinario, no tienen una trascendencia tal en relación con la buena marcha de la función pública, el cumplimiento de los fines y funciones del Estado y el interés general, aspectos que son precisamente el propósito que persiguen las normas disciplinarias.

Sobre la ilicitud sustancial que trae consigo el Artículo 5 del Código Disciplinario Único, la doctrina ha manifestado⁵⁷:

[...] la antijuridicidad, o mejor la ilicitud, en derecho disciplinario no puede ser entendida como mera contradicción de la conducta de la norma; eso sería tanto como pregonar la exigencia del deber por el deber mismo. Pero el camino correcto para ello no es hablar de antijuridicidad material, pues ello es propio del derecho penal. La antijuridicidad sustancial es un término genérico que cobija las especies de antijuridicidad material e ilicitud sustancial. La primera como se dijo, aplicable al derecho penal, y la segunda al derecho disciplinario. La antijuridicidad sustancial es el término correcto para denominar el fenómeno propio del derecho disciplinario. Presupone como objeto de protección del derecho disciplinario el deber, pero en términos funcionales. Por ello el Artículo 5.º de la Ley 734 de 2002 habla del “deber funcional”, y define la “ilicitud sustancial” como la afectación de aquel sin justificación alguna. Es presupuesto de la ilicitud sustancial merecedora de reproche el que se “afecte sustancialmente los deberes funcionales” [...] (Negrita fuera de texto).

En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado especificó que el «deber funcional» se encuentra integrado por⁵⁸:

[...] (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 [...]

Otro sector de la doctrina precisó que⁵⁹:

[...] De conformidad con lo contemplado en el Artículo 5 de la Ley 734 de 2002 lo que constituye falta disciplinaria es la realización de aquella conducta que infrinja el deber funcional de manera sustancial. De ahí que no constituye falta disciplinaria la infracción al deber por el deber mismo. No todo desconocimiento del deber implica ya un ilícito disciplinario, es necesario que la conducta entre en interferencia con la función afectando los principios y las bases en las que se asienta. De ahí que es menester que en cada caso en concreto se determine de qué forma el

incumplimiento del deber acarreó la afectación de la función [...] (Negrita fuera de texto).

Se resalta, igualmente, lo dicho por Pinzón Navarrete⁶⁰:

[...] Toda falta disciplinaria, cualquiera que ella sea, lleva implícito el desconocimiento del deber funcional. Es decir, si se incumple un deber, se infringe el deber funcional; si se incurre en una prohibición, se infringe el deber funcional; si hay extralimitación de un derecho, se infringe el deber funcional; si hay extralimitación de un derecho, se infringe el deber funcional; si hay extralimitación de una función, se infringe el deber funcional; y si se incurre en cualquier comportamiento previsto por el legislador como falta, se infringe el deber funcional.

Es por eso que también debe tenerse en cuenta que en las descripciones efectuadas por el legislador en el Artículo 48 del Código Disciplinario Único como faltas disciplinarias gravísimas, la categoría del deber funcional se encuentra igualmente inmersa en el tipo disciplinario, pues la realización de cualquiera de dichas conductas señaladas taxativamente implica, al mismo tiempo, el desconocimiento del deber funcional que le asiste a los servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas⁶¹.

[...] Puede decirse que todo incumplimiento del manual de funciones conlleva la afectación del deber funcional, pero no toda afectación del deber funcional siempre tiene que ver con las funciones establecidas en los respectivos manuales [...] (Negrita fuera de texto).

Por su parte, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura señaló⁶²:

[...] En el caso de los regímenes disciplinarios, no aparece consagrado el principio de la antijuridicidad material, ya que pugna abiertamente con su naturaleza, habida consideración a que su fin no es la protección de bienes jurídicos, por lo que no importa establecer la lesión o puesta en peligro efectiva a los mismos, sino el grado de afectación de los deberes funcionales, es por eso que la Ley 734 de 2002 trae consigo el concepto de "ilicitud sustancial" para referirse a la antijuridicidad, que es de carácter sustancial y se conecta a la afectación de deberes y no de bienes jurídicos [...]

A su vez, la Procuraduría General de la Nación también siguió esta línea al afirmar que⁶³:

[...] En el orden precedente y desde un referente de justicia, la *sustancialidad* de la ilicitud se determinará cuando se compruebe que se ha prescindido del deber exigible al disciplinado en tanto implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, entendiéndose por tal la *antijuridicidad sustancial* del comportamiento [...]

Citando nuevamente a esta Corporación, múltiples han sido las providencias que también acogieron esta postura⁶⁴, dentro de las cuales se afirmó:

[...] En este sentido y atendiendo a la jurisprudencia de esta Sala, se tiene además que, de conformidad con el Artículo 5 del Código Disciplinario Único la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna. Este mandato legal consagra, en criterio del Consejo de Estado, la específica noción de antijuridicidad que caracteriza al derecho disciplinario y le diferencia del derecho penal, a saber, que la antijuridicidad en el derecho disciplinario no se basa en un daño a un bien jurídico protegido, sino en el incumplimiento de los deberes funcionales del servicio público [...]

Los anteriores pronunciamientos recogen la posición jurídica asumida por la Corte Constitucional en la sentencia C-948 de 2002, en la cual efectuó el estudio de constitucionalidad del Artículo 5.º del Código Disciplinario Único. En dicha oportunidad el alto Tribunal expresó⁶⁵:

[...] Para la Corte, como se desprende de las consideraciones preliminares que se hicieron en relación con la especificidad del derecho

disciplinario, resulta claro que dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones. En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública.

El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad (sic) de la conducta.

Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria.

Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por sí misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines [...] (Negrita fuera de texto).

De acuerdo con lo expuesto, la autoridad disciplinaria debe evaluar, para efectos de determinar si se está en presencia de una falta disciplinaria, si el proceder del servidor público, además de desconocer formalmente el deber (juicio deontológico), lo infringió de manera sustancial, es decir, si atentó contra el buen funcionamiento del Estado, el interés general o los principios de la función administrativa y en consecuencia afectó la consecución de sus fines (juicio axiológico)⁶⁶. En otros términos, debe verificar la sustancialidad de la ilicitud.

Ahora bien, la doctrina, específicamente en lo que se refiere a la ilicitud sustancial cuando la falta consista en la realización de una descripción típica penal (numeral 1.º del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002, ha destacado lo siguiente⁶⁷:

[...] cuando se trate de faltas disciplinarias que consistan en la realización de una conducta típica descrita en la ley penal y se acredite el requisito del bien jurídico de la norma penal traída a colación, la conducta siempre será sustancialmente ilícita, pues demostrados la concusión, el cohecho o el prevaricato, por ejemplo, o la muerte, lesiones personales, el acceso carnal, la estafa, la falsedad de documentos, el incendio, la propagación de epidemia, el estreñimiento al sufragante, el fraude a resolución judicial, el menoscabo de la integridad nacional o la rebelión, entre muchos otros, conductas estas últimas que desde luego tengan relación con el cargo, función o servicio (en los tres primeros ejemplos está condición se sobrentiende), se considerará que ese comportamiento corresponde con una afectación —de mucha intensidad, por cierto— del deber funcional. En dichos eventos, cumplida la tipicidad, estará acreditada la ilicitud como componente o requisito de la responsabilidad disciplinaria. [Negrillas fuera de texto].

En ese orden de ideas, para acreditarse la ilicitud sustancial en conductas que consistan en la falta gravísima descrita en el numeral 1.º del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002, (1) No se requiere de ningún resultado dañino o lesivo o de ponerse en peligro la función pública; (2) No es necesario acudir a conceptos propios del derecho penal, como la antijuridicidad material o el principio de lesividad; y (3) Es suficiente con la comprobación de la realización de la conducta típica penal, pues en dichos comportamientos se afecta de forma intensa el deber funcional.

4.2.4 Caso concreto

En el proceso disciplinario adelantado por UNE EPM TELECOMUNICACIONES S. A. se demostró que el señor Luis Fernando Ruiz cometió dos conductas penales: falsedad en documento privado y peculado por apropiación. Ambos delitos fueron imputados de forma adecuada, razón por la cual la tipicidad disciplinaria, conforme a lo establecido en el numeral 1.º del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002, fue acreditada correctamente.

En cuanto a la ilicitud sustancial, el demandante afirmó que no veía cómo las faltas por las que fue sancionado el señor Luis Fernando Ruiz afectaron o pusieron en peligro la función pública; que no hubo afectación del deber funcional y que no se tuvo en cuenta la antijuridicidad

material.

De esa manera, esta Sala encuentra que no le asiste la razón al demandante, pues, por un lado, su argumento lo edificó sobre premisas que no son ciertas, en la medida en que los conceptos referidos a poner en peligro la función pública y la antijuridicidad material son incompatibles con el derecho disciplinario. Por el otro, la afirmación relacionada en cuanto a que no hubo afectación del deber funcional no solo está desprovista de razones jurídicas y probatorias, sino que, por el contrario, las pruebas en que se basaron los actos administrativos sancionatorios son suficientes para considerar acreditada la ilicitud sustancial, como aspecto integrante de la responsabilidad disciplinaria.

En efecto, en el asunto examinado fueron dos conductas delictivas, realizadas con ocasión y como consecuencia de la relación funcional que tenía el señor Luis Fernando Ruiz con la entidad demandada, con el fin de apropiarse de los recursos a los que no tenía derecho. De forma hábil, pero totalmente deshonesto, le hizo creer a la institución a la cual pertenecía que él y sus hijos habían participado en unos cursos a los que nunca asistieron, valiéndose de artificios y engaños que se significaron, incluso, la realización de un delito de falsedad.

Este tipo de conductas, que en materia penal son demasiado graves por afectar los bienes jurídicos de la fe pública y la administración pública, lo son aún más en el derecho disciplinario, sobre todo cuando hay un abuso deliberado y manifiesto del cargo y de las funciones que le compete al servidor público, como el que aquí ocurrió.

Las anteriores razones son suficientes para considerar que el deber funcional que tenía el señor Luis Fernando Ruiz se vio seriamente afectado, pues aquella categoría indica que todo servidor debe abstenerse de cometer cualquier comportamiento previsto por el legislador como falta disciplinaria, mucho más tratándose de una conducta gravísima y que adicionalmente consista en la realización de un delito. En síntesis, con dicho comportamiento, no solo se desconocieron las reglas que debía cumplir el demandante, sino también los principios que inspiran el Estado Social de Derecho.

Por estas razones, los argumentos presentados por el demandante no están llamados a prosperar.

En conclusión: Sí se demostró la ilicitud sustancial en la conducta cometida por el señor Luis Fernando Ruiz, por la falta descrita en el numeral 1.º del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por haberse cometido los delitos de falsedad en documento privado y peculado por apropiación, ambos por con ocasión y como consecuencia de su cargo y funciones.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden, la Subsección confirmará la sentencia apelada, proferida por la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia, que denegó las pretensiones de la demanda.

Condena en costas

Esta Subsección sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA⁶⁸. En aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «subjetivo» -CCA- a uno «objetivo valorativo» -CPACA-.

b) Se concluye que es «objetivo» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de «valorativo» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal [Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura].

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas [incluidas las agencias en derecho], la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁶⁹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso se condenará en costas en segunda instancia a la parte demandante, en la medida en que, conforme el ordinal 3.º del Artículo 365 del CPACA, resultó vencida en el proceso y estas se causaron por la actuación procesal de su contraparte a través de apoderado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección «A», administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Confírmese la sentencia proferida por la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia el 8 de marzo de 2016, que denegó las pretensiones, en el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Luis Fernando Ruiz contra UNE EPM TELECOMUNICACIONES S. A.

Segundo: Se condena en costas de segunda instancia a la parte demandante, por ser la vencida en la controversia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

NOTAS DE PE DE PÁGINA:

1. Sentencia visible en los folios 430-442 del expediente.
2. Folios 246-272, *ibidem*.
3. Folios 4 a 6 del expediente.
4. Folios 376-379 del expediente.
5. La parte demandada solicitó que fuera excluida la supuesta «desviación de poder relacionado con que UNE buscaba reducir su planta de personal». Por ende, el señor magistrado así lo concretó, frente a lo cual las partes y el Ministerio Público estuvieron de acuerdo. Confróntese con la audiencia que se encuentra en el DVD del folio 380 del expediente. Minuto 10 y ss.
6. Folios 430 a 442 del expediente.
7. En estricto sentido, el Tribunal afirmó que el mínimo de la inhabilidad general, según la ley, era de doce años. No obstante, de conformidad con lo establecido en la Ley 734 de 2002, la inhabilidad general oscila entre diez (10) y veinte (20) años.
8. Folios 445 a 453 del expediente.
9. Folios 472 a 483 del expediente.
10. Pese a lo dicho por la abogada de la parte demandada, según el pliego de cargos (folio 149 del anexo n.º 1) y el acto administrativo sancionatorio de primera instancia (anexo n.º 2, sin folio visible, pero que corresponde a la página 120 de dicha decisión) el monto de lo apropiado por parte del señor Luis Fernando Ruiz fue de \$3'480.000. Ahora bien, en la decisión de segunda instancia (anexo n.º 2, sin folio visible, pero que corresponde a la página 76 de dicha decisión), se mencionó por error la suma de \$5.214.920.
11. Folio 484 del expediente.
12. «El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia».
13. Folios 115-163 del anexo 1 del expediente.
14. Folios 702 y ss. del cuaderno anexo n.º 2.
15. Anexo n.º 2 (Folios ilegibles).

16. El monto total de lo apropiado no coincide necesariamente con el valor de las facturas, por cuanto los límites de los beneficios económicos que fueron otorgados. No obstante, así se fijó la imputación fáctica, circunstancia que no afecta la esencialidad de la imputación.

17. En la decisión de segunda instancia (anexo n.º 2, sin folio visible, pero que corresponde a la página 76 de dicha decisión), se mencionó que la suma apropiada fue de \$5.214.920, cuando en el pliego de cargos y la decisión sancionatoria de primera instancia se dijo que fue de \$3'480.000. No obstante, dicha discrepancia es meramente aritmética, pues para el delito de peculado por apropiación el monto de lo imputado es una suma considerable y para el delito de falsedad dicha cuestión es un asunto enteramente irrelevante.

18. C.E., S. Plena, Sent. 11001-03-25-000-2011-00316-00, ago. 9/2016.

19. En derecho penal, toda descripción típica tiene un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo. Este último, considerado como tipo subjetivo, se refiere al dolo, la culpa o preterintención y a los demás elementos anímicos y subjetivos.

20. Al respecto, ver, por ejemplo, el Artículo 286 de la Ley 599 de 2000, que contiene el delito de falsedad ideológica en documento público, mientras que el Artículo 287 desarrolla el delito de falsedad material en documento público.

21. Corte Constitucional, sentencia C-637 de 2009.

22. El texto del Artículo 221 del anterior Código Penal era similar en su estructura al actual Artículo 289.- "Falsedad en documento privado. El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de uno (1) a seis (6) años."

23. Magistrado ponente: Fernando E. Arboleda Ripol.

24. Sentencia citada.

25. MP: Jorge Luis Quintero Milanés.

26. MP: María del Rosario González de Lemos.

27. MP: Javier Zapata Ortiz.

28. Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Penal, auto del 7 de julio de 1981.

29. Sentencia T-267 del 7 de marzo de 2000, Corte Constitucional. En este sentido también puede leerse el auto 029A del 16 de abril de 2002, en el que dicha Corporación sostuvo que: «[...] ha de valorarse si la irregularidad observada tiene la capacidad de alterar de manera grave el proceso, tornándolo en injusto, es decir, violatorio del debido proceso. En consecuencia, sólo cuando además del vicio procesal se vulnera el fin buscado con la norma, ha de dictarse la nulidad de lo actuado. Por el contrario, cuando la irregularidad no impide la realización efectiva de la función o propósito perseguido por el instrumento procesal, no puede endilgarse de injusto e indebido el proceso. De otra parte, el vicio debe ser trascendente; es decir, que de no haberse producido, otra hubiera sido la evolución del proceso. Por ende, si se incurre en una grave irregularidad en un fallo, pero el fallo de reemplazo debe dictarse en el mismo sentido del anterior, a pesar del defecto es improcedente la nulidad por falta de trascendencia del vicio [...]».

30. Ley 610 de 2000, Artículo 310, numeral 2.

31. Coloma Correa, Rodrigo; y Agüero San Juan, Claudio. LÓGICA, CIENCIA Y EXPERIENCIA EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. Revista Chilena de Derecho, vol. 41, n.º 2, pp. 673 - 703. 2014.

32. *Ibidem*.

33. Parra Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Librería ediciones del Profesional LTDA. Décima sexta edición. Bogotá. 2008. Pp. 96 y 97.

34. GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Delitos contra la administración pública. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (Colombia). Año 2008. pp. 217 a 239.

35. En derecho penal, toda descripción típica tiene un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo. Este último, considerado como tipo subjetivo, se refiere al dolo, la culpa o preterintención y a los demás elementos anímicos y subjetivos.

36. La Administración Pública, como bien jurídico objeto de protección en el derecho penal, estaría conformada por cuatro institutos diferentes: 1) instituto personal; 2) Instituto funcional; 3) Instituto jurídico y 4) Instituto real. GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Delitos contra la administración pública. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (Colombia). Año 2008. pp. 65 a 73.

37. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicación n° 45104. Bogotá, 9 de septiembre de 2015.

38. «Sentencia de 18 de noviembre de 1980».

39. «Sentencia de 12 de noviembre de 1997, radicación 9887, reiterada en sentencias de 10 de octubre de 2002, radicación 15938 y de 13 de julio de 2006, radicación 25266, entre otras».

40. «Sentencia de 26 de septiembre de 2007, radicación 22988».

41. CSJ SP, 12 dic. 2012, rad. 38289 y CSJ AP, 23 jul. 2014, rad. 28016; entre otras.

42. SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel; YATE CHINOME, Diomedes y DÍAZ BRIEVA, Álvaro. Derecho disciplinario, parte especial. Estudio sistemático de las faltas gravísimas. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá (Colombia). Año 2009. pp. 18 y 19.

43. fallo de segunda instancia del 3 de noviembre de 2017, del despacho del viceprocurador general de la Nación. Radicación IUS 2015-114687 IUC-D-2014-120-580931.

44. Corte Constitucional. Sentencia C-720 de 2006. Fundamento jurídico n.º 5.1

45. Ley 599 de 2000 -Código Penal, art 10. "TIPICIDAD. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.

En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley”.

46. Ley 734 de 2000 -Código Disciplinario Único-, art. 4o. “*LEGALIDAD*. El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”.

47. En la decisión de segunda instancia (anexo n.º 2, sin folio visible, pero que corresponde a la página 76 de dicha decisión), se mencionó que la suma apropiada fue de \$5.214.920, cuando en el pliego de cargos y la decisión sancionatoria de primera instancia se dijo que fue de \$3'480.000.No obstante, dicha diferencia es meramente aritmética, pues para el delito de peculado por apropiación el monto de lo imputado inicialmente es una suma considerable, por lo cual la Sala considera que sí se cometió dicha conducta.

48. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Expediente: 11001-03-25-000-2012-0352-00. Número interno: 1353-2012.Demandante: Ruby Esther Díaz Rondón. Demandado: Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales – DIAN. 16 de abril de 2015.

49. Artículo 5.º del CDU.

50. Ley 599 de 2000, Artículo 11. Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

51. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 2 de mayo de 2013. Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00149-00(1085-2010). Actor: Edgar Ariosto Alvarado González. Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación. Única Instancia – Autoridades Nacionales.

52. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 22 de agosto de 2019. Radicación: 250002342000201402511301 (4785-2015). Demandante: William Orozco Daza. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA)

53. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 11 de abril de 2019. Radicación: 11001-03-25-000-2011-00214-00 (0741-2011). Demandante: GUILLERMO JULIO CHÁVEZ OCAÑA. Demandado: Procuraduría General de la Nación.

54. Real Academia Española. «Diccionario de la lengua española». Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=YpLjVbm>.

55. *Ibidem*. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=Yplehqm>.

56. C.Const. Sent. C-948, nov. 6/2002 y C.E. Sec. Segunda. Subsec. A. Sent. 11001-03-25-000-2012-00167-00 (0728-12), may. 12/2014.

57. Gómez Pavajeau, op. cit, pp. 368-369.

58. C.E. Sec. Segunda, Subsec. A. Sent. 11001-03-25-000-2011-00268-00 (0947-11), may. 12/2014. En el mismo sentido C.Const. Sents. C-712, jul. 5/2001, C- 252, mar. 25/2003 y C-431, may. 6/2004.

59. Sánchez Herrera, Esiquio Manuel. *Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas*. 2.ª edición. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, p. 48.

60. Pinzón Navarrete, John Harvey. *La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario: concepto, evolución y criterios teórico-prácticos para su correcto entendimiento*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2018, pp. 42-44.

61. Despacho del procurador general de la Nación. Fallo de segunda instancia del 11 de enero de 2011. Radicación IUS 2006-277830, IUC 021-151885-06.

62. C.S. de la J., Sala Juris. Disc. Sent. 19971473-01, sep. 6/2003.

63. Citado en Ordoñez Maldonado, Alejandro. *Justicia disciplinaria. De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud*. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2009, p. 28.

64. C.E. Sec. Segunda, Subsec. B. Sents. 11001-03-25-000-2012-00352-00 (1353-2012), abr. 16/2015. Y 11001-03-25-000-2010-00149-00 (1085-2010), may. 2/2013.

65. En el mismo sentido C.Const. Sents. C-373, may. 15/02 y C-452, ago. 24/2016. En esta última la Corte manifestó: «[...] Bajo esta misma línea argumentativa, la sentencia en comento aclara que la antijuridicidad del ilícito disciplinario se concentra en la mencionada infracción del deber funcional [...]» (Negrita fuera del texto).

66. La Corte Constitucional ha señalado que «[...] el Derecho Disciplinario se encamina al juzgamiento de servidores públicos cuando “dichos sujetos desconocen, sin justificación, dichos principios (de la función pública) y las normas que rigen las formas de su comportamiento” (C.Const. Sent. C-430, sep. 4/1997). Esto es, el Derecho Disciplinario demanda sendos juicios acumulativos:

- a. Cuando se contradicen las normas que rigen las formas del comportamiento de los servidores públicos, caso en el cual se da cuenta del juicio deontológico; y
- b. Cuando se desconocen los principios de la función pública, caso en el cual se da cuenta del juicio axiológico.

Si ello fundamenta el ilícito disciplinario, lo contrario fundamenta su exclusión [...]». Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Fundamentos del Derecho Disciplinario colombiano*. 2.ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 134-135.

67. Pinzón Navarrete, John Harvey. *La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario: concepto, evolución y criterios teórico-prácticos para su correcto entendimiento*. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez, 2018, p. 228 y 229.

68. C.E., Sec. Segunda, Subsección A, Sent. 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14), abr. 7/2016.

69. CGP, art. 366. «LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

Fecha y hora de creación: 2024-10-25 15:18:29