Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

PROCESO DISCIPLINARIO / RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA – No depende del daño producido sino de la afectación de la función

[E]n materia disciplinaria, la responsabilidad surge de la comisión de una falta vinculada con la infracción de deberes funcionales del servidor público, de manera que a partir de la redacción del artículo 5º de la Ley 734 de 2002, se le desligó del principio de lesividad que rige en materia penal. Así las cosas, este elemento –ilicitud sustancial- a diferencia de otras disciplinas del ius puniendi –como el derecho penal - no responde a la magnitud o gravedad del daño producido con la conducta, sino a la existencia de la afectación de la función (independiente de si esta afectación es grave o no) y a la existencia o no de justificación para la misma, con base –entre otras- en las causales de justificación preestablecidas por el legislador. (…) De acuerdo con las pruebas practicadas en el proceso disciplinario, se concluye que la conducta del señor Alfredo de Jesús Carrillo Vergara resultó ser sustancialmente ilícita, por no ejercer las funciones de previstas en el Manual de Procedimientos de la Dirección de Extranjería con la debida diligencia y cuidado requeridos por dicho empleo público, en consecuencia, para acreditar el citado elemento estructurante de responsabilidad disciplinaria, la entidad demandada no necesitaba demostrar la causación de daños o perjuicios, sino el desconocimiento de los deberes funcionales, contrario a lo expuesto en la demanda. **NOTA DE RELATORIA:** En cuanto a la orientación de los tipos penales, dirigida al cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que ejerce funciones públicas, ver: C. de E, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 26 de noviembre de 2009, Rad. 52001-23-31-000-2002-01023-02 (0506-2008), M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Referente a la ilicitud sustancial prevista en el artículo 5º del CDU, ver: C. de E, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 2 de octubre de 2020, Rad. 20001-23-33-000-2016-00372-01 (1189-2019), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 - ARTÍCULO 5

PROCESO DISCIPLINARIO / INDAGACIÓN PRELIMINAR – Exceder el término legal no vulnera el debido proceso

[L]a indagación preliminar en el caso de la referencia se prolongó desde el 9 de noviembre de 2005, fecha de su apertura, hasta el 27 de enero de 2010, fecha en la que fue proferido el acto de apertura de la investigación disciplinaria, es decir, que la indagación preliminar en el proceso disciplinario promovido en contra del accionante tuvo una duración de 4 años, 2 meses y 18 días, por lo que se evidencia que si bien en el presente asunto existió exceso en los términos en la etapa aludida, lo cierto es que se cumplió con la finalidad de dicha etapa del proceso disciplinario prevista en el artículo 150 de la Ley 734 de 2002, pues la autoridad disciplinaria recaudó los elementos probatorios suficientes para determinar si la actuación debía ser archivada o si se requería iniciar investigación disciplinaria, y se pronunció frente a la solicitud de pruebas del entonces investigado y decretó nuevas pruebas que también fueron practicadas. Adicional a lo expuesto, advierte la Corporación, que el exceso del término para el desarrollo de la etapa de indagación preliminar, dicha prolongación en los términos, no constituye por sí sola una irregularidad sustancial en el proceso disciplinario, con capacidad de vulnerar el debido proceso administrativo y variar el sentido de la decisión en caso que se hubiera aplicado con estricta observancia; por lo tanto, tal dilación no generaría causal de nulidad en el proceso disciplinario materia de análisis, por lo que el argumento objeto de estudio en el presente acápite no tiene méritos de prosperidad, tal como lo ha expuesto de manera pacífica la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación. **NOTA DE**

RELATORIA: En cuanto a las prerrogativas por las que está constituido al debido proceso administrativo, ver: Corte Constitucional, sentencia C-980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Frente a la no configuración de una irregularidad sustancial en el proceso disciplinario por el exceso del término para el desarrollo de la etapa de indagación preliminar, ver: C. d E, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 11 de julio de 2019, Rad. 19001-23-33-000-2015-00069-01(2089-17), M.P. Gabriel Valbuena Hernández.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 29 / LEY 734 DE 2002 - ARTÍCULO 150

PROCESO DISCIPLINARIO / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA – No configuración

[L]a autoridad disciplinaria dentro del plazo de los 5 años establecido en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002 debe imponer la sanción, lo cual de acuerdo con la jurisprudencia unificada, reiterada y vigente del Consejo de Estado consiste solo en expedir y notificar el fallo disciplinario principal, a saber el de primera o única instancia, y no el que resuelve los recursos interpuestos contra estos. Expuesto lo anterior, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente el término de 5 años de la prescripción de la acción disciplinaria inició el 15 de julio de 2005, por tratarse de una conducta instantánea acaecida cuando el accionante le entregó al ciudadano extranjero Jean Nicca Jr. una prórroga de 30 días de permiso de ingreso en nuestro país.Ahora bien, el fallo disciplinario de primera instancia fue expedido por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal el 6 de julio de 2010, notificado personalmente a la apoderada del disciplinado el 8 de julio de 2010, esto es, dentro del término de la prescripción de la acción disciplinaria. **NOTA DE RELATORIA:** En cuanto a la figura de la prescripción de la acción disciplinaria consagrada en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, ver: C. de E, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 30 de junio de 2016. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Rad.11001 03 25 000 2011 00170 00 (0583-11). Referente al mismo tema, ver: C. de E, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación de 29 de septiembre de 2009, Rad.11001-03-15-000-2003-00442-01, M.P. Susana Buitrago Valencia.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 - ARTÍCULO 30 / LEY 200 DE 1995 - ARTÍCULO 34

PROCESO DISCIPLINARIO / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN EN MATERIA DISCIPLINARIA - Cumplimiento

Expuesto lo anterior, observa la Sala que el accionante fue sancionado por la comisión de la falta grave por omitir el cumplimiento del deber previsto en el artículo 34, numeral 1º de la Ley 734 de 2002 , con suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial por el término de 2 meses. (…) [L]a sanción mencionada (…) se encuentra dentro del límite legal establecido para las faltas graves dolosas, incluso se impuso un término mínimo de inhabilidad, conforme el criterio previsto en el numeral 1º, ordinal i) ibídem, atinente al conocimiento de la ilicitud sustancial del disciplinado, pues a pesar de haberse detectado su irregularidad por parte de su jefe inmediato, éste le negó que la firma del documento fuera del actor, actitud a partir de la cual concluyó el administrador el ánimo del demandante de engañar a la administración. Así las cosas, concluye esta Corporación que la sanción disciplinaria impuesta al señor Alfredo de Jesús Carrillo Vergara por el DAS no vulneró el principio de proporcionalidad de la sanción, en consecuencia, el cargo de la violación aquí estudiado tampoco

prospera. (…) En consecuencia por los motivos señalados en esta providencia se negarán las pretensiones de la demanda por la cual se solicitó la nulidad de los fallos disciplinarios de 6 de julio y 23 de agosto de 2010 por proferidos por el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario y el Director del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, a través de los cuales fue sancionado con la suspensión en el ejercicio del cargo por 2 meses, al hallarlo responsable del incumplimiento del artículo 34, numeral 1º de la Ley 734 de 2002.**NOTA DE RELATORIA:** Referente al principio de proporcionalidad de la sanción disciplinaria, ver: C. de E, Sentencia del 26 de marzo de 2014, Rad. 11001-03-25-000-2013 00117-00(0263-13), C.P. Gustavo Gómez Aranguren.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTÍCULO 18 / LEY 734 DE 2002 – ARTÍCULO 44 / LEY 734 DE 2002 – ARTÍCULO 46 / / LEY 734 DE 2002 – ARTÍCULO 34 – NUMERAL 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá, D. C., seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00512-00(1615-14)

Actor: ALFREDO DE JESÚS CARRILLO VERGARA, MARÍA CATALINA VERGARA DE CARRILLO, MARÍA CAMILA CARRILLO GALVIS Y DORIS MERCEDES ORTEGA GALINDO

Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA, COMO SUCESORES PROCESALES DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS-.

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

Trámite: ÚNICA INSTANCIA – DECRETO LEY 01 DE 1984.

Decisión: NIEGA PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

FALLO DE ÚNICA INSTANCIA

Conoce la Sala el expediente de la referencia con informe de la Secretaría[1], surtido el trámite previsto en los artículos 207 a 211 del Código Contencioso

[1] Paso a despacho electrónico de 27 de abril de 2021, visible en el sistema de gestión judicial SAMAI índice 47.

Administrativo[2], para dictar sentencia de única instancia, una vez verificado que no hay irregularidades o vicios de nulidad que sanear.

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda y sus fundamentos

El señor Alfredo de Jesús Carrillo Vergara, quien actúa en nombre propio y en representación de María Camila Carrillo Vergara –*hija menor de edad*-, así como las señoras María Catalina Vergara Alvis -*madre*- y Doris Ortega Galindo -*compañera permanente*-, por conducto de apoderado y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho[3], solicitaron la nulidad de los fallos disciplinarios de 6 de julio[4] y 23 de agosto de 2010[5], proferidos por el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario y el Director del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, a través de los cuales el primero de los demandantes mencionados fue sancionado con suspensión del ejercicio del cargo de Detective Profesional 207-09 e inhabilidad especial, por el término de 2 meses.

Como consecuencia de lo anterior, el demandante solicitó a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad accionada a pagar: **i)** los salarios, primas, bonificaciones, cesantías y demás emolumentos dejados de percibir durante el término de ejecución de la sanción disciplinaria, **ii)** los perjuicios morales en suma de 200 SMLMV -*para Alfredo de Jesús Carrillo Vergara*- y 100 SMLMV -*para María Camila Carrillo Galvis, María Catalina Vergara Alvis y Doris Ortega Galindo*-, **iii)** las agencias en derecho; y **iv)** cumplir la eventual sentencia favorable en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

La Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica, presentada por el apoderado de la parte demandante, así:

Manifestó que al momento de ocurrencia de los hechos objeto de reproche disciplinario -15 de julio de 2005-, el señor Alfredo de Jesús Carrillo Vergara desempeñaba el cargo denominado Detective Profesional 207-09 del Departamento Administrativo de Seguridad adscrito a la Seccional Bolívar, Área de Extranjería.

Señaló que mediante el informe 134 de 20 de octubre de 2005, la funcionaria responsable del Área de Extranjería de la Seccional Bolívar del DAS, puso en conocimiento del Director de la citada entidad, que el 15 de julio de la misma anualidad, el señor Carrillo Vergara concedió a un ciudadano de nacionalidad extranjera una prórroga por 30 días para ingresar al país, sin haber agotado el procedimiento para la expedición de prórrogas de turismo, previsto en el capítulo XII, numeral 13.3 de la Resolución Nº 0799 de 16 de junio de 1999 –*Manual de procedimientos para la Dirección de Extranjería-,* y sin que se fuera cancelado el valor de ese trámite.

Manifestó que en virtud de los supuestos fácticos señalados, la entidad demandada profirió auto de indagación preliminar el 9 de noviembre de 2005 contra el señor Alfredo de Jesús Carrillo Vergara -*notificada personamente el 16*

---

[2] Decreto 01 de 1984. Artículo 207, Auto admisorio de la demanda; Artículo 208. Aclaración o corrección de la demanda; Artículo 209. Período probatorio; Artículo 210. Traslados para alegar; Artículo 211. Registro del proyecto de fallo.
[3] Previsto en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo.
[4] Fallo disciplinario de primera instancia, visible a folios 42 a 58 del cuaderno principal del expediente.
[5] Fallo disciplinario de segunda instancia, visible a folios 75 a 82 del cuaderno principal del expediente.

de noviembre siguiente-; y por medio de auto del 20 de febrero de 2006,[6] la Oficina de Control Disciplinario Interno negó la prueba de polígrafo solicitada por el demandante y decretó de oficio la práctica de un dictamen grafológico al pasaporte del turista estadounidense a quien se le otorgó la citada prórroga, con el fin de establecer si la firma que obraba en ese documento correspondía a la del funcionario investigado. Esta actuación fue notificada personalmente el 6 de marzo del mismo año.

Posteriormente, a través de auto de 27 de enero de 2010, la Jefe de Oficina de Control Disciplinario Interno del DAS ordenó iniciar investigación disciplinaria contra el accionante -*notificada personalmente el 25 de febrero del mismo año*- que concluyó con la expedición del fallo sancionatorio de primera instancia de 6 de julio de 2010, mediante el cual, el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno le impuso correctivo disciplinario consistente en la suspensión en el ejercicio del cargo por 2 meses, e inhabilidad especial por el mismo término, al hallarlo responsable del incumplimiento del artículo 34, numeral 1º de la Ley 734 de 2002[7], lo cual fue considerado como falta grave a título de dolo –*notificado personalmente a la apoderada del actor el 8 del mismo mes y anualidad-.* A través de fallo disciplinario de segunda instancia de 23 de agosto de 2010, el Director del DAS confirmó en su integridad la sanción impuesta.

Normas vulneradas y concepto de la violación. El apoderado del demandante citó como violadas las siguientes disposiciones:

- Constitución Política, artículos 29, 228 y 229.
- Ley 734 de 2002, artículos 30, 97 y 150.
- Código Contencioso Administrativo, artículo 84.

Concepto de violación. El apoderado demandante señaló que, la autoridad demandada vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y la igualdad, al incurrir en las siguientes irregularidades:

- Ausencia de ilicitud sustancial

Sostuvo que los operadores disciplinarios de primera y segunda instancia, al evaluar la conducta del disciplinado, concluyeron que éste atentó contra el deber funcional al otorgar una prórroga de permanencia en territorio nacional de un ciudadano extranjero, sin considerar el principio de lesividad, cuyo carácter es vinculante para todos los operadores jurídicos al estructurar el concepto de violación de manera concreta y específica, requiriéndose al efecto, la materialización de un daño al Estado, situación que no se configuró con la acción del demandante, por ende, tampoco la conducta disciplinaria objeto de reproche.

- Desconocimiento del principio de proporcionalidad

Manifestó que en virtud del principio de proporcionalidad, reconocido por la Corte Constitucional, es obligación de la autoridad disciplinaria señalar si los comportamientos reprochables en materia disciplinaria son excesivos en rigidez frente a la gravedad de la conducta tipificada, máxime si se tiene en cuenta que

---

[6] Folio 63 del expediente – cuaderno de pruebas 3º.
[7] "Artículo 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público:
1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente."

ante la carencia de antijuridicidad no era posible imponer la sanción a través de los actos acusados.

- Vulneración del debido proceso

Sostuvo que se infringieron los artículos 97 y 150 del CDU, los cuales prevén los términos perentorios de 6 meses para la indagación preliminar y 10 días para motivar las decisiones disciplinarias, en este caso, necesario para valorar las pruebas recaudadas durante esta etapa del proceso, por ende, el operador disciplinario erró cuando sostuvo que el lapso señalado no comprende el tiempo necesario para examinar los elementos probatorios recaudados durante el período de indagación, sino únicamente para la recopilación.

Adujo que el anterior argumento se fundamentó en la *ratio decidendi* de la sentencia C-728 del 21 de junio de 2000, la cual utilizó para incurrir en arbitrariedades en el ejercicio de su deber legal, toda vez que entre la etapa de indagación preliminar y la apertura de investigación transcurrió un plazo de irrazonable de 4 años y 2 meses, tal como fue expuesto en el auto de 8 de junio de 2010, aun más cuando la última providencia señalada se profirió para ocultar la inactividad de la autoridad disciplinaria.

Agregó, que la Corte Constitucional al referirse al apartado del artículo 150 del CDU que sujetaba la extensión del término de indagación a la individualización del sujeto disciplinario, lo declaró inexequible por medio de la sentencia C-036 de enero de 2003, al considerarlo desconocedor del debido proceso pues es imperioso adelantar una actuación, ya sea administrativa o judicial, dentro del periodo establecido por la ley para cada etapa procesal.

- Falta de competencia por prescripción de la acción disciplinaria

Sostuvo que se desconoció el término de prescripción consagrado en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, porque la conducta por la cual fue sancionado se cometió el 15 de julio de 2005, por lo tanto la acción disciplinaria se extinguió el 15 de julio de 2010; sin embargo, la decisión se materializó en el acto de segunda instancia que se notificó el 7 de septiembre de 2010, cuando el DAS había perdido competencia para proferir decisión de fondo.

1.2. Contestación de la demanda

- Departamento Administrativo de Seguridad - DAS

Mediante escrito del 9 de julio de 2012,[8] a través de apoderado judicial legalmente constituido, el DAS se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, en tanto toda la actuación disciplinaria se adelantó con apego a la normatividad vigente, por lo que no se desconocieron los derechos del debido proceso y de defensa, de acuerdo con los siguientes argumentos:

Manifestó, que en el proceso de la referencia, el accionante le otorgó una prórroga de permanencia a un extranjero, sin el lleno de los requisitos legales y aun mas, sin la competencia para ello, por ende, este no actuó dentro de los parámetros establecidos en el artículo 22 de la Ley 734 de 2002, ni en el manual de funciones y procedimientos del DAS[9], así como tampoco justificó su comportamiento en alguna de las causales eximentes de responsabilidad disciplinaria.

---

[8] Visible a folios 157 a 171 del cuaderno principal del expediente.
[9] Resolución 0799 de 16 de junio de 1999.

Arguyó que la antijuridicidad se configuró al poner en peligro o lesionar un bien jurídico, en el presente caso, la moralidad pública, ya que el demandante conocía sus funciones y el actuar fuera de aquellas, le mereció un juicio de reproche que culminó con la correspondiente sanción disciplinaria.

Afirmó que el disciplinado y su apoderada tuvieron conocimiento desde un primer momento de la apertura de la indagación preliminar, sin que realizaran manifestación alguna durante la investigación, por lo que a través de ese acto omisivo convalidaron la acción que posteriormente pretendieron atacar a través de una solicitud de nulidad, desconociéndose además que las causales para alegarla se encuentran previstas taxativamente en el artículo 143 de la ley disciplinaria.

En ese mismo orden consideró que, el hecho de haber sobrepasado el término de 6 meses que constituye el plazo de la indagación preliminar, no constituye causal de nulidad, habida consideración que no toda irregularidad puede invalidar la actuación procesal, solo puede acarrear su ineficacia cuando se trate de una vulneración sustancial del derecho de defensa, pues la simple mora en adoptar una decisión definitiva no vulnera el derecho de defensa, ya que en muchas ocasiones se encuentra justificada por la congestión que sufren los encargados de administrar justicia.

Formuló los medios exceptivos que denominó: i) caducidad, al considerar que entre la ejecutoria del acto que impuso la sanción disciplinaria al demandante y la notificación de la demanda al DAS acaecida el 21 de junio de 2012, transcurrieron más de 22 de meses; y ii) falta de interés legítimo para accionar, en atención a que el acto administrativo acusado fue expedido con garantía de los derechos al debido proceso, defensa, contradicción y acceso a la justicia previstos en la Constitución Política.

- **Nación – Fiscalía General de la Nación**[10]

Sostuvo en primer lugar, que esta entidad carece de legitimación por pasiva para actuar en la presente *Litis* y tampoco puede ser considerada como sucesora procesal del DAS, toda vez que tal calidad es ostentada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado[11] y, adicionalmente, las pretensiones de la demanda no están dirigidas contra la FGN.

Manifestó frente al proceso disciplinario que, la causa se adelantó ante la autoridad competente, independiente e imparcial, de conformidad con los mandatos constitucionales y legales existentes; las decisiones acusadas fueron motivadas en las pruebas recolectadas válidamente en los términos procesales previstos en la ley, por lo que se garantizó en debida forma el derecho de defensa y contradicción del sancionado.

Formuló como argumentos de defensa, los cuales denominó “excepciones”, que los actos acusados fueron expedidos en cumplimiento de la potestad disciplinaria del DAS, en aras de materializar los fines esenciales del Estado Social del Derecho previstos en la Constitución Política, y cualquiera otra que se encuentre demostrada dentro del proceso.

---

[10] Folios 363 - 372 del expediente - cuaderno principal 2º.
[11] Al respecto citó:
- Consejo de Estado – Sección Primera. Providencia del 27 de enero de 2017. Rad. 2014-00630-00.
- Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia de 29 de junio de 2016. Rad. 2008-00733-01. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

- Nación - Unidad Administrativa Especial Migración Colombia[12]

Propuso como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva de la unidad especial que representa, toda vez que carece de competencia para atender las pretensiones incoadas por el actor y tampoco le asiste responsabilidad legal ni contractual de la que se derive esa obligación, pues conforme el Decreto 1303 del 11 de julio de 2014[13], los procesos judiciales que no deban ser asumidos por las entidades a las cuales se trasladaron funciones o se incorporaron servidores del extinto DAS, deberán ser entregados a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por lo que solicitó su desvinculación en el *sub judice.*

1.3 Alegatos de conclusión

- Alegatos de la parte demandada

Mediante escrito del 2 de diciembre de 2013,[14] el DAS presentó sus respectivos alegatos de conclusión, para reiterar los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, relativos a que en efecto, se configuró la antijuridicidad por extralimitación de las funciones del servidor público sancionado y la garantía del debido proceso, en razón de que la simple mora no configura la nulidad del proceso, debido a que las causales para alegarla se encuentran establecidas de manera taxativa en la ley.

Por medio de escrito del 6 de abril de 2021[15], la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia insistió en la falta de legitimación en la causa por pasiva con los mismos argumentos expuestos en la contestación de la demanda; argumento que igualmente reiteró la Fiscalía General de la Nación a través de memorial radicado el 12 de abril del presente año[16].

- Alegatos del demandante

Por medio de escrito presentado el 6 de abril de 2021[17] solicitó acceder a las pretensiones de la demanda. Para tal efecto el apoderado de la parte accionante reiteró los argumentos expuestos en la demanda, especialmente respecto de la vulneración de los principios de lesividad e ilicitud sustancial, pues no se materializó ningún daño al Estado; de la proporcionalidad, toda vez que el demandante no tenía antecedentes judiciales; la vulneración al debido proceso, por la extralimitación del término de indagación preliminar; y la falta de competencia de la autoridad disciplinaria para proferir los fallos disciplinarios acusados por prescripción de la acción disciplinaria.

1.4. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad procesal.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Decisión de las excepciones propuestas por la parte demandada.

---

[12] Folios 378 – 382 del mismo cuaderno.
[13] "Por el cual se reglamenta el Decreto 4057 de 2011".
[14] Visible a folios 239 a 243 del cuaderno principal del expediente.
[15] Memorial allegado al sistema de información judicial SAMAI en 8 folios.
[16] Memorial allegado al sistema de información judicial SAMAI en 6 folios.
[17] Memorial allegado al sistema de información judicial SAMAI en 14 folios.

- De la caducidad, propuesta por el DAS.

Señala la entidad que operó la caducidad de la acción porque entre la ejecutoria del acto que impuso la sanción disciplinaria al demandante y la notificación de la demanda al DAS acaecida el 21 de junio de 2012, transcurrieron más de 22 de meses.

Sobre el particular, la Sala señala que el artículo 136, numeral 2° del CCA, regula la oportunidad para presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, señala lo siguiente:

> «ARTICULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES.
> […]
> 2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. […]».

Respecto de la caducidad frente a los actos de carácter disciplinario, cuando este es de aquellos mediante los cuales se impone una sanción disciplinaria que implique separación del cargo de manera temporal o definitiva, su ejecución se hace de conformidad con el numeral 3° del artículo 172 de la Ley 734 de 2002[18], correspondiéndole llevar a cabo la misma al nominador cuando se trate de servidores públicos de libre nombramiento y remoción o de carrera.

En ese sentido, la jurisprudencia de esta Sección ha considerado que si bien el acto de ejecución de una sanción disciplinaria no hace parte de un acto complejo, ni tiene la vocación de crear, modificar o extinguir la situación jurídica particular, lo cierto es que guarda íntima conexidad con los fallos disciplinarios, pues es la actuación mediante la cual se ejecuta la decisión sancionatoria.

En síntesis, el término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en procesos donde se pretenda demandar acto administrativo que impuso una sanción disciplinaria de retiro temporal o definitivo del servicio, materializándose el mismo con aplicación del artículo 172[19] de la Ley 734 de 2002, debe contarse a partir del acto que ordenó su ejecución, esto con el fin de generar una mayor seguridad jurídica frente a los derechos del disciplinado al momento de demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En el *sub examine,* el actor acudió en ejercicio de la acción, ahora medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho a solicitar la nulidad de la Resolución 764931-51 de 6 de julio de 2010, dictado dentro de la investigación disciplinaria 860 de 2005 que le impuso la sanción disciplinaria de suspensión del cargo e inhabilidad especial por el término de 2 meses, así como también, invocó la nulidad de la Resolución 1935 de 23 de agosto de 2010, proferida por el Director del DAS, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación contra el

---

[18] por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

[19]En efecto, el artículo 172 de la Ley 734 de 2002 señaló:

"Artículo 172. Funcionarios competentes para la ejecución de las sanciones. La sanción impuesta se hará efectiva por:

1. El Presidente de la República, respecto de los gobernadores y los alcaldes de Distrito.
2. Los gobernadores, respecto de los alcaldes de su departamento.
3. El nominador, respecto de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción o de carrera.

(…)

Parágrafo. Una vez ejecutoriado el fallo sancionatorio, el funcionario competente lo comunicará al funcionario que deba ejecutarlo, quien tendrá para ello un plazo de diez días, contados a partir de la fecha de recibo de la respectiva comunicación."

fallo de primera instancia, confirmando en todas sus partes la decisión recurrida. Éste último se notificó personalmente al señor Alfredo de Jesús Carrillo Vergara el **6 de septiembre de 2010**[20], sin que se expidiera acto de ejecución, por lo tanto en razón de esta circunstancia excepcional –*a pesar de tratarse de una sanción de retiro temporal del servicio*- el término de caducidad se debe contar desde la mencionada fecha.

Ahora bien, el demandante contaba con 4 meses para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y solicitar su nulidad con el consecuente restablecimiento del derecho; sin embargo, debido a que compareció ante la Procuraduría General de la Nación el **4 de noviembre de 2010**[21], a fin de agotar el requisito de procedibilidad de conciliación, este término fue suspendido, razón por la que le quedaban 1 mes y 28 días en su favor para completar los 4 meses de que trata el numeral 2°, artículo 136 del CCA – Decreto 01 de 1984.

Visto lo anterior, se observa que el agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial acaeció el **31 de enero de 2011**, cuando se celebró la audiencia y fue declarada fallida, por lo que entonces el término para presentar la demanda, contra la entidad que profirió la decisión sancionatoria vencía el **29 de marzo de 2011**, y esta fue radicada el **9 de marzo de 2011**, es decir, cuando no habían trascurrido los 4 meses con que contaba el actor para acudir ante esta jurisdicción a fin de controvertir el acto acusado, por lo que se declarará no probada esta excepción.

- De la falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la FGN y la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

En ejercicio de dichas facultades extraordinarias, el Presidente de la República profirió el Decreto Ley 4057 de 2011, a través del cual dispuso suprimir el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, y reasignó sus funciones entre otras entidades. Dicha reasignación de funciones fue consagrada en el artículo 3 de la norma mencionada, cuyo texto dispone:

> «***Artículo 3o. Traslado de funciones.*** *Las funciones que corresponden al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), contempladas en el Capítulo I, numerales 10, 11, 12 y 14 del artículo 2o, del Decreto 643 de 2004, y las demás que se desprendan de las mismas se trasladan a las siguientes entidades y organismos, así:*
> *3.1 Las funciones de control migratorio de nacionales y extranjeros y los registros de identificación de extranjeros de que trata el numeral 10 del artículo 2o del Decreto 643 de 2004 y las demás disposiciones sobre la materia, se trasladan a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores, que se creará en decreto separado.*
> *3.2 La función comprendida en el numeral 11 del artículo 2o del Decreto 643 de 2004 de Policía Judicial para investigaciones de carácter criminal, y las demás que se desprendan de la misma, se traslada a la Fiscalía General de la Nación en armonía con lo dispuesto en el artículo 251 de la Constitución Política.*
> *3.3 La función comprendida en el numeral 12 del artículo 2o del Decreto 643 de 2004 y las demás que se desprendan de la misma, se traslada al Ministerio de Defensa Nacional -Policía Nacional.*
> *(…)*
> *3.4 La función comprendida en el numeral 14 del artículo 2o del Decreto 634 de 2004, en el Decreto 1700 de 2010 y las demás que se desprendan de la misma, se traslada a la Unidad Administrativa denominada Unidad Nacional de Protección que se creará en decreto separado.*

[20] Folio 142 del cuaderno principal 1º del expediente.
[21] Folio 94 del mismo cuaderno.

PARÁGRAFO. Las entidades receptoras de las funciones sustituirán al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en los comités, juntas y demás instancias en los cuales participa y asiste, a la entrada en vigencia del presente decreto.»

De conformidad con lo previsto por la norma parcialmente transcrita, se evidencia que las funciones desarrolladas por el DAS, fueron atribuidas a cuatro entidades de manera concreta, esto es, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Defensa Nacional y la Unidad Nacional de Protección, en atención a la naturaleza de cada una de las funciones trasladadas y de las entidades receptoras. Aunado a lo anterior, resulta relevante para el caso destacar que por disposición del artículo 6 del señalado Decreto Ley expedido con el objeto de regular el proceso de supresión en cuestión, los servidores públicos pertenecientes a la planta de personal del DAS fueron redistribuidos o incorporados entre las cuatro entidades referenciadas, así:

«***Artículo 6o. Supresión de empleos y proceso de incorporación.*** *El Gobierno nacional suprimirá los empleos de la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), que tenían asignadas las funciones trasladadas y ordenará la incorporación de los servidores que las cumplían en las plantas de personal de las entidades y organismos receptores de la rama ejecutiva. La Fiscalía General de la Nación hará la correspondiente incorporación en los empleos que para el efecto se creen en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas en la Ley 1444 de 2011.* »

Respecto de los trámites judiciales en los cuales se encontraba vinculado el DAS como sujeto procesal al momento en que entró en proceso de supresión, el mismo decreto antes citado, determinó que dichos asuntos seguirían a su cargo, hasta el momento de la liquidación definitiva de la entidad. Finalizado el proceso de supresión, y con el objeto continuar con la defensa de los intereses del Estado dentro de las acciones judiciales aún vigentes, así como garantizar el cumplimiento de las obligaciones que eventualmente fueran declaradas judicialmente a cargo de la desaparecida institución, el Decreto Ley 4057 de 2011 estableció de forma expresa que por regla general, las diferentes autoridades que asumieron las funciones del referido Departamento Administrativo, esto es, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Defensa Nacional o la Unidad Nacional de Protección, deberían recibir también la representación del Estado en las actuaciones judiciales, los cuales les serían distribuidas entre éstas, en atención a la naturaleza del asunto en controversia. Así mismo estableció que los litigios relacionados con funciones no trasladadas a las entidades citadas, serían asignados a una entidad de la Rama Ejecutiva, determinada por el Gobierno Nacional. El mencionado artículo establece a tenor literal lo siguiente:

«***Artículo 18. Atención de procesos judiciales y de cobro coactivo.*** *Los procesos judiciales, reclamaciones de carácter administrativo, laboral, contractual y de cobro coactivo en los que sea parte el DAS y/o su Fondo Rotatorio quedarán a su cargo hasta la culminación del proceso de supresión.*

Al cierre de la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) los procesos y demás reclamaciones en curso serán entregados a las entidades de la Rama Ejecutiva que hayan asumido las funciones de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal.

Si la función no fue asumida por una entidad de la Rama Ejecutiva el Gobierno nacional determinará la entidad de esta Rama que los asumirá. (…)».

Ahora bien, mediante el Decreto 1303 de 2014, el Gobierno Nacional reglamentó el Decreto Ley 4057 de 2011, el cual en su artículo 7, en lo referido a la sucesión procesal reiteró lo señalado por este, en cuanto asignó a las entidades receptoras de las funciones del DAS, la obligación de asumir la representación judicial del Estado en los trámites judiciales en los que se encontraba vinculada la entidad suprimida, sin embargo, agregó un nuevo criterio para determinar el sucesor procesal, según el cual, los procesos relacionados con los servidores públicos del DAS, deberían ser asumidos por las entidades que los incorporaron o recibieron en su planta de personal. Así mismo, el mencionado Decreto aclaró que, dado el evento en que determinado asunto no correspondiera ser asumido por la entidad receptora de las funciones, o de los servidores públicos del extinto Departamento Administrativo, sería asumido por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Al respecto, el artículo 7 estableció lo siguiente:

> «***Artículo 7°. Procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales.*** *Los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales en curso en los que sea parte el DAS y/o el Fondo Rotatorio del DAS que aún no han sido recibidos por las entidades que asumieron las funciones, Migración Colombia, Dirección Nacional de Protección, Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación de conformidad con lo señalado en el numeral 3.2., del artículo 3° del Decreto-ley 4057 de 2011, serán entregados a estas entidades por el Director del DAS en proceso de supresión debidamente inventariados y mediante acta, para lo cual debe tener en cuenta la naturaleza, objeto o sujeto procesal.*
>
> *Igualmente, los procesos que tengan relación con los servidores públicos del DAS incorporados a otras entidades de la Rama Ejecutiva deberán ser asumidos por la entidad receptora.*
>
> *Los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales que no deban ser asumidos por las entidades a las cuales se trasladaron funciones o se incorporaron servidores deberán ser entregados a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para que continúe con la defensa de los intereses del Estado, para efectos de lo cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público proveerá los recursos presupuestales necesarios. (…)*». (Subrayas fuera de texto para resaltar)

En el desarrollo y aplicación irregular de dichas normas, se asignó a las Fiscalía General de la Nación una gran cantidad de procesos judiciales como sucesor procesal del DAS, sin que fueran de su competencia, en virtud de ello, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante auto de 22 de octubre de 2015 inaplicó el artículo antes transcrito en cuanto al traslado de procesos a la Fiscalía General de la Nación y reconoció al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República como sucesor hasta tanto no se regulara dicho asunto. En virtud de la citada providencia, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 108 de 22 de enero de 2016, mediante el cual asignó los procesos judiciales inicialmente trasladados a la Fiscalía General de la Nación, y que no eran de su competencia –*y por tanto fue desvinculada*- a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. El artículo 1 de la referida regulación dispuso:

> «***Artículo 1. Asignación de procesos.*** *Asignase a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, con el fin de que sean atendidos y pagados con cargo al patrimonio autónomo cuya creación fue autorizada por el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015, los procesos judiciales entregados a la Fiscalía General de la Nación como sucesor procesal del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) o su Fondo Rotatorio, en los casos en los que la Fiscalía sea excluida como parte procesal por decisión del juez de conocimiento.*»

Entonces, del anterior recuento normativo se concluye que, los sucesores procesales del extinto el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS- en los procesos judiciales en que éste actuaba como parte al momento de su liquidación definitiva, deben ser asignados en atención a los siguientes criterios:

1. A las entidades que asumieron las funciones del DAS -*Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Defensa Nacional o la Unidad Nacional de Protección*-, en caso que la controversia verse sobre dicho asunto.

2. A las entidades que incorporaron a su planta de personal a los servidores públicos del DAS -*Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Defensa Nacional o la Unidad Nacional de Protección*- cuando los procesos tengan relación con éstos.

3. A la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado cuando: **i)** el asunto del proceso esté relacionado con funciones del DAS no asignadas a otras entidades de la Rama Ejecutiva, y **ii)** la Fiscalía General de la Nación haya sido excluida del proceso por disposición del juez de conocimiento.

En los casos que intervenga la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, el pago de sentencias está a cargo del patrimonio autónomo creado mediante el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015, según lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 108 de 2016 antes transcrito.

Aclarados los anteriores aspectos, la Sala de decisión observa que la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho los accionantes persiguen la anulación de los actos administrativos disciplinarios por medio de los cuales, el DAS impuso sanción disciplinaria al señor Alfredo de Jesús Carrillo Vergara, quien al momento de ocurrencia de los hechos reprochados, se desempeñaba en el Área de Extranjería de la Seccional Bolívar del DAS, por haber concedido a un ciudadano extranjero una prórroga por 30 días para ingresar al país, sin agotar el procedimiento requerido, previsto en el capítulo XII, numeral 13.3 de la Resolución Nº 0799 de 16 de junio de 1999 –*Manual de procedimientos para la Dirección de Extranjería-,* y sin que se cancelara el valor correspondiente por dicho trámite.

De lo anterior, se colige que el señor Carrillo Vergara como funcionario del DAS, ejercía las funciones de control migratorio e identificación de extranjeros, previstas en el artículo 2 numeral 10 del Decreto 643 de 2004[22], cuyo incumplimiento produjo la expedición de los actos sancionatorios demandados, funciones que fueron trasladadas a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, en los términos del artículo 3 numeral 3.1 del Decreto Ley 4057 de 2011, tras la supresión del mencionado Departamento Administrativo.

Así las cosas, considera esta Subsección que si bien, los actos administrativos cuya nulidad demandan los accionantes, son de naturaleza disciplinaria, estos fueron proferidos debido al incumplimiento de las normas reguladoras de la función de control migratorio antes señalada, por lo tanto, y en aplicación del criterio para la determinación de los sucesores procesales del DAS, ya mencionado, según el cual, corresponde a la entidad que asumió la función sobre la que versa la controversia, esto es, la Unidad Administrativa Especial Migración

[22] Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de Seguridad y se dictan otras disposiciones.

Colombia, ya que fue dicha entidad la que asumió la función de ejercer control migratorio.

Aunado a lo expuesto, se observa que a través del escrito de 19 de junio de 2015 presentado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se pone de presente que el señor Alfredo de Jesús Carrillo Vergara, antiguo funcionario del suprimido DAS, fue incorporado a la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual, en atención al segundo de los criterios para la determinación de los sucesores procesales del DAS antes referenciado, según el cual, asumirá la representación judicial del Estado en los procesos promovidos en contra del DAS, relacionados con sus exfuncionarios, la entidad a la cual hayan sido incorporados.

Por consiguiente, estima la Sala de decisión que no debe prosperar el medio exceptivo de falta de legitimación en la causa por pasiva, pues la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia asumió la función sobre la que versa la controversia y el demandante fue incorporado a la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, tal como se expuso en precedencia, por lo que se declarará no probada esta excepción.

2.2 Planteamiento de los problemas jurídicos

Revisada la demanda, la contestación y los alegatos de conclusión, encuentra la Sala que para resolver de fondo el presente asunto deberá atender los siguientes problemas jurídicos:

- ¿La falta disciplinaria imputada al entonces servidor público del DAS carece de ilicitud sustancial y no se ajusta al principio de antijuridicidad material o lesividad?

- ¿La autoridad disciplinaria vulneró el debido proceso al haber incurrido en exceso de los términos de la indagación preliminar, previstos en los artículos 150 de la Ley 734 de 2002?

- ¿Se configuró la prescripción de la acción disciplinaria consagrada en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, y en consecuencia los actos acusados fueron expedidos sin competencia?

- ¿La autoridad disciplinaria desconoció el principio de proporcionalidad de la sanción que rige en materia disciplinaria?

Para efectos de resolver los problemas en cuestión, la Sala analizará lo siguiente: (i) el principio de ilicitud sustancial en el régimen disciplinario y su diferencia frente al de lesividad en materia penal; (ii) el principio de proporcionalidad en materia disciplinaria; (iii) el debido proceso administrativo y los términos para la ejecución de la indagación preliminar consagrados por el artículo 150 del CDU; (iv) el marco legal y jurisprudencial de la prescripción de la acción disciplinaria; y (v) el análisis del caso concreto.

2.3 RESOLUCIÓN DEL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO RELACIONADO CON EL ANÁLISIS DE LA ILICITUD SUSTANCIAL Y SU CORRESPONDENCIA CON EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD O ANTIJURIDICIDAD MATERIAL.

- El principio de ilicitud sustancial en el régimen disciplinario y su diferencia frente al principio de lesividad en materia penal.

En materia disciplinaria la responsabilidad implica el análisis de la conducta del sujeto disciplinable desde tres (3) diversos factores a saber, esto es, la tipicidad,[23] la ilicitud sustancial[24] y la culpabilidad,[25] los cuales por el diseño y estructura del derecho disciplinario adquieren connotaciones especiales diferentes a los decantados por otras manifestaciones del *ius puniendi* del Estado[26].

El factor concerniente a la ilicitud sustancial, se traduce en una afectación del "deber funcional sin justificación alguna", tal como lo previó el artículo 5º de la Ley 734 de 2002, en los siguientes términos:

> *«Artículo 5o. **Ilicitud sustancial**. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.».*

Al respecto, al consultar los antecedentes de la citada norma, se observa que la finalidad fue diferenciar entre el injusto penal y el ilícito disciplinario, en los siguientes términos:

> *«La expresión "lesividad" –que aparecía en el artículo 5º del Proyecto del Código Disciplinario Único –es propia del derecho penal, mecanismo de control social que tiene como fundamento la protección de bienes jurídicos cuyo contenido viene dado por los derechos fundamentales. Trasplantar del derecho penal al derecho disciplinario tal expresión comporta introducir factores perturbadores que incidirán en la correcta interpretación de la ley, habida cuenta que si bien en derecho disciplinario deben regir las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, las mismas deben estar dotadas de su contenido propio y autónomo.*
>
> *Ciertamente que el derecho disciplinario protege en términos generales el correcto desempeño de la función pública, lo cual hace a través de una consideración global de la materia; empero, las especificaciones de tal protección vienen dadas por la imposición de deberes funcionales acordes con la función que cumple el servidor público en un Estado social y democrático de Derecho (arts. 2º, 6º y 122 inc. 2º C.N).*
>
> *Decoro, eficiencia y eficacia no son los únicos valores constitucionales encarnados en los deberes funcionales, habida cuenta que juegan otros como la moral pública, la imparcialidad, transparencia y objetividad que emanan de la Carta Política y el orden jurídico desarrolla.*
>
> *No basta como tal la infracción a un deber, ni a cualquier deber, sino que se requiere, para no convertir la ley disciplinaria en instrumento ciego de obediencia, que ello lo sea en términos sustanciales; esto es, que de manera sustancial ataque por puesta en peligro o lesión del deber funcional cuestionado.*
>
> *Ello es lo que se busca con la redacción inicial; empero, la misma resulta equívoca en la medida en que trata de buscar una autonomía e independencia del derecho penal a través de la utilización de las categorías dogmáticas de éste.*

---

[23] Artículo 4°; 23; 43 # 9; 184 # 1 C.D.U.
[24] Artículo 5° C.D.U.
[25] Artículo 13; 43 # 1; 44 parágrafo C.D.U.
[26] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Consejera ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de 19 de febrero 2015. Expediente N°:11001-03-25-000-2012-00783-00. Demandante: Alfonso Ricaurte Riveros. En esta providencia la Subsección identificó y analizó los factores que determinan la responsabilidad explicando la forma como estos influyen en la determinación de la sanción, así como las diferencias en relación con el derecho penal.

En efecto, al exposición de motivos presentada por la Procuraduría General de la Nación deslinda el derecho penal y derecho disciplinario, señalando a éste como un "sistema autónomo e independiente, con objetivos y características propios"[27] *precisando la necesidad de diferenciar la antijuridicidad penal de la disciplinaria, pues en aquél se habla del "principio de lesividad o antijuridicidad material".*

Pues bien, si ello es así, como lo es por resultar correcto, no se puede utilizar en derecho disciplinario la expresión lesividad, habida cuenta que la misma denota un sistema de injusto montado sobre la base de la lesión a bienes jurídicos tutelados, cuya puesta en peligro o lesión origina la antijuridicidad material como categoría dogmática.

El derecho disciplinario no puede ser entendido como protector de bienes jurídicos en el sentido liberal de la expresión, toda vez que se instauraría una errática política criminal, habida cuenta que no existiendo diferencias sustanciales entre derecho penal y derecho disciplinario por virtud de ello llegaría el día en que el legislador, sin más ni más, podría convertir sin ningún problema todos los ilícitos disciplinarios en injustos penales.

Si como lo afirmó la exposición de motivos "el quebrantamiento de la norma solo merece reproche disciplinario cuando la misma está concebida para preservar la función pública, y la infracción, en el caso concreto, la vulnera o la pone en peligro, tal cometido, sin que se preste a interpretaciones diferentes, se logra con la modificación propuesta».[28]. (Resaltado fuera del texto original).

Sobre el particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que los tipos disciplinarios están orientados a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que ejerce funciones públicas, así:

«En la organización Estatal constituye elemento fundamental para la realización efectiva de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, la potestad para desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, en atención a su especial sujeción al Estado en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de la función pública; de manera pues, que el cumplimiento de los deberes y las responsabilidades por parte del servidor público, se debe efectuar dentro de la ética del servicio público, con acatamiento a los principios de moralidad, eficacia, eficiencia, que caracterizan la actuación administrativa y propenden por el desarrollo íntegro de la función pública con pleno acatamiento de la Constitución, la ley y el reglamento.

De suerte, que el derecho disciplinario valora la inobservancia del ordenamiento superior y legal vigente, así como la omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones; con lo que la ley disciplinaria se orienta entonces a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, cuando sus faltas interfieran con las funciones estipuladas.

Si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica no puede ser otra que la necesidad del castigo de las conductas que atenten contra los deberes que le asisten.

Así pues, la finalidad de la ley disciplinaria es la prevención y buena marcha de la gestión pública, al igual que la garantía del cumplimiento de los fines y funciones

---

[27] Proyecto Código Disciplinario Único. Procuraduría General de la Nación, 1999, P. 22.
[28] Gaceta del Congreso No. 263 del 4 de junio de 2001. Página 4.

> *del Estado en relación con las conductas de los servidores que los afecten o pongan en peligro».*[29] (Se subraya).

De manera reciente, esta Subsección por medio de sentencia del 2 de octubre de 2020[30] analizó la ilicitud sustancial prevista en el artículo 5º del CDU, y señaló que el legislador la desligó del principio de lesividad que rige en materia penal. En esta oportunidad sostuvo en el curso de los debates en el Senado de la República, concretamente en la ponencia para primer debate, se destacó que el principio de lesividad en materia disciplinaria *"está referido a la nocividad de la conducta en relación con la función pública, pero con la necesaria introducción en este campo de los elementos propios de dicha función, cuales son el decoro, su eficiencia y eficacia";* cuestión que llevó a que se modificara por el siguiente:

> *"Artículo 5º. Lesividad. La falta del servidor público o del particular que ejerza funciones públicas solo dará lugar a responsabilidad disciplinaria cuando afecte o ponga en peligro el decoro, eficiencia y eficacia de la función pública".*[31]

Esta redacción se mantuvo hasta el final del debate en el Senado de la República aprobado el 21 de diciembre de 2000[32], en donde se consideró, frente al principio de lesividad, lo que al tenor se transcribe a continuación:

> *"El principio de lesividad merece comentario separado porque va a implicar que al servidor público no se le sanciona objetivamente por infringir el deber o violar la prohibición sino que en cada caso debe existir un juicio de valor para determinar si los bienes jurídicos disciplinarios del decoro, eficiencia y eficacia de la administración pública, se lesionaron o fueron puestos en peligro mediante conductas de acción o de omisión que por no estar justificadas, en términos de la misma ley, deben sancionarse".*[33]

Por el contrario, en la exposición de motivos de la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes se anunció una nueva y diferente redacción del artículo 5º, cuyo texto y sentido buscó *"materializar la diferencia entre el ilícito penal y el ilícito disciplinario en aras de darle autonomía e independencia al derecho disciplinario, lo cual es un propósito de la reforma, aspecto éste no logrado con la imprecisa redacción que hasta el momento se le había dado a tal fenómeno jurídico"*. El texto propuesto señaló lo siguiente:

> *"Artículo 5º. Ilicitud sustancial. La falta del servidor público o del particular que ejerza funciones públicas será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna".*[34]

En el curso del debate, se propuso una modificación, consistente en suprimir del texto anterior, la referencia a los sujetos disciplinados[35], a saber:

> *"Ilicitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna."*

En la ponencia para segundo debate de la Cámara, se reiteró que esta redacción tenía como fin una mayor precisión, texto que fue aprobado, sin ninguna

---

[29] Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia del 26 de noviembre de 2009. Rad. 52001-23-31-000-2002-01023-02 (0506-2008). C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
[30] Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 2 de octubre de 2020. Rad. 20001-23-33-000-2016-00372-01 (1189-2019). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.
[31] Gaceta del Congreso 315 de 10 de agosto de 2000, pp. 1 y 9.
[32] Tal como se observa en la Gaceta del Congreso 510 de 21 de diciembre de 2000, p. 1.
[33] Gaceta del Congreso 474, 27 de noviembre de 2000, 1.
[34] Gaceta del Congreso 263 del 4 de junio de 2001, p. 3.
[35] Gaceta del Congreso 575 del 13 de noviembre de 2001, p. 4.

modificación en el texto de conciliaciones, en razón de que el Senado estuvo plenamente de acuerdo con la nueva redacción.[36]

Con base en lo anterior, la jurisprudencia constitucional se refirió a la ilicitud sustancial de manera clara como una "infracción al deber funcional", a través de la sentencia SU-901 de 2005[37], en los siguientes términos:

> *"En el ámbito de la imputación penal y disciplinaria está proscrita la responsabilidad objetiva; es decir, la responsabilidad por la sola causación del resultado -entendido éste en su dimensión normativa- o por la sola infracción del deber funcional, según el caso. Y ello tiene sentido pues con razón se ha dicho que el contenido subjetivo de la imputación es una consecuencia necesaria de la dignidad del ser humano. Tan claro es ello que en aquellos contextos en los que constitucionalmente no se consagra la culpabilidad como elemento de la imputación, se entiende que ella está consagrada implícitamente en los preceptos superiores que consagran la dignidad humana como fundamento del sistema constituido. De acuerdo con esto, asumir al hombre como ser dotado de dignidad, impide cosificarlo y como esto es lo que se haría si se le imputa responsabilidad penal o disciplinaria sin consideración a su culpabilidad, es comprensible que la responsabilidad objetiva esté proscrita.*
>
> *De allí que esta Corporación haya indicado que "Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos, toda vez que "el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios de derecho penal se aplican mutatis mutandi en este campo pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado"[38].*

Por último, a través de la sentencia C-242 de 2010[39], la Corte Constitucional al resolver una demanda de constitucionalidad contra el artículo 175 del CDU[40], sostuvo que el fundamento de la imputación en materia disciplinaria está constituido por la infracción de los deberes funcionales del servidor público, así:

> *"Los funcionarios estatales deben cumplir la Constitución y la ley, ponerse al servicio de los intereses generales, desarrollar los principios de la función administrativa y desempeñar para ello los deberes que les incumben. Una actitud contraria de las autoridades lesiona tales deberes funcionales. Como estos deberes surgen del vínculo que conecta al servidor con el Estado y como su respeto constituye un medio para el ejercicio de los fines estatales orientados a la realización integral de la persona humana, es entendible que su infracción constituya el fundamento de la imputación inherente al derecho disciplinario. De*

---

[36] Gaceta del Congreso 574 del 3 de abril de 2002, p. 17.
[37] M.P. Jaime Córdoba Triviño.
[38] Sentencia C-155-02, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
[39] M.P. Mauricio González Cuervo.
[40] Artículo 175. aplicación del procedimiento verbal. El procedimiento verbal se adelantará contra los servidores públicos en los casos en que el sujeto disciplinable sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta, cuando haya confesión y en todo caso cuando la falta sea leve.
También se aplicará el procedimiento verbal para las faltas gravísimas contempladas en el artículo 48 numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 47, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 62 de esta ley.
En todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia. (Subrayado del texto para resaltar el aparte demandado).

allí que la antijuridicidad de la falta disciplinaria remita a la infracción sustancial del deber funcional a cargo del servidor público o del particular que cumple funciones públicas". (Se resalta).

De acuerdo con todo lo expuesto, se establece que, en materia disciplinaria, la responsabilidad surge de la comisión de una falta vinculada con la infracción de deberes funcionales del servidor público, de manera que a partir de la redacción del artículo 5º de la Ley 734 de 2002, se le desligó del principio de lesividad que rige en materia penal.

Así las cosas, este elemento –*ilicitud sustancial*- a diferencia de otras disciplinas del *ius puniendi* –como el derecho penal[41]- no responde a la magnitud o gravedad del daño producido con la conducta, sino a la existencia de la afectación de la función (independiente de si esta afectación es grave o no) y a la existencia o no de justificación para la misma, con base –entre otras- en las causales de justificación preestablecidas por el legislador.[42] Lo descrito se resume a continuación:

	CONTENIDO DEL FACTOR "ANTIJURIDICIDAD" EN LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA. (Análisis de la conducta desde la afectación de un deber funcional y la existencia o no de justificación).	
1	Afectación del deber funcional	Es indiferente la gravedad mayor o menor de la afectación del deber funcional de cualquier naturaleza.
2	Falta de justificación legal	Inexistencia de causal de justificación de la conducta, en entre ellas, las consagradas en el artículo 28 de la Ley 734 de 2002.

- Resolución de los cargos de nulidad, referidos al primer problema jurídico.

El demandante señala que no se configuró la ilicitud sustancial, en tanto no consideró el principio de lesividad, el cual es vinculante para las autoridades al estructurar el concepto de violación de manera concreta, de manera que a efectos declarar la responsabilidad disciplinaria, es necesaria, la materialización de un daño al Estado, situación que no se configuró en el presente caso.

Sobre este argumento, la Subsección establece que, de acuerdo con lo expuesto en el acápite precedente, si bien en el proyecto inicial del artículo 5º del CDU debatido en el Senado de la República y pese a establecer que no tenían equivalencia, llegaron a tener identidad, razón por la cual, coherente con la manifestación que animó el proyecto, consistente en que si bien el derecho penal y el disciplinario son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, en materia disciplinaria la antijuridicidad o ilicitud sustancial se materializa con la afectación al deber funcional por parte del servidor público sin justificación legal, independientemente si mediante la conducta objeto de reproche disciplinario se produjo o no un daño.

En este orden de ideas, en lo concerniente a este factor del ilícito disciplinario en el *sub examine,* el operador disciplinario en el fallo de primera instancia, sostuvo lo siguiente:

---

[41] 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.
[42] Ver artículo 28 de la Ley 734 de 2002, causales de justificación de la conducta.

«(…) el despacho no encuentra justificable los argumentos invocados por el señor Alfredo de Jesús Carrillo Vergara, al omitir el trámite establecido por el departamento administrativo de seguridad a través del Manual de Procedimientos de la Dirección de Extranjería, al haber otorgado una prórroga de 30 días de permiso de ingreso al ciudadano extranjero JEAN NICCA, a quien no le exigió que se hiciera presente en las oficinas de la seccional y cancelara el valor correspondiente a dicho trámite; deber que el extranjero no cumplió y que el detective no hizo cumplir, toda vez que el trámite fue realizado a través de una agencia marítima.

Es por ello que con su conducta, de omisión, el señor Alfredo de Jesús carrillo Vergara, se ve incurso en responsabilidad, por infringir el tipo disciplinario descrito en el acápite de normas vulnerados, relacionado con incurrir en la omisión al trámite establecido por el departamento administrativo de seguridad a través del Manual de Procedimientos de la Dirección de Extranjería; (…) deber que el extranjero no cumplió y que el detective no hizo cumplir, (…).

En efecto, al incumplir el deber mencionado anteriormente, vulneró con su comportamiento, los principios de transparencia, moralidad pública, objetividad, eficiencia y legalidad, que deben ser pilares para el correcto desempeño de sus labores, conllevando así con su conducta antijurídica la afectación del deber funcional sin justificación alguna, implicando con ella la ilicitud sustancial que es parte integrante de la falta que se le endilga.

En este orden de ideas, no observa el Despacho causales de exclusión de responsabilidad frente al comportamiento desplegado por el señor Alfredo de Jesús Carrillo Vergara y a contrario sensu, existen pruebas que establecen que el citado incurrió en violación a las normas descritas en el código disciplinario único que les son reprochables a los servidores públicos y que se describen en el acápite de normas presuntamente vulneradas.

Por todo lo dicho, el despacho concluye que la conducta desplegada por el investigado se realizó a título de dolo, teniendo en cuenta que para la época de los hechos llevaba más de 10 años al servicio del departamento y tiempo suficiente en el área de extranjería y por tanto conocía plenamente las funciones de su cargo como detective de control migratorio y sabía cuál es el procedimiento que debía realizar en el caso de marras y sin embargo a pesar de saberlo, optó de manera libre y voluntaria para actuar en contra vía de lo dispuesto en el manual de procedimientos, pudiendo y debiendo proceder conforme a la citada norma.
(…)
Téngase en cuenta que en el cumplimiento de los cometidos estatales y durante el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos, los servidores estatales no pueden distanciarse del objetivo principal para el cual fueron instituidos, como es el de servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución, la ley y el reglamento y que por tanto, pueden verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria. Constitución, la ley y el reglamento y que por lo tanto, pueden verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria.» (Resaltado fuera del texto original).

En lo concerniente a las pruebas tenidas en cuenta por el operador disciplinario, se observan las siguientes:

i) Versión libre y voluntaria del demandante a partir de la cual concluyó que el demandante se encontraba encargado de la Oficina de Extranjería de la seccional DAS de Bolívar, que era conocedor del procedimiento en los casos de prórrogas de turismo para los extranjeros en Colombia. Así mismo, encontró acreditado que el señalado funcionario tenía una relación de amistad con la representante de la Agencia Marítima, razón por la cual, accedió a concederle loa prórroga al

ciudadano extranjero, sin el cumplimiento del Manual de Procedimientos de la Dirección de Extranjería para llevar a cabo el trámite migratorio.

ii) Declaración juramentada de la responsable del área de extranjería, la señora Yenni Patricia Rodríguez Cuervo, quien sostuvo que el 18 de octubre de 2005 se presentó en la oficina de extranjería el señor Jean Nicca, con el fin de realizar el trámite de prórroga a un permiso de ingreso y al consultar en el sistema no se encuentra el registro alguno pese a que el pasaporte contaba con el sello de prórroga estampado en el mes de julio. Por consiguiente, se procedió a indagar al señor Alfredo de Jesús carrillo Vergara, quien reemplaza a la responsable en su ausencia, por la firma estampada en pasaporte del extranjero, a lo que este contestó no conocer dicha firma. Después de averiguaciones se pudo confirmar que quien había realizado el trámite había sido el demandante, quien sostuvo que puso el sello en blanco para ayudar a la señora ya que el esposo es de la capitanía del puerto.

Ahora bien, en virtud de las pruebas solicitadas por el demandante, por medio de auto del auto de 9 de marzo de 2020, se decretó el testimonio del señor Milton Giovani Maecha Rondón, el cual se practicó el 16 de abril de 2020, quien se pronunció frente a la relación del demandante y su apoderada de confianza dentro del proceso disciplinario, así como de la afectación derivada de la sanción disciplinaria, a saber:

> *"(…) PREGUNTADO: Señor Milton, yo le voy hacer, le voy a formular tres preguntas, muy concretas y muy concisas. Sírvale de manifestar al despacho, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que a usted le consta con relación a la condición de compañero permanente que usted tiene con el señor Alfredo de Jesús Carrillo y la señora Doris.*
> *CONTESTADO: Yo conozco a Doris, Alfredo me la presenta algún tiempo, ya habían entablado una amistad ya hacia un tiempo me la presenta. Posteriormente empiezan a salir como novios. Y Alfredo decide irse a vivir con ella y Doris está embarazada para cuando sucede toda esta situación. Ellos se fueron a vivir a un apartamento independiente. Pero cuando sucede toda esta situación se fueron para donde su mamá, donde la mamá de Alfredo, donde la señora María. Cuando nace el niño, por todas estas dificultades económicas la mamá de Doris decide apoyarla económicamente, y se va a vivir, se va a ir con el bebé recién nacido donde la mamá y posteriormente ya cuando Alfredo se me integra laboralmente, pues vuelven a su apartamento independiente. Yo tengo conocimiento de que actualmente todavía tiene mucho contacto y ya tiene… un niño que nació en el 2010, el niño ya tiene 11 años. Entonces siguen teniendo ese vínculo allí.*
> *PREGUNTADO: ¿Qué le consta en relación del daño moral que sufrió el señor Alfredo Carrillo y los otros demandantes por tramite y la imposición de la sanción disciplinaria?*
> *CONTESTADO: Como ya lo manifesté anteriormente, decayó moralmente, demasiado, él es una persona que, para los que lo conocemos sabemos que es una persona muy alegre, muy jovial, muy amigos, muy humano, es un ser humano más que uno se enorgullece de tenerlo como amigo. Él se sintió muy mal, muy mal por su madre decayó, su economía se vino al piso y todo esto conllevó a problemas con Doris. Económicamente en su casa, con su mamá muy asfixiado, económicamente, emocionalmente pues se decayó mucho. Durante el tiempo de sanción teníamos comunicación y varias veces a mí me hicieron señalamientos a nivel del Das, de por qué yo seguía en contacto con Alfredo cuando había sido sancionado. Cómo manejábamos informaciones sensibles, e investigaciones sensibles la gente pensaba que, o los jefes pensaban que yo estaba haciendo algo ilícito con él. Entonces todo eso le afectaba a él. Le decía "Alfred me están preguntando qué porque vengo a visitarte, que porqué vengo a ayudarte. Que porqué estoy pendiente de ti, de la señora María. De todos" Entonces todo esto, volver a restaurar su imagen laboral y personal, fue muy difícil en todos los*

aspectos, moralmente, María Camila en el colegio bajó demasiado, yo creo que le estaba yendo bastante regular, porque pues lógico no le puedo ocultar todo el tiempo, si ella es una señorita muy inteligente, lo que sucede a su alrededor y ella le preguntó al respecto y le dijo que en ese momento no estaba laborando, porque había tenido un inconveniente que no le iban a pagar dos meses. Entonces esto le afectó a la niña pensando que no le podían pagar su colegio y tuvo siempre problemas con su vida estudiantil. Y por la señora María, que es una señora que su salud siempre está un poco delicada, lloraba mucho y a Alfredo pues le afecta mucho eso porque anda muy pendiente a su mamá. Inclusive una situación también fue que su hermano menor tuvo un accidente en moto bastante delicado y el también en ese momento estaba haciendo una ayuda. Nosotros no era que ganáramos el mega salario, pero de pronto sacar 100,000 pesos para cada miembro de su familia y hacerle una compra, eso significa mucho para él, para solucionar algo mientras volvían a tener economía. O hacen un muy buen mercado en la casa su mamá porque, de hecho, todos vivían en el mismo sector, y entonces eso fue algo que afectó mucho.

PREGUNTADO: Una última pregunta, ¿qué le consta a usted en relación a los aportes económicas y ayudas de manutención que le hacia Alfredo a su familia y, sobre todo, a los otros demandantes?

CONTESTADO: Bueno Alfredo siempre ha sido una persona muy responsable y muy organizada con sus gastos. Lógico que cuando sucedieron los hechos, todo esto se vino al piso, pero aun así el trataba de resarcir y de responder con todas sus obligaciones. De hecho, a mí el cuándo a veces ya no tenía medio de movilidad, porque para la época yo si tenía un carro, él no tenía entonces el me pedía el favor de qué lo fuera buscar, porque en ese momento de la sanción y toda esa situación. Doris se fue a vivir con su mamá para ayudarse y aliviar económicamente y a mi me tocaba llevarle cosas a la casa. Estar pendiente. Yo le colaboraba mucho en ese aspecto a Alfredo. Vuelvo y repito, con María Camila fue una situación bastante difícil por el colegio, la ruta, la merienda, y pues la señora María ni se diga. Depende del totalmente. Es una señora que no tiene ni pensión, no recibe rentas de absolutamente nada. Entonces él con su mamá siempre estuvo ahí; y el único apoyo de la señora María era su hermano, el otro hijo fallecido que, pues no tenía tampoco ningún ingreso económico por parte de su mamá, y entonces para él fue muy difícil. El prácticamente vivió de lo que el buen corazón de todos los otros como compañeros, pues nosotros siempre, a nivel del das, inclusive hoy en día en Migración Colombia cuando cualquiera nosotros tenemos alguna dificultad económica, proponemos una cuota, por ejemplo, 50,000 pesos cuando nos pagan para ayudar al compañero, para aliviar una dificultad económica. Y prácticamente yo lo hice y él se sintió muy halagado, muy contento que le hayamos podido colaborarle, pero también eso le afectaba porque una persona que está acostumbrada a trabajar, a recibir todo y que de un momento a otro tendrías que vivir, como dicen vulgarmente, en la caridad otras personas, eso lo afectó en todos los aspectos."

De acuerdo con las pruebas practicadas en el proceso disciplinario, se concluye que la conducta del señor Alfredo de Jesús Carrillo Vergara resultó ser sustancialmente ilícita, por no ejercer las funciones de previstas en el Manual de Procedimientos de la Dirección de Extranjería con la debida diligencia y cuidado requeridos por dicho empleo público, en consecuencia, para acreditar el citado elemento estructurante de responsabilidad disciplinaria, la entidad demandada no necesitaba demostrar la causación de daños o perjuicios, sino el desconocimiento de los deberes funcionales, contrario a lo expuesto en la demanda.

Igualmente, es preciso señalar que si bien el testigo solicitado por el demandante se refirió a la relación de compañeros permanentes entre el señor Alfredo de Jesús Carrillo Vergara y su apoderada, así como la supuesta afectación de los demandantes con ocasión de la sanción disciplinaria impuesta al accionante, lo cierto es que este medio de prueba es impertinente para acreditar la causal de nulidad alegada por el demandante, pues está encaminada a probar únicamente la

ocurrencia de perjuicios derivados de la sanción disciplinaria, los cuales solo pueden ser reconocidos judicialmente cuando el acto administrativo acusado sea declarado nulo.

Es claro entonces, que la conducta reprochada al accionante resulta ser sustancialmente ilícita, pues con esta se desconoció el deber funcional de llevar a cabo las funciones del cargo con diligencia y eficiencia, por *–incumplir el procedimiento establecido en el Manual de Procedimientos de la Dirección de Extranjería al otorgar prórroga de permanencia en el país a un extranjero turista-.* Además, del material probatorio allegado al expediente no encuentra la Sala que dicha actuación se encuentre amparada por alguna de las causales de justificación previstas en la Ley 734 de 2002.

2.4 RESOLUCIÓN DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO RELACIONADO CON EL DEBIDO PROCESO POR EXCEDER LOS TÉRMINOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 150 DEL CDU.

- El debido proceso administrativo

La Constitución Política de 1991, en su artículo 29 consagró el derecho fundamental al debido proceso, en aplicación al principio de legalidad,[43] el cual constituye uno de los fundamentos esenciales del Estado Social de Derecho, toda vez que impone un límite al ejercicio del poder público, en especial, a la aplicación del *ius puniendi,* teniendo en cuenta que las funciones del Estado deben ser desarrolladas, con la estricta observancia de los lineamientos o parámetros establecidos previamente por el legislador.

El debido proceso, además de ser un límite al ejercicio del poder público, representa un mecanismo de protección a los derechos de los ciudadanos, pues el Estado no puede limitar su ejercicio o cercenarlos de manera arbitraria o deliberada. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido el debido proceso como un conjunto de lineamientos, parámetros o exigencias consagradas por una Ley, de aplicación obligatoria en cualquier actuación del Estado, bien sea judicial o administrativa.[44]

Entonces, en el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho fundamental objeto de estudio en el presente acápite ha sido denominado por la jurisprudencia y la doctrina, como debido proceso administrativo, que hace referencia a la aplicación de los procedimientos legalmente establecidos por parte de las entidades del Estado, en el curso de cualquier actuación administrativa, con el propósito de garantizar los derechos de las personas que puedan resultar afectadas por las decisiones de la administración. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en reiteradas oportunidades ha sostenido que el debido proceso administrativo está constituido por las siguientes prerrogativas:

> "***(i)*** *ser oído durante toda la actuación,* ***(ii)*** *a la notificación oportuna y de conformidad con la ley,* ***(iii)*** *a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas,* ***(iv)*** *a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su*

[43]El principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador. Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas. Corte Constitucional, sentencia C-710 de 2001, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

[44]Corte Constitucional, sentencia C-034 de 2014, M.P. Dra. María Victoria Calle Correa.

*culminación, **(v)** a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, **(vi)** a gozar de la presunción de inocencia, **(vii)** al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, **(viii)** a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y **(ix)** a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso".*[45]

En virtud de lo expuesto, el debido proceso administrativo impone a las entidades del Estado adelantar cualquier actuación o procedimiento administrativo, cuyo propósito sea crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, con la estricta observancia de los lineamientos previamente consagrados por el legislador, esto con el objeto de garantizar a los ciudadanos que puedan verse afectados por el ejercicio de la función pública, la protección de sus derechos de contradicción y defensa.

Los términos para la ejecución de la etapa de indagación preliminar están consagrados por el artículo 150 del Código Único Disciplinario, cuyo tenor literal dispone lo siguiente:

***"Artículo 150**. Procedencia, fines y trámite de la indagación preliminar. En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar.*

La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad.

En caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará indagación preliminar

En los demás casos la indagación preliminar tendrá una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura. Cuando se trate de investigaciones por violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, el término de indagación preliminar podrá extenderse a otros seis meses.

(…)".

Del texto transcrito se colige, que la indagación preliminar tiene un plazo de duración de 6 meses, contados a partir del auto que ordena su apertura. Se observa que dicho término puede ser prorrogado por 6 meses más en casos puntuales, en consideración de la complejidad del asunto.

- Resolución de los cargos de nulidad relacionados con el segundo problema jurídico.

Al revisar el expediente administrativo dentro del *sub lite*, encuentra esta Subsección, que la etapa de indagación preliminar fue iniciada mediante auto del **9 de noviembre de 2005**,[46] contra el señor Alfredo de Jesús Carrillo Vergara, providencia que le fue notificada personalmente el 16 de noviembre de la misma anualidad.[47]

Así mismo se evidencia, que mediante auto del 20 de febrero de 2006,[48] la Oficina de Control Disciplinario Interno negó la prueba de polígrafo solicitada por el

---

[45] Corte Constitucional, sentencia C-980 de 2010, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
[46] Visible a folio 21 del expediente – cuaderno de pruebas 3º.
[47] Según constancia visible a folio 40 del expediente – cuaderno de pruebas 3º.
[48] Folio 63 del expediente – cuaderno de pruebas 3º.

demandante y decretó de oficio la práctica de un dictamen grafológico al pasaporte del turista estadounidense Jean Nicca Jr., con el fin de establecer si la firma que obraba en ese documento correspondía a la del funcionario Alfredo de Jesús Carrillo Vergara; notificado personalmente el 6 de marzo siguiente[49].

Posteriormente, a través de auto de **27 de enero de 2010**,[50] la Jefe de Oficina de Control Disciplinario Interno del DAS ordenó iniciar investigación disciplinaria contra el accionante, actuación notificada personalmente el 25 de febrero del mismo año.[51]

De conformidad con lo expuesto, observa la Sala, que la indagación preliminar en el caso de la referencia se prolongó desde el 9 de noviembre de 2005, fecha de su apertura, hasta el 27 de enero de 2010, fecha en la que fue proferido el acto de apertura de la investigación disciplinaria, es decir, que la indagación preliminar en el proceso disciplinario promovido en contra del accionante tuvo una duración de 4 años, 2 meses y 18 días, por lo que se evidencia que si bien en el presente asunto existió exceso en los términos en la etapa aludida, lo cierto es que se cumplió con la finalidad de dicha etapa del proceso disciplinario prevista en el artículo 150 de la Ley 734 de 2002, pues la autoridad disciplinaria recaudó los elementos probatorios suficientes para determinar si la actuación debía ser archivada o si se requería iniciar investigación disciplinaria, y se pronunció frente a la solicitud de pruebas del entonces investigado y decretó nuevas pruebas que también fueron practicadas.

Adicional a lo expuesto, advierte la Corporación, que el exceso del término para el desarrollo de la etapa de indagación preliminar, dicha prolongación en los términos, no constituye por sí sola una irregularidad sustancial en el proceso disciplinario, con capacidad de vulnerar el debido proceso administrativo y variar el sentido de la decisión en caso que se hubiera aplicado con estricta observancia; por lo tanto, tal dilación no generaría causal de nulidad en el proceso disciplinario materia de análisis, por lo que el argumento objeto de estudio en el presente acápite no tiene méritos de prosperidad, tal como lo ha expuesto de manera pacífica la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación.[52]

2.6 RESOLUCIÓN DEL TERCER PROBLEMA JURÍDICO RELACIONADO CON LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA.

- Marco legal y jurisprudencial de la prescripción de la acción disciplinaria

La prescripción de la acción disciplinarla fue plasmada por primera vez en el artículo 12 de la Ley 25 de 1974[53], con el siguiente tenor:

> *"Artículo 12. La acción disciplinaria prescribe en cinco años contados a partir del último acto constitutivo de la falta."*

---

[49] Folio 76 del expediente – cuaderno de pruebas 3º.
[50] Visible a folios 90 a 95 del expediente – cuaderno de pruebas 3º.
[51] Según constancia visible a folio 108 del expediente – cuaderno de pruebas 3º.
[52] Véase al respecto:
Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 31 de mayo de 2018. Rad. 66001-23-33-000-2014-00413-01(1885-17). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.
Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia del 5 de abril de 2018. Rad. 11001-03-25-000-2012-00143-00(0610-12). C.P. William Hernández Gómez.
Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia 14 de noviembre de 2019. Rad. 11001-03-25-000-2011-00645-00 (2493-11). C.P. César Palomino Cortés.
Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia del 11 de julio de 2019. Rad. 19001-23-33-000-2015-00069-01(2089-17). C.P. Gabriel Valbuena Hernández.
[53] Por la cual se expiden normas sobre organización y funcionamiento del Ministerio Público y régimen disciplinario y se dictan otras disposiciones.

Posteriormente, el legislador mediante la Ley 13 de 1984[54], en el artículo 6 señaló lo siguiente:

> *"Artículo 6. Prescripción de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria prescribe en cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, término dentro del cual deberá igualmente imponerse la sanción."* (Subrayado fuera de texto).

Luego se expidió la Ley 200 de 1995 - Código Disciplinario Único, en cuyo artículo 34 consagró la figura de la prescripción de la acción disciplinaria en los siguientes términos:

> *"Artículo 34 Términos de prescripción de la acción y de la sanción. La acción disciplinaria prescribe en el término de cinco (5) años. La prescripción de la acción empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de la consumación y desde la realización del último acto, en las de carácter permanente o continuado.*
>
> *Parágrafo 1. Párrafo declarado inexequible.*
>
> *Parágrafo 2. La ejecución de la sanción disciplinaria prescribe en un término de dos (2) años, contados a partir de la ejecutoria del fallo. Estos términos prescriptivos se aplicarán a la acción disciplinaría originada en conductas realizadas por los miembros de la fuerza pública."*

Las normas antes trascritas fueron analizadas e interpretadas por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado en la sentencia de 23 de mayo de 2002[55] dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el señor Álvaro Hernán Velandia Hurtado contra la Procuraduría General de la Nación[56], en un asunto[57] en el cual el actor argumentaba que había ocurrido la prescripción de la acción disciplinaria porque el fallo sancionatorio que resolvió los recursos de la vía gubernativa no fue expedido y notificado dentro del plazo de 5 años contado desde la comisión de la falta[58].

En este caso la Sección Segunda, Subsección B, acogió la tesis del actor, señaló que el legislador no indicó cuál es el acto que impone la sanción e interrumpe el término de prescripción, por lo cual consideró que la sanción se debía considerar impuesta cuando se hubiere expedido y notificado el fallo disciplinario inicial pero si se interpusieron recursos cuando se expida y notifique el fallo disciplinario que los resuelva; en consecuencia como la Procuraduría General de la Nación no había notificado el fallo disciplinario que resolvió un recurso de reposición contra el fallo de única instancia dentro del plazo de los 5 años siguientes a cometimiento

---

[54] Por la cual se establecen normas que regulan la administración del personal civil y demás servidores que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional y se dictan disposiciones sobre el régimen de Carrera Administrativa.

[55] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 23 de mayo de 2002, M P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante Actor: Álvaro Hernán Velandia Hurtado. Expediente No. 17112.

[56] Mediante los fallos de 5 de julio (fallo de única instancia) y de 19 de julio de 1995 (fallo que resuelve reposición) proferidos por el Procurador Delegado para la Defensa de los Derechos Humanos.

[57] En este caso el señor Álvaro Hernán Velandia Hurtado, General del Ejército, fue investigado y sancionado por la Procuraduría General de la Nación, por haber participado en la muerte (12 de septiembre de 1987) y desaparición (el cadáver fue encontrado e identificado el 26 de julio de 1990) de la señora Nidia Erika Bautista (hechos ocurridos en el municipio de Guayabal - Cundinamarca).

[58] El demandante de ese caso, el señor Álvaro Hernán Velandia Hurtado señaló que: 1) la falta disciplinaria fue cometida el 26 de julio de 1990, por lo tanto el término de prescripción de 5 años vencía el 26 de julio de 1996; 2) dentro del término de prescripción la autoridad disciplina debía haber expedido y notificado no solo el fallo disciplinario principal sino también expedido y notificado el fallo que resolviera los recursos interpuestos y 3) el fallo disciplinario de única instancia por el cual fue sancionado se expidió el 5 de julio de 1995 y pero el fallo que resolvió un recurso de reposición contra este si bien fue expedido el 19 de julio de 1995 solo fue notificado el 25 de agosto de 1995, esto es por fuera del termino de prescripción de la acción disciplinaria.

de la falta, debían anularse los actos administrativos acusados. Así señaló la providencia en mención:

> *"En el caso de análisis, como ya se relató, la decisión era de única instancia pero estaba sujeta a recurso de reposición y debió concluirse la actuación antes del 26 de julio de 1995.*
>
> *El asunto se definió en tiempo por la Resolución No. 13 de 5 de junio de 1995 pero esta fue recurrida y la decisión del recurso se tomó mediante Resolución No. 16 de 19 de julio de 1995, todavía en tiempo, pero como no se notificó en debida forma, los interesados interpusieron acción de tutela, en protección de su derecho constitucional fundamental al debido proceso, que les fue favorable, razón por la cual la providencia sólo quedó ejecutoriada el 25 de agosto de 1995, vencido el termino de prescripción de la acción disciplinaria.".*
>
> *Significa lo anterior que la resolución No. 16 de 19 de julio de 1995 quedó ejecutoriada por fuera del periodo quinquenal de prescripción y, en consecuencia, cuando la Procuraduría Delegada impuso al actor la sanción de destitución había perdido competencia sancionarlo.".*

Contra la anterior decisión la PGN interpuso recurso extraordinario de revisión, el cual fue decidido por la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado en sentencia de 29 de septiembre de 2009[59], revocó la sentencia de la Sección Segunda Subsección B de esta Corporación antes trascrita y señaló que el acto que impone la sanción y en consecuencia interrumpe el término de la prescripción es el principal –*el fallo de primera o única instancia según el caso*-, pues es este el que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria y concreta la expresión de la voluntad de la administración, mientras que los actos que resuelven los recursos corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es emitir el pronunciamiento sino permitir a la administración revisar su decisión. Así señaló la providencia en mención:

> *"Bajo este hilo conductor, y en la necesidad de unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, asunto que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia jurídica a la Sala Plena, a continuación se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que la tesis de recibo que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración.*
>
> *Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado. Así, la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio*

[59] Sentencia de 29 de septiembre de 2009, M.P. Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación número 11001-03-15-000-2003-00442-01 (S).Actor: Álvaro Hernán Velandia Hurtado. Debe resaltarse que: 1) contra esta sentencia de la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, el señor Álvaro Hernán Velandia Hurtado interpuso acción de tutela la cual fue declarada improcedente por la Sala de Conjueces de la Sección Cuarta del Consejo de Estado en la sentencia de 6 de marzo de 2014 (Radicación 11001-03-15-000-2010-000764-3) y 2) La Corte Constitucional mediante auto de 25 de julio de 2014 decidió no seleccionar para revisión la sentencia de tutela de 6 de marzo de 2014 proferida en segunda instancia por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por lo cual esa decisión constitucional de instancia hizo tránsito a cosa juzgada constitucional.

del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto.
(...)
Afirmar que la administración, además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del término de cinco años a partir del acto constitutivo de la falta la actuación administrativa sancionatoria también está obligada dentro de ese lapso a resolver los recursos de la vía gubernativa e incluso a notificar el acto que resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla y permite, finalmente, dejar en manos del Investigado, a su arbitrio, la determinación de cuándo se "impone" la sanción, porque en muchas ocasiones es del administrado de quien dependen las incidencias del trámite de notificación de las providencias.
(...)
Por el contrario, imponer la sanción disciplinaria dentro del término de cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, significa que, como máximo, dentro de dicho plazo debe la autoridad pública expedir y notificar el acto administrativo principal, es decir, el acto primigenio que resuelve y que pone fin a la actuación administrativa disciplinaria.
(...)
En su misión de unificar jurisprudencia, la Sala adopta la tesis según la cual entratándose de régimen sancionatorio disciplinario, la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa." (Subrayado fuera de texto).

Con posterioridad a los hechos que dieron lugar a las decisiones judiciales antes trascritas, el legislador expidió la Ley 734 de 2002 en cuyo artículo 30 consagró la prescripción de la acción disciplinaria de la siguiente forma:

> *"Artículo 30. Términos de prescripción de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto.*
>
> *En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 del artículo 48.*
>
> *Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas. Parágrafo. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique."*

Ahora bien, bajo la vigencia del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sus dos subsecciones, ha aplicado la tesis decantada por la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, en la sentencia de unificación de jurisprudencia de 29 de septiembre de 2009, antes citada, así:

La Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, en sentencia de 13 de febrero de 2014[60], en un asunto[61] donde el actor acusaba que se había configurado la prescripción de la acción disciplinaria porque la PGN no notificó el

[60] Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección "A". Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón. Sentencia de 13 de febrero de 2014. Expediente 25000232500020070058 2 02. Actor: Eugenio Tercero Gil Gil.
[61] El actor de este caso, Eugenio Tercero Gil Gil, afirmó que la conducta disciplinable se generó con la suscripción del contrato N° 050 de 28 de diciembre de 2001 por lo cual el plazo de 5 años establecido en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002 vencía el 28 de diciembre de 2006, en consecuencia se configuró la prescripción de la acción disciplinarla dado que el fallo de segunda instancia se profirió el 6 de diciembre de 2006 y se notificó por edicto el 22 de enero de 2007.

fallo de segunda instancia dentro del término de los 5 años -*señalado en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002*-, afirmó que la sanción disciplinaria se impone y en consecuencia se interrumpe el término de la prescripción con la expedición y notificación del fallo disciplinario principal y no con la expedición y notificación del fallo que resuelva los recursos de la vía gubernativa. Así señaló la providencia en mención:

> *"En ese orden, sea lo primero precisar que para la fecha en que se inició el proceso disciplinario, esto es, en el año 2004, estaba vigente la Ley 734 de 2002, la cual en su artículo 30 previó la prescripción como forma de extinción de la acción, en los siguientes términos:*
>
> > *Términos de prescripción de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto. (...)*
>
> *De la lectura de la norma transcrita, la Sala observa que el legislador sólo precisó el momento en que se empieza a contar el término de prescripción de los cinco años, mas no señaló los eventos ni el momento en que se entiende interrumpido.*
>
> *Ante tal vacío jurídico propiciado por la norma, esta Corporación señaló:*
>
> > *"En su misión de unificar jurisprudencia, la Sala adopta la tesis según la cual entratándose de régimen sancionatorio disciplinario, la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración. Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado (...)".*
>
> *Lo anterior quiere decir que para efecto de la interrupción de la prescripción de la acción disciplinaria, no basta con la expedición del acto principal sino que además es necesaria la notificación del mismo para que surta plenos efectos jurídicos*[62]*.".*

Esta misma interpretación jurídica del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, fue acogida posteriormente por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado en sentencia de 28 de julio de 2014[63], en un asunto de similares características al presente, en el cual el actor presentó como argumento de nulidad la prescripción de la acción disciplinaria argumentando que la Procuraduría General de la Nación profirió y notificó por fuera del término de 5 años el fallo que resolvió un recurso de reposición que interpuso contra el fallo de única instancia[64]; la Sala señaló que dentro del mencionado plazo, para que no

---

[62] La Corte Constitucional en sentencia C-1076 de 2002 adoptó el mismo criterio en cuanto a que la ejecutoria de las providencias disciplinarias comprende también su notificación, cuando declaró exequible el artículo 119 de la Ley 734 de 2002, que si bien no es aplicable al presente asunto, su contenido material es el mismo del otrora artículo 98 de la Ley 200 de 1995.

[63] Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E). Sentencia de 28 de julio 2014. Expediente N° 11001-03-25-000-2011-00365-00. Interno 13/7-2011. Actor: Jorge Aurelio Noguera Cotes.

[64] En este caso el demandante, el señor Jorge Aurelio Noguera Cotes, Director del Departamento Administrativo de Seguridad — DAS, había sido sancionado por la Procuraduría General de la Nación por haber permitido que la entidad que dirigía realizara sin orden judicial interceptaciones telefónicas y

opere la prescripción la autoridad disciplinaria solo debe proferir el acto administrativo principal y no los que resuelven los recursos interpuestos contra este. La sentencia mencionada señaló lo siguiente:

> *"La Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, en relación con la prescripción de la acción sancionatoria, mediante sentencia de 23 de mayo de 2002 precisó que dentro del plazo antes señalado la Autoridad competente debe no solo tramitar la acción sino imponer la sanción, lo cual significa que los recursos interpuestos deben estar resueltos y notificada la decisión, en los términos que establecían los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo.*
>
> *No obstante, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al resolver un Recurso Extraordinario de Súplica interpuesto contra la mencionada providencia, en sentencia de 29 de septiembre de 2009 infirmó la tesis antes mencionada.*
>
> *En esta decisión se señaló que, para efectos de la prescripción de la acción disciplinaria la Autoridad competente dentro de los cinco (5) años siguientes al cometimiento de la conducta investigada, únicamente debía concluir la actuación administrativa, esto es, expedir y notificar el acto administrativo principal, pues éste es el que resuelve de fondo el proceso sancionatorio, define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria y concreta la expresión de voluntad de la Administración.*
>
> *De lo anterior, se concluye que la Jurisprudencia vigente de la Sala Plena del Consejo de Estado en materia de prescripción de la acción administrativa disciplinaria, señala que dentro del término prescriptivo establecido por la ley, la autoridad competente debe concluir únicamente la actuación administrativa expidiendo y notificando el acto que resuelve la situación disciplinaria del encartado sin que comprenda en ella la resolución de los recursos interpuestos contra la decisión principal que impone la sanción disciplinaria al investigado, con los cuales se agotaría la vía gubernativa.*
>
> *En este orden de ideas, dado que el Procurador General de la Nación profirió el Fallo Disciplinario de Única Instancia el 1° de octubre de 2010, con el cual agotó la vía administrativa, la acción disciplinaria, contrario a lo manifestado por el demandante, no había prescrito en la medida en que, el plazo para el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado vencía el 25 de octubre de 2010, fecha en la cual se cumplían los cinco (5) años otorgados por la ley para para culminar el trámite sancionatorio.".*

En reciente pronunciamiento el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de 30 de junio de 2016[65], nuevamente se pronunció en cuanto a la figura de la prescripción de la acción disciplinaria consagrada en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002; en esta oportunidad la Sala reiteró que la autoridad disciplinaria impone la sanción e interrumpe el término de la prescripción con la expedición y notificación del fallo disciplinario principal y no con el que resuelve los recursos interpuestos contra éste. Así señaló la providencia:

> *"En torno a la figura de la prescripción de la acción disciplinaria y la interrupción del término prescriptivo, esta Subsección ha sostenido:*

---

seguimientos a varias personas. Argumentaba el actor que la última de las conductas reprochadas había sido cometida el 25 de octubre de 2005, por lo cual los 5 años de prescripción de la acción vencían el 25 octubre de 2010 y dado que el fallo que resolvió un recurso de reposición contra el fallo de única instancia fue proferido el 19 de noviembre de 2010, se había configurado la prescripción de la acción disciplinaria.

[65] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia de 30 de junio de 2016. Radicación 11001 03 25 000 2011 00170 00 (0583-11). Actor: Sabas Pretelt de La Vega.

"De la lectura de la norma transcrita, la Sala observa que el legislador sólo precisó el momento en que se empieza a contar el término de prescripción de los cinco años, mas no señaló los eventos ni el momento en que se entiende interrumpido.

Ante tal vacío jurídico propiciado por la norma, esta Corporación señaló:

En su misión de unificar jurisprudencia, la Sala adopta la tesis según la cual entratándose de régimen sancionatorio disciplinario, la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración. Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado (...).

Lo anterior quiere decir que para efecto de la interrupción de la prescripción de la acción disciplinaria, no basta con la expedición del acto principal sino que además es necesaria la notificación del mismo para que surta plenos efectos jurídicos.

Lo expuesto por cuanto si la finalidad de la creación de los términos de prescripción es la necesidad de buscar la certidumbre jurídica de los derechos, es lógico que solo se llega a tener certeza de éstos, cuando el administrado conoce su situación jurídica, es decir, cuando se le notifica de la providencia que la resuelva.

En definitiva, los cinco años de prescripción de la acción disciplinaria se empiezan a contabilizar para las faltas instantáneas desde el día de la consumación y en las de carácter permanente o continuada, desde la realización del último acto, y se interrumpe con la debida notificación al disciplinado de la providencia que defina la situación jurídica.".

Del anterior análisis legal y jurisprudencial, es válido concluir que la tesis vigente en materia de prescripción de la acción disciplinaria es la contenida en la sentencia de unificación de jurisprudencia de 29 de septiembre de 2009 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, según la cual, dentro del término de los 5 años establecido por el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, la autoridad disciplinaria competente solo debe proferir y notificar el acto principal esto es el fallo de primera o única instancia con el cual interrumpe el término de prescripción.

- Resolución de los cargos de nulidad relacionados con el tercer cargo de nulidad.

El demandante sostuvo que los hechos que dieron origen a la investigación disciplinaria acaecieron el 15 de julio de 2005, por lo que la acción disciplinaria se extinguió el 15 de julio de 2010; sin embargo, la decisión se materializó con el fallo de segunda instancia que se notificó el 7 de septiembre de 2010, según su dicho cuando el DAS había perdido la competencia para proferir decisión de fondo.

De conformidad con el análisis legal y jurisprudencial realizado en el acápite anterior de esta providencia *-Marco legal y jurisprudencial de la prescripción de la*

acción disciplinaria-, la autoridad disciplinaria dentro del plazo de los 5 años establecido en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002 debe imponer la sanción, lo cual de acuerdo con la jurisprudencia unificada, reiterada y vigente del Consejo de Estado[66] consiste solo en expedir y notificar el fallo disciplinario principal, a saber el de primera o única instancia, y no el que resuelve los recursos interpuestos contra estos.

Expuesto lo anterior, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente el término de 5 años de la prescripción de la acción disciplinaria inició el 15 de julio de 2005, por tratarse de una conducta instantánea acaecida cuando el accionante le entregó al ciudadano extranjero Jean Nicca Jr. una prórroga de 30 días de permiso de ingreso en nuestro país.

Ahora bien, el fallo disciplinario de primera instancia fue expedido por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal el 6 de julio de 2010, notificado personalmente a la apoderada del disciplinado el 8 de julio de 2010[67], esto es, dentro del término de la prescripción de la acción disciplinaria.

Para mayor claridad del asunto, a continuación se esquematizan las fechas de las actuaciones disciplinarias, en el siguiente cuadro:

	Evento disciplinario	Fechas	
1	Conducta cometida por la disciplinada	15 de julio de 2005	**Plazo de cinco (5) años de prescripción de la acción disciplinaria**
2	**Fallo disciplinario de primera instancia proferido por la Oficina de Control Disciplinario Interno del DAS**	**6 de julio de 2010**	
3	**Notificación a la disciplinada del fallo disciplinario de primera instancia.**	**8 de julio de 2010**	
4	**Vencimiento del plazo de 5 años de la prescripción de la acción disciplinaria (artículo 30 de la Ley 734 de 2002 –sin la modificación de la Ley 1474 de 2011).**	**15 de julio de 2010**	
5	Fallo disciplinario de segunda instancia proferido por el Director del extinto DAS.	23 de agosto de 2010	
6	Notificación del fallo disciplinario de segunda instancia.	6 de septiembre de 2010	

Como puede observarse del esquema anterior, la autoridad disciplinaria que adelantó el proceso sancionatorio contra el señor Alfredo de Jesús Carrillo Vergara agotó dentro del término de prescripción de la acción disciplinaria todas las actuaciones a las cuales legal[68] y jurisprudencialmente[69] estaba obligada, esto es profirió (fila 2 del cuadro) y notificó (fila 3 del cuadro) el fallo de primera instancia, por lo que este cargo no tiene vocación de prosperidad.

---

[66] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 23 de mayo de 2002, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante. Actor: Álvaro Hernán Velandia Hurtado. Expediente No. 17112; Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa, sentencia de 29 de septiembre de 2009, M.P. Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación número: 11001-03-15-000-2003-00442-01 (S).Actor: Álvaro Hernán Velandia Hurtado; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 13 de febrero de 2014, Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón, expediente 250002325000200700582 02. Actor: Eugenio Tercero Gil Gil; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E), sentencia de 28 de julio 2014, expediente n° 11001-03-25-000-2011- 00365-00, actor: Jorge Aurelio Noguera Cotes; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia de 30 de junio de 2016, expediente 11001 03 25 000 2011 00170 00 (0583-11), Actor: Sabas Pretelt de la Vega.

[67] Según se observa en el acta de notificación personal que obra a folios 132 del expediente – cuaderno principl 1º.

[68] Ley 734 de 2002, artículo 30.

[69] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 29 de septiembre de 2009. M.P. Susana Buitrago. Radicación número: 11001-03-15-000-2003-00442-01 (S). Actor: Álvaro Hernán Velandia Hurtado.

2.7 RESOLUCIÓN DEL CUARTO PROBLEMA JURÍDICO RELACIONADO CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN.

- El principio de proporcionalidad de la sanción

El CDU establece en el artículo 18, frente al principio de proporcionalidad que *"La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley."*

La escala de graduación de las sanciones disciplinarias, que desarrolla el principio de proporcionalidad, se encuentra establecida en el artículo 44 de la Ley 734 de 2002. La citada disposición prevé:

> ***"Artículo 44. Clases de sanciones.*** *El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:*
>
> *1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.*
>
> *2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.*
>
> *3. Suspensión, para las faltas graves culposas.*
>
> *4. Multa, para las faltas leves dolosas.*
>
> *5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.*
>
> ***PARÁGRAFO.*** *Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones."*

La citada disposición normativa establece la sanción que debe ser impuesta de acuerdo a la gravedad de la falta disciplinaria cometida y el título de culpabilidad imputado. La sanción más gravosa, que corresponde a la destitución del cargo más inhabilidad general es atribuida a las conductas descritas por la Ley como faltas gravísimas cometidas a título de dolo o culpa gravísima. Las faltas gravísimas cometidas a título de culpa grave serán sancionadas con suspensión en el ejercicio del cargo más inhabilidad especial, así como las faltas graves dolosas. Las faltas graves culposas (culpa gravísima o culpa grave) serán sancionadas con suspensión en el ejercicio del cargo. Las faltas leves dolosas serán sancionadas con multa, y las cometidas a título de culpa ameritan sanción de amonestación.

Los límites de las sanciones referidas se encuentran definidos por el artículo 46 de la Ley 734 de 2002, cuyo texto dispone:

> ***"Artículo 46. Límite de las sanciones.*** *<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente.*
>
> *La suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses. Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo*

o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial.

La multa no podrá ser inferior al valor de diez, ni superior al de ciento ochenta días del salario básico mensual devengado al momento de la comisión de la falta.

La amonestación escrita se anotará en la correspondiente hoja de vida."

Ahora bien, para mejor comprensión del asunto en cuestión, la Sala se permite realizar el siguiente esquema:

Los tipos de sanción disciplinaria y sus límites		
Tipo de falta	**Título de culpabilidad**	**Sanción y límite**
Falta gravísima	Dolo	Destitución e inhabilidad general entre 10 y 20 años
	Culpa gravísima	
	Culpa grave	Suspensión en el ejercicio del cargo entre 1 y 12 meses e inhabilidad especial por el mismo término
Falta grave	Dolo	Suspensión en el ejercicio del cargo entre 1 y 12 meses e inhabilidad especial por el mismo término
	Culpa	Suspensión en el ejercicio del cargo entre 1 y 12
Falta leve	Dolo	Multa de 10 a 180 salarios mínimos legales mensuales vigentes
	Culpa	Amonestación que será anotada en la hoja de vida

Al respecto, el Consejo de Estado ha expuesto que, la proporcionalidad de la sanción disciplinaria también está íntimamente ligada a la culpabilidad que se logre demostrar durante el proceso en cabeza del funcionario disciplinado. En idéntico sentido, la Corte Constitucional ha afirmado que la proporcionalidad es un principio que impone límites a la sanción disciplinaria, *"en virtud del cual la gradación, en abstracto y en concreto, de la sanción, debe hacerse de acuerdo con la gravedad del injusto, y el grado de culpabilidad"*.[70]

En el mismo sentido, la Procuraduría General de la Nación a través de la obra titulada *"El principio de proporcionalidad en el ámbito de las sanciones disciplinarias en Colombia",* determinó que el alcance de cada sanción se establecerá teniendo en cuenta el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta, el daño al interés público, la reiteración o reincidencia, así como el grado de participación.

Así mismo, el artículo 57 *ibídem*, establece que "*Además de los criterios para la graduación de la sanción consagrados para los servidores públicos, respecto de los destinatarios de la ley disciplinaria de que trata este libro, se tendrán en cuenta el resarcimiento del perjuicio causado, la situación económica del sancionado, y la cuantía de la remuneración percibida por el servicio prestado."*

[70] Sentencia Consejo de Estado Rad. 11001-03-25-000-2013 00117-00(0263-13). 26 de marzo de 2014. C.P. Gustavo Gómez Aranguren

- Resolución de los cargos de nulidad, referidos al cuarto problema jurídico.

Expuesto lo anterior, observa la Sala que el accionante fue sancionado por la comisión de la falta grave por omitir el cumplimiento del deber previsto en el artículo 34, numeral 1º de la Ley 734 de 2002[71], con suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial por el término de 2 meses. De la confrontación de la sanción mencionada, con el cuadro anterior se evidencia que esta se encuentra dentro del límite legal establecido para las faltas graves dolosas, incluso se impuso un término mínimo de inhabilidad, conforme el criterio previsto en el numeral 1º, ordinal i) *ibídem*, atinente al conocimiento de la ilicitud sustancial del disciplinado, pues a pesar de haberse detectado su irregularidad por parte de su jefe inmediato, éste le negó que la firma del documento fuera del actor, actitud a partir de la cual concluyó el administrador el ánimo del demandante de engañar a la administración.

Así las cosas, concluye esta Corporación que la sanción disciplinaria impuesta al señor Alfredo de Jesús Carrillo Vergara por el DAS no vulneró el principio de proporcionalidad de la sanción, en consecuencia, el cargo de la violación aquí estudiado tampoco prospera.

Por consiguiente en el caso objeto de estudio, el demandante mediante los argumentos expuestos tanto en la demanda, no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los fallos disciplinarios mediante los cuales el DAS le impuso correctivo disciplinario consistente en la suspensión en el ejercicio del cargo de Detective Profesional 207-09 de la entidad demandada por el término de 2 meses.

Adicional a ello, la ecuación disciplinaria fue abordada por la autoridad disciplinaria, bajo un análisis que se adentró en estructurar el reproche, tal como ha quedado analizado en el *Sub examine*, el que se acopla con el marco legal y constitucional de los hechos conforme fueron probados en el proceso. La aplicación del principio de proporcionalidad en la sanción demostró la aplicación del artículo 18 del CDU y la jurisprudencia constitucional.

En consecuencia por los motivos señalados en esta providencia se negarán las pretensiones de la demanda por la cual se solicitó la nulidad de los fallos disciplinarios de 6 de julio y 23 de agosto de 2010 por proferidos por el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario y el Director del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, a través de los cuales fue sancionado con la suspensión en el ejercicio del cargo por 2 meses, al hallarlo responsable del incumplimiento del artículo 34, numeral 1º de la Ley 734 de 2002.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

III. FALLA

---

[71] “Artículo 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público:
1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.”
En concordancia con el Manual de Procedimientos para la Dirección de Extranjería Capítulo XII, numeral 13.3”

PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda, por la cual el señor Alfredo de Jesús Carrillo Vergara en nombre propio y en representación de María Camila Carrillo Vergara *–hija menor de edad-*, así como las señoras María Catalina Vergara Alvis *-madre-* y Doris Ortega Galindo *-compañera permanente-,* solicitaron la nulidad de los fallos disciplinarios de 6 de julio y 23 de agosto de 2010 proferidos por el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario y el Director del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, a través de los cuales el primero de los demandantes antes mencionados fue sancionado con suspensión del ejercicio del cargo de Detective Profesional 207-09 e inhabilidad especial, por el término de 2 meses.

SEGUNDO: Por la Secretaria de la Sección Segunda, insértese al expediente físico del presente proceso que obra en esa dependencia, copia de esta providencia y de todas las actuaciones registradas en el sistema de gestión judicial SAMAI desde que aquel fue digitalizado *–índice 32 y siguientes-*.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

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

(Firmado electrónicamente)
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

(Firmado electrónicamente)
CARMELO PERDOMO CUÉTER

(Firmado electrónicamente)
CÉSAR PALOMINO CORTÉS