



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 11001-03-25-000-2011-00614-00 (2367-2011)
Demandante: Nellys del Carmen Fuenmayor López y otros
Demandado: Procuraduría General de la Nación¹

Tema: Sanción disciplinaria. Destitución e inhabilidad general. Debido proceso. **NIEGA PRETENSIONES.**

SENTENCIA ÚNICA INSTANCIA (Decreto 01 de 1984)

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho² promovido por la señora Nellys del Carmen Fuenmayor López y otros, contra la Procuraduría General de la Nación.

ANTECEDENTES

Los señores Nellys del Carmen Fuenmayor López, Walter Jesús Cardona Camargo, Doris Esther Mejía Guerra y Óscar Emilio Gómez Moscote, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984³, con el fin de que se acceda a las siguientes:

PRETENSIONES

Que se declare la nulidad del fallo del 27 de abril de 2005, mediante el cual los demandantes fueron declarados responsables disciplinariamente y se les impuso sanción de destitución e inhabilidad general para desempeñar cargos públicos por el término de 15 años, excepto a la señora Doris Esther Mejía Guerra, cuya inhabilidad fue de 10 años; así como la decisión del 9 de diciembre de la citada anualidad que confirmó la decisión inicial.

A título de restablecimiento del derecho, solicitaron, se declare que no están inhabilitados para ejercer empleos o funciones públicas y que, como consecuencia de ello se ordene a la demandada que extinga y deje sin efectos el registro de la

¹ En adelante PGN.

² Demanda -folios 1 a 68 del cuaderno principal- y adición -folios 558 a 568, cuaderno 3-.

³ Vigente para la época de la demanda, dado que fue invocada el 17 de mayo de 2006, según acta individual de reparto visible a folio 167 del cuaderno principal.



sanción cuya nulidad se declare.

Igualmente, como reparación, peticionaron que se condene a pagar a cada uno de los demandantes la indemnización actualizada y con intereses por los daños i) morales, en suma equivalente a 200 smlmv; ii) a la vida de relación, en cuantía de 200 smmlv; y iii) materiales por el lucro cesante desde que quedaron en firme los actos acusados y por el tiempo en el que se encuentre en vigor la sanción disciplinaria, tomando como base para liquidarlo, el último salario devengado por ellos en su condición de servidores públicos del municipio de Riohacha.

Que se dé cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA y se condene en costas a la demandada.

HECHOS

La demanda se fundamenta en los hechos que se resumen de la siguiente manera:

Que los demandantes ocuparon los siguientes cargos en la Alcaldía de Riohacha: Nellys del Carmen Fuenmayor López asesora jurídica, Walter Jesús Cardona Camargo secretario de Hacienda y Gestión Financiera, Doris Esther Mejía Guerra jefe de la Oficina de Descentralización en Salud y Óscar Emilio Gómez Moscote jefe de la Oficina de Contratación y Asuntos Especiales.

Que la Procuraduría General de la Nación, les adelantó proceso disciplinario 1547-103737, mediante el cual los sancionó disciplinariamente con destitución de sus empleos e inhabilidad general por el término de 10 años para Doris Esther Mejía Guerra y de 15 años para los demás.

Que la autoridad disciplinaria les formuló un cargo único consistente en suscribir el documento con fecha del 31 de marzo de ese mismo año denominado: «Informe Final y Decisión sobre la contratación de las ARS para la Administración del Régimen Subsidiado del municipio de Riohacha», que sirvió de base para la celebración, por parte del alcalde, del contrato 010 de 2004.

En ese documento, según la PGN, se determinó que los 16.662 indígenas de la comunidad wayuu, afiliados a las ocho entidades administradoras del régimen subsidiado en salud que funcionaban en el mencionado ente territorial⁴, serían trasladados a la EPS Indígena Asociación Indígena del Cauca (AIC EPSI), entidad que fue inscrita irregularmente para que operara como ARS en dicha localidad y no estaba autorizada para administrar sus subsidios.

Que, a partir de ese cargo, se les acusó de cometer la falta gravísima tipificada en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por haber participado en la

⁴ ARS Saludvida, Comparta Salud, Dusakawi, Asociación Mutual Barrios Unidos, Anas Wayuu, Humanavivir, Caprecom y Cajasalud UT.



etapa precontractual con desconocimiento de los principios que regulan la función administrativa contemplados en la Constitución y en las leyes, en particular los de imparcialidad y contradicción.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Que los actos acusados vulneraron Constitución Política (sin indicar preceptos concretos); los artículos 82, 84 y siguientes del CCA; 75 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; las Leyes 100 de 1993 y 691 de 2001.

La formulación del concepto de violación en la demanda se expresó a partir de los siguientes cargos: i) violación del debido proceso; y ii) falsa motivación.

Que se vulneró el debido proceso, dado que, en el pliego de cargos, en el párrafo siguiente a la formulación de la única acusación imputada, la autoridad disciplinaria sostuvo que obraban como medios de convicción los que conformaban la investigación, en especial, los relacionados en el punto 2.1 del acápite de hechos y pruebas, y este, en realidad, no contenía prueba alguna, sino el análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales.

Que la PGN utilizó el mismo razonamiento sobre la falta de autorización de la AICEPSI para operar como ARS en Riohacha, para endilgarle responsabilidad, tanto al entonces alcalde Wilder Antonio Ríos Rojas, como a los demandantes, sin tener en cuenta las diferentes funciones o competencias de todos estos servidores y que los cargos reprochados eran distintos.

Que, en la imputación de la falta gravísima tipificada en el numeral 31 del artículo 48 del CDU, se invocó el principio de imparcialidad acorde con lo previsto en los artículos 209 de la Constitución y 3.º del CCA, pero la PGN, al utilizar la definición de este principio, solo transcribió su primera parte, e ignoró la que prevé que esto se debe hacer «sin ningún género de discriminación y con igualdad de tratamiento», respetando el orden en el que actúen ante ellos.

Que los principios de imparcialidad y contradicción, cuya violación le fue reprochada a los demandantes, no conciernen a la contratación estatal ni a la función administrativa, pues no están contenidos en la Ley 80 de 1993 y tampoco en el artículo 209 superior, por lo que el tipo disciplinario a ellos imputado no establece como falta la transgresión de aquellos.

Que la demandada no cumplió con los parámetros de exequibilidad condicionada en relación con el numeral 31 del artículo 48 del CDU, definidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005, que le imponían el deber de concretar los principios de imparcialidad y contradicción con normas constitucionales de aplicación directa o de rango legal, y que permitan la descripción clara y precisa de la conducta disciplinable, evitando la vaguedad e indeterminación



de la acusación.

Que se advierte una vulneración del principio de congruencia entre el pliego de cargos y el fallo disciplinario, dado que en este último se les reprochó el haber trasladado de ARS a los indígenas del pueblo wayuu de Riohacha, sin haber consultado a algunas de las comunidades a las que estos pertenecían, o en contra de su voluntad, lo cual no fue puesto de presente en su momento en la acusación inicial, con la identificación de las colectividades supuestamente ignoradas, para que estos pudieran defenderse. No obstante, aún se dé por cierta la hipótesis de la falta de consulta, ello no era competencia de los disciplinados, pues solo atendieron el principio de buena fe.

Que, en el trámite de segunda instancia del procedimiento disciplinario, el procurador general evidenció, al decretar una prueba de oficio el 29 de agosto de 2005, que era necesario esclarecer, con la ayuda de la Supersalud, cuáles eran las normas aplicables al traslado colectivo de indígenas entre ARS, lo que demuestra que el fallador de primera instancia no acertó en este aspecto, y tampoco lo hizo el superior, toda vez que confirmó la decisión sancionatoria inicial.

En ese sentido, se resalta que, en el concepto emitido por la aludida superintendencia, se expuso que el traslado de esas personas se debió ceñir a lo consagrado en el artículo 17 de la Ley 691 de 2001, esto es, de plano, sin atender procedimiento alguno, sin embargo, el procurador general inexplicablemente y en detrimento de los derechos fundamentales de los disciplinados, se apartó de las evidencias que la propia prueba de oficio le otorgó.

Que se desconoció el principio de proporcionalidad en la dosificación de la sanción disciplinaria impuesta a los demandantes, dado que resultó ser la misma que se le impuso al alcalde (con excepción de la señora Doris Esther Mejía Guerra), a pesar de que eran subalternos de este y de que se les formuló un solo cargo y no dos, como ocurrió con el burgomaestre.

Que no se demostró la antijuricidad material o lesividad de la conducta endilgada a los demandantes, tal como lo establece el artículo 5.º del CDU.

Que se vulneró el artículo 17 de la Ley 691 de 2001, en la medida en que la PGN estimó que la administración municipal de Riohacha debió realizar los traslados de ARS de los miembros del pueblo wayuu de forma individual, según lo prevé el artículo 21 del Acuerdo 244 de 2003, y no colectiva y voluntaria, sin embargo ello se descarta con la petición fechada 23 de marzo de 2004, suscrita por el representante de esa población, así como con lo regulado con mencionada norma de rango legal.

Que la PGN aplicó el Acuerdo 258 de 2004, el cual no concernía a las comunidades indígenas en lo relacionado con su afiliación al régimen subsidiado de salud y, por lo tanto, no podía entenderse que para esta población estaban suspendidos los



traslados, tal y como lo reglamentó dicho acto administrativo.

Que, a partir de lo anterior, ha de valorarse el hecho de que en el informe suscrito por los demandantes el 31 de marzo de 2004, y por el cual fueron sancionados, se advirtió que ese acto administrativo era inaplicable por virtud de la excepción de inconstitucionalidad, pues en esta materia correspondía acudir al artículo 17 de la Ley 691 de 2001, norma especial, estatutaria y de mayor jerarquía.

Que se violó el principio de legalidad que es el fundamental del derecho punitivo, pues en materia de régimen subsidiado de salud, para el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la sanción, había una total falta de certeza normativa y de seguridad jurídica, por abundante e improvisada expedición de normas sobre la materia.

Que, es imposible que se haya vulnerado la Circular Externa 0026 del 1.º de abril de 2004, proferida por el Ministerio de la Protección Social, en tanto para la fecha en que se expidió el informe final sobre la contratación de la ARS para la administración del régimen subsidiado de Riohacha no había sido publicada en el Diario Oficial, por lo que no eran obligatorias. Igual situación ocurre con las Circulares 011 011 del 6 de febrero y 0026 del 1.º de abril de 2004, cuyo desconocimiento también les fue endilgado.

Que los actos acusados se expidieron con **falsa motivación**, porque la AIC EPSI sí cumplió los requisitos establecidos en el artículo 1.º del Decreto 163 de 2004 para ser inscrita en el municipio de Riohacha como EARS y no es cierto, como lo afirmó la Procuraduría, que necesitara autorización especial de la Supersalud para operar en ese ente territorial, pues la habilitación que le había sido otorgada con anterioridad, comprendía todo el territorio nacional, según lo prevén el literal g) del artículo 181 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 3.º del Decreto 330 de 2001.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Procuraduría General de la Nación**⁵, se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que los actos fueron expedidos con acatamiento de las disposiciones constitucionales y legales que rigen el procedimiento disciplinario adelantado; y se llevó a cabo con absoluta observación del respeto al debido proceso, derechos del investigado, garantía efectiva de los derechos procesales, defensa y contradicción de los demandantes.

Que los accionantes con las pruebas que solicitaron en la oportunidad procesal respectiva, las cuales fueron decretadas y practicadas, tampoco lograron demostrar su dicho, ni probar que la autoridad disciplinaria, adoptó una decisión arbitraria que causó perjuicios económicos y morales a los demandantes.

⁵ Folios 574 a 587 del cuaderno principal 3.



Que, al confrontar los argumentos de la demanda con las piezas procesales disciplinarias de defensa, como los descargos y el recurso de apelación, se colige, que lo pretendido, es que a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se provea una tercera instancia, en la cual se vuelvan a valorar pruebas y a determinar una sanción distinta a la que se impuso, lo cual es un contrasentido, en razón de que la jurisdicción, tiene una función distinta cuando se atacan actos administrativos como los que son objeto de estudio.

Que de los medios de convicción obrantes en el presente asunto no se advierte la procedencia de los perjuicios reclamados, como tampoco se conoce cuáles son los parámetros que los interesados tuvieron en cuenta para cuantificarlos. Que no obra prueba del registro de la sanción, del certificado de antecedentes, ni tampoco de la designación en el cargo público que ejercieron y que dé cuenta de la asignación mensual que percibían.

Propuso como excepciones las de i) caducidad porque la demanda fue presentada después de haberse cumplido cuatro meses desde la notificación del acto sancionatorio (no se especificaron fechas); y ii) legalidad de los actos administrativos demandados, pues la motivación de los mismos da cuenta que se encuentran ajustados a derecho.

TRÁMITE DE ÚNICA INSTANCIA

La demanda fue inicialmente admitida mediante auto del 23 de febrero de 2007, luego, el 26 de septiembre de 2011, el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Riohacha declaró la falta de competencia funcional y la nulidad de todo lo actuado, ordenando la remisión del expediente al Consejo de Estado.

Esta Corporación admitió la acción por medio de providencia del 9 de diciembre de 2011, se notificó a la entidad demandada, quien la contestó en tiempo, y agotado el período probatorio, se dio traslado a las partes para que alegaran de conclusión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante**⁶: reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

La **entidad demandada**⁷: guardó silencio en esta etapa procesal.

⁶ Índices 124 y 125 de la plataforma Samai.

⁷ Según constancia secretarial obrante a folio 719 del cuaderno principal 4.



Ministerio Público⁸: La Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado, luego de efectuar una síntesis de lo ocurrido en el proceso, solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

Que la adecuación típica de la falta gravísima endilgada a los demandantes se ajustó a las disposiciones que fueron citadas en el pliego de cargos, cumpliendo así el requisito de tipicidad, formal y material.

Que la calificación de la culpabilidad de la conducta como dolosa fue acertada, en la medida en que los disciplinados tenían conocimiento pleno de las consecuencias y efectos del informe que suscribieron, al tratarse de funcionarios con conocimientos jurídicos no solo sobre las reglas de la contratación administrativa, sino de los instrumentos legales que regulan la consulta y representación de las comunidades indígenas.

Que, ante la imputación y establecimiento de responsabilidad por incurrir en faltas gravísimas, que están taxativamente señaladas en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002, procede la sanción de destitución, pues los accionantes fueron declarados responsables por haber actuado en la etapa precontractual en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

Se resolverá previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De la excepción propuesta

Previo a estudiar el fondo del asunto, procede la Sala a resolver el medio exceptivo de caducidad formulado por la entidad demandada.

La caducidad, es el fenómeno procesal mediante el cual, por el paso del tiempo, se extingue la posibilidad de acudir a la jurisdicción y su cómputo, debe hacerse observando los términos indicados por el legislador.

El numeral 2.º del artículo 136 del CCA estableció que el término para presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, es de cuatro 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.».

⁸ Índice 129.



En relación con la caducidad en materia disciplinaria, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁹, a través de auto de unificación, precisó, que cuando se discutan sanciones que impliquen el retiro temporal o definitivo del servicio, la caducidad se cuenta a partir de la ejecución de la sanción impuesta, siempre y cuando exista la necesidad de proferir un acto de esa naturaleza, a saber:

«En definitiva, es claro que en aquellos casos en los que haya sido emitido un acto ejecutando una sanción disciplinaria de retiro temporal o definitivo del servicio, y éste materialice la situación laboral del servidor público, debe preferirse la interpretación según la cual el término de caducidad de la acción contenciosa debe computarse a partir del acto de ejecución, en la medida en que ésta constituye una garantía para el administrado y una forma de facilitar el control de los actos de la administración.

Distinto ocurre cuando no se presenta el escenario antes descrito, esto es, cuando o bien no existe un acto que ejecute la sanción disciplinaria de retiro del servicio, o cuando dicho acto no tiene relevancia frente a los extremos temporales de la relación laboral, situaciones que impiden aplicar el criterio expuesto en esta providencia y frente a las cuales debe contarse el término de caducidad a partir de la ejecutoria del acto definitivo que culminó el proceso administrativo disciplinario.».

La Sala observa que el 9 de diciembre de 2005 fue proferido el acto administrativo de segunda instancia, mediante la cual el procurador general de la Nación confirmó la sanción impuesta a los demandantes¹⁰, siendo notificado el 17 de enero de 2006¹¹.

El 21 de febrero de ese mismo año, la PGN envió una comunicación al alcalde de Riohacha para que hiciera efectiva la sanción de destitución impuesta a los demandantes¹².

El acto de ejecución emitido por la Alcaldía de Riohacha no fue aportado al expediente, sin embargo, se debe tener en cuenta que los demandantes habían sido suspendidos de sus cargos desde el 20 de septiembre de 2004, en virtud de orden judicial emanada de la Fiscalía General de la Nación, cuando les fue impuesta medida de aseguramiento privativa de la libertad por la investigación penal que se originó en estos hechos y que finalmente prescribió¹³.

Así las cosas, y sin necesidad de contar con el acto de ejecución¹⁴, los actos acusados fueron demandados el 17 de mayo de 2006¹⁵, es decir, dentro del término de los 4 meses siguientes a su notificación, una de las opciones consagradas en el

⁹ Sala de Sección Segunda, sentencia del 25 de febrero de 2016, radicado: 11001-03-25-000-2012-00386-00 (1493-2012).

¹⁰ Folios 1016 a 1050 del cuaderno 6 del expediente disciplinario.

¹¹ Folios 1145 a 1148, ídem.

¹² Folio 1155, ídem.

¹³ Folios 179 a 285 del cuaderno 2 del expediente penal, que obra a índice 112 de este proceso en Samai.

¹⁴ Pues no obra en el expediente y en todo caso, se observa que la demanda fue invocada en tiempo.

¹⁵ Según acta individual de reparto visible a folio 167 del cuaderno principal.



artículo 136 del CCA, por tal motivo se declarará no probada la excepción de caducidad.

Del control judicial integral respecto de las decisiones administrativas sancionatorias

En sentencia de unificación proferida el 9 de agosto de 2016 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹⁶, se sostuvo que, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, el control de los actos administrativos de naturaleza disciplinaria debía ser de carácter integral por cuanto exige una revisión legal y constitucional de las actuaciones surtidas ante los titulares de la acción disciplinaria, sin que el juez se encuentre sometido a limitantes que restrinjan su competencia.

Dicha integralidad, se proyecta en múltiples aspectos que son destacados en la mencionada providencia en los siguientes términos:

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

La Corporación fue enfática en explicar que, siendo la función disciplinaria una manifestación de la potestad pública sancionatoria que busca mantener la actividad estatal sujeta a los límites legales y constitucionales, no es dable restringir las facultades de la jurisdicción en la realización de dicho estudio, por lo que en asuntos como el presente, se pueden valorar de fondo tanto las actuaciones procesales, las pruebas obrantes en el expediente y los razonamientos jurídicos y probatorios allí señalados.

Lo anterior implica descartar los argumentos esgrimidos por la entidad demandada en la contestación respecto de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es una tercera instancia para dirimir controversias por sanciones disciplinarias.

En estas condiciones se deberá determinar si los actos administrativos demandados expedidos por la Procuraduría General de la Nación, mediante los cuales se sancionó disciplinariamente a los actores con destitución e inhabilidad general, se

¹⁶ Consejo de Estado, radicado: 110010325000201100316 00 (2011-1210).



encuentran viciados de nulidad por violación del derecho al debido proceso, por cuanto:

- En el pliego de cargos se hizo una remisión errada al acápite probatorio de dicha decisión;
- El fallo disciplinario no guardó congruencia con el pliego de cargos en lo relativo a un reproche por el traslado inconsulto o forzoso de la población wayuu de Riohacha;
- La autoridad disciplinaria, utilizó el mismo razonamiento sobre la falta de autorización de la AIC EPSI para operar como ARS en Riohacha, para endilgarle responsabilidad, tanto al entonces alcalde como a los demandantes que eran sus subalternos;
- No se respetó la garantía de tipicidad frente a la falta gravísima reprochada;
- No se demostró la ilicitud sustancial de la conducta endilgada;
- El trámite de segunda instancia se solicitó un concepto al Ministerio y a la Superintendencia de Salud sobre las normas que se debían aplicar al asunto, por lo que la decisión de segunda instancia, se basó en un acto administrativo que luego fue declarado nulo;
- La sanción disciplinaria fue desproporcionada.

Además, deberá analizarse si los actos demandados, fueron proferidos con falsa motivación, frente a la afirmación de que la AIC no cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 1.º del Decreto 163 de 2004 para ser inscrita en el municipio de Riohacha como EARS y si requería autorización especial de la Superintendencia de Salud para operar en ese ente territorial.

Marco normativo y jurisprudencial

Del debido proceso en materia disciplinaria

El debido proceso establecido en el artículo 29 superior prevé que aquel debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, e implica que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez competente, y con observancia de las formas propias de cada juicio.

El derecho disciplinario como forma del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, de acuerdo con los postulados del artículo 29 *ibidem* debe procurar por el respeto de las garantías propias que conforman el debido proceso, tanto las procedimentales como sustanciales.

Las primeras se refieren al acatamiento de las formas de cada juicio para adelantar el trámite disciplinario, esto es, las etapas y términos correspondientes. La Ley 734 de 2002, que fue la norma aplicada en el asunto bajo estudio, previó el procedimiento ordinario que comprende cinco etapas perfectamente definidas a



saber a) la indagación preliminar, b) la investigación disciplinaria, c) la formulación del pliego de cargos y término para presentar los descargos, d) la etapa probatoria y e) la decisión sancionatoria¹⁷.

Las garantías sustanciales por su parte hacen alusión a la legalidad de la sanción, del debate y los medios probatorios, el juez natural; la favorabilidad y ultractividad de la ley, la presunción de inocencia; la proscripción de la responsabilidad objetiva, la defensa material y técnica, la publicidad, celeridad, contradicción, el *non bis in idem* y la prohibición de la *reformatio in pejus*¹⁸.

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

Ahora, en relación con esta causal de nulidad, los accionantes expusieron siete argumentos que deben ser analizados por la Subsección de forma separada, a partir de las diferentes etapas del trámite disciplinario:

De la presunta irregularidad, dado que en el pliego de cargos se efectuó una remisión errada al acápite probatorio de esa misma decisión

La parte demandante sostiene que los actos acusados son ilegales porque en el pliego de cargos, en el párrafo siguiente a la formulación de la única acusación imputada a los demandantes, la autoridad disciplinaria sostuvo que obraban como medios de convicción los que conformaban la investigación, en especial, los relacionados en el punto 2.1 del acápite de hechos y pruebas, y este, en realidad, no contenía prueba alguna, sino el análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales.

Al verificar tal afirmación, se encuentra que, en efecto, en el pliego de cargos, luego de que se enuncia la acusación para cada uno de los demandantes, se indicó: «Obran como pruebas de su actuación las que conforman el averiguatorio, y en especial las relacionadas en el punto 2.1 del acápite de hechos y pruebas»¹⁹.

Al analizar lo señalado en ese punto (2.1) se tiene que, este se refiere al análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales, en particular del investigado Wilder Antonio Ríos Rojas²⁰, y no a los hechos y pruebas en los que se sustentó el cargo en contra de los actores, que estaban relacionadas en el acápite 1 del pliego

¹⁷ Se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de noviembre de 2022, radicado: 11001-03-25-000-2011-00694 00 (2658-2011).

¹⁸ Sentencia C-292 de 2008.

¹⁹ Folio 516 del cuaderno 2 del expediente disciplinario.

²⁰ Folios 503 a 504, ídem.



del 1.º de octubre de 2004²¹.

Sin embargo, para la Sala el defecto alegado no tiene capacidad suficiente para viciar de nulidad los fallos sancionatorios, pues, de acuerdo a la jurisprudencia reiterada de esta Corporación²², es necesario que las irregularidades formales de los actos administrativos sean trascendentes de cara a las garantías de los sujetos procesales o a las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento.

Lo anterior no se da en este caso, pues en el pliego de cargos sí se señalaron los hechos y pruebas que respaldaron la acusación disciplinaria y que los entonces investigados (hoy demandantes) las pudieron conocer y, con base en ellas, ejercer su derecho a la defensa a través de los descargos, alegatos de conclusión y la presentación de recursos.

Es de recordar que esta Subsección ha indicado que «las irregularidades que no tengan consecuencias negativas en el núcleo esencial de los derechos y garantías fundamentales como el debido proceso, o que no comprometan los presupuestos básicos de la decisión o no incidan en su sentido final, pueden ser subsanadas y no implican necesariamente la anulación del acto»²³. Por ello, es menester concluir que el mero error de digitación en el que incurrió la PNG no afectó sustancialmente las garantías de los actores, por lo que no hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos acusados en lo que tiene que ver con este cargo.

De la supuesta incongruencia entre el pliego de cargos y el fallo disciplinario

Para la parte demandante, la Procuraduría General de la Nación desconoció el principio de congruencia, por cuanto en el fallo disciplinario se les reprochó haber trasladado de ARS a los indígenas del pueblo wayuu de Riohacha, sin haber consultado a algunas de las comunidades a las que estos pertenecían, o en contra de su voluntad, lo cual no fue puesto de presente en su momento en la acusación inicial, por lo que no se les permitió defenderse.

El principio de congruencia entre la formulación del pliego de cargos y la decisión sancionatoria disciplinaria se refiere a la correspondencia que debe existir entre dichos actos en la denominación jurídica que se endilga al disciplinado, por tal motivo, los cargos deben estar plenamente identificados con el fin de delimitar el marco de acción de su derecho de defensa; así como garantizar la posibilidad de impugnación de las decisiones²⁴, pues la controversia está enmarcada por los cargos que se hubieran formulado.

²¹ Folios 496 a 503, ídem.

²² Ver, entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencias del 28 de abril de 2022, radicado: 110010325000201200197 00 (0815-2012) y del 24 de noviembre de 2022, radicado: 11001-03-25-000-2011-00694 00 (2658-2011), entre otras.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 18 de enero de 1994, rad. 2779 y en la doctrina: Cfr. Luis Enrique Berrocal Guerrero, *Manual del acto administrativo*, 7.ª ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2016, pp. 551-552.

²⁴ Artículo 92 numeral 6.º de la Ley 734 de 2002.



Tal es la relevancia del principio de congruencia, que su desatención puede dar lugar a la invalidación de la actuación, por violación al debido proceso y al derecho de defensa y contradicción, es por ello que entre una y otra decisión debe haber consonancia y armonía y no puede ocurrir que se formule un cargo por una falta y el fallo disciplinario se emita atribuyendo una distinta a aquella que fue imputada en el pliego de cargos, dado que tal incongruencia redundaría en violación de los derechos previamente aludidos.

Sin embargo, en la medida en que la decisión de formulación de cargos constituye un acto provisional, el artículo 165 del CDU permite su variación luego de concluida la práctica de pruebas, pero tal modificación no es discrecional, sino que solo procede por error en la calificación jurídica o por la aparición de una prueba sobreviniente.

Dicha variación solo puede llevarse a cabo hasta antes del fallo de primera o única instancia, se debe notificar al implicado y permitir que ejerza su derecho de defensa y contradicción, y no puede sustituir en su integridad, el pliego de cargos inicialmente formulado, de modo que no se sorprenda al implicado con una imputación diferente al momento de emitir el fallo²⁵.

En este caso, la Sala considera que no le asiste razón a la parte actora, en la medida en que, entre la formulación de cargos²⁶ y el fallo disciplinario²⁷ existe consonancia y armonía, pues la conducta reprochada en ambas actuaciones fue la misma, a saber: la suscripción del informe final y decisión sobre la contratación de las ARS en el municipio de Riohacha con fecha del 31 de marzo de 2004, que luego sirvió para que el alcalde de ese ente territorial celebrara con la AIC EPSI el contrato 010 del 1.º de abril de ese año, sin que se hubiesen respetado los derechos a la libre escogencia para los indígenas, y al debido proceso o a la defensa de las ocho EARS a las cuales se les sustrajeron los afiliados.

Del mismo modo, la falta imputada fue idéntica, ya que se trató de aquella gravísima tipificada en el numeral 31 del artículo 48 del CDU, por participar en la etapa precontractual con desconocimiento de los principios que regulan la función administrativa contemplados en la Constitución y en las leyes, concretamente los de imparcialidad y contradicción.

Si bien al formular el cargo la autoridad disciplinaria no se refirió expresamente a la conducta de no haberse consultado a algunas comunidades indígenas sobre el traslado, no se puede afirmar que se sorprendió a la parte actora incriminándole un nuevo comportamiento que le haya impedido ejercer su derecho de defensa, pues el proceder endilgado en el pliego de cargos conserva los mismos elementos

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 16 de mayo de 2019, radicado: 11001-03-25-000-2011-00108-00 (0348-11).

²⁶ Folios 516 a 526 del cuaderno 2 del expediente disciplinario.

²⁷ Folios 999 a 1002 del cuaderno 4, ídem.



esenciales, al establecerse en él que se pudo transgredir por ejemplo el derecho de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud sobre la libre escogencia y traslado entre entidades promotoras de salud y el derecho al debido proceso.

De esta manera, encuentra esta Sala que la entidad demandada no sorprendió a la parte demandante al reprocharle una conducta distinta a la que se le había referido desde el pliego de cargos, toda vez que la esencia de la conducta y la falta que se dirigió en contra de los hoy accionantes se mantuvo en la actuación sancionatoria. Con base en lo anterior, no prospera el cargo de nulidad.

De la alegada irregularidad respecto de la utilización de algunos argumentos relacionados con la falta de autorización de la AIC EPSI para operar como ARS en Riohacha, para endilgarle responsabilidad, tanto al entonces alcalde como a los demandantes

Acerca de esto, juzga la Sala que tampoco le asiste razón a los interesados cuando sostienen que la utilización de algunos argumentos de la imputación disciplinaria realizada al entonces alcalde de Riohacha, se configura como una vulneración al debido proceso de los actores, en la medida en que, se reitera, el núcleo de la acusación que se efectuó en contra de estos tiene que ver con la suscripción del informe final fechado 31 de marzo de 2004 sobre la contratación del régimen subsidiado en el ente territorial. En ese sentido, el reproche disciplinario en contra de los demandantes no consistió, como sí lo fue para el alcalde, en la inscripción de la AIC EPSI para operar en el régimen subsidiado de Riohacha sin contar con autorización o incumpliendo los requisitos para ello.

En todo caso, hay que precisar que la investigación disciplinaria en estudio se refirió a una misma cadena de hechos interconectados, en los que fueron involucrados tanto el burgomaestre como los demandantes, en su calidad de servidores públicos de la Alcaldía de Riohacha, y que estuvieron relacionados con la decisión de traslado masivo de afiliación en el régimen subsidiado de salud de personas de la comunidad indígena wayuu de Riohacha hacia la AIC EPSI, entidad con la que se celebró el contrato 010 del 1.º de abril de 2004, sin atender los derechos de libre escogencia de dichos pueblos originarios, y el debido proceso de las ARS a las cuales pertenecían.

Por esa razón, en el curso del trámite sancionatorio, la PGN pudo evidenciar que los descargos y alegatos finales de algunos sujetos procesales eran similares a los del alcalde y, a partir de eso, en el fallo de primera instancia, en lo que tiene que ver con la responsabilidad de los demandantes, remitió a las consideraciones frente al análisis que efectuó para la primera autoridad municipal, reiterando en todo caso, que lo hacía a la luz del principio de economía procesal:

«Como los descargos y alegatos finales presentados por algunos sujetos



procesales tienen el mismo contenido que los esbozados por la defensora del burgomaestre disciplinado, por economía procesal y mayor comprensión el examen de las consideraciones realizadas para el alcalde, igualmente resultan válidos para determinar la responsabilidad de los demás investigados, sin que sea necesario repetirlos dentro del presente análisis.²⁸».

En este sentido al alcalde no solo se le formuló un cargo por haber inscrito a la AIC EPSI en Riohacha, sino también por haber celebrado el aludido contrato sin respetar el derecho al debido proceso en el traslado de los afiliados indígenas.

Así las cosas, teniendo como premisa que según el artículo 94 del CDU²⁹, la economía es uno de los principios que rigen la actuación procesal disciplinaria, se estima que no se configuró la vulneración al debido proceso alegada por la parte demandante frente a este asunto, toda vez que se actuó de conformidad con las reglas de procedimiento que le permitían racionalizar el ejercicio de su poder disciplinario, por lo que se descarta la nulidad sobre este punto.

De la supuesta violación a la garantía de tipicidad frente a la falta gravísima reprochada y al invocarse preceptos que no correspondían al régimen subsidiado de salud de los indígenas e ignorarse el artículo 17 de la Ley 691 de 2001

El artículo 4.º de la Ley 734 de 2002, establece que el servidor público en los casos previstos en dicha normativa, solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley, lo cual implica la realización de un proceso de subsunción típica en cada proceso disciplinario.

De esta forma, la tipicidad encuentra su razón de ser en el principio de legalidad como expresión del debido proceso que implica, como ya indicó anteriormente, que nadie puede ser juzgado si no por una infracción, falta o delito descrito previamente por la ley; correspondiéndole exclusivamente al legislador definir, de forma abstracta y objetiva, qué conductas desplegadas por quienes ejercen funciones públicas, deben ser objeto de sanción por afectar el correcto desarrollo del servicio que les ha sido encomendado.

En el asunto que es objeto de análisis, se encuentra que a los demandantes se les imputó la falta gravísima tipificada en el numeral 31 del artículo 48 del CDU, consistente en «participar en la etapa precontractual [...], o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley». En particular, la PGN reprochó la vulneración de los principios

²⁸ Folio 997 del cuaderno 4 del expediente disciplinario.

²⁹ «Artículo 94. Principios que rigen la actuación procesal. La actuación disciplinaria se desarrollará conforme a los principios rectores consagrados en la presente ley y en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo. Así mismo, se observarán los principios de igualdad, moralidad, eficacia, **economía**, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción». (Negrillas fuera de texto).



de imparcialidad y contradicción, según lo consagrado en los artículos 209 superior y 3.º del CCA.

En relación con este tipo disciplinario, se resalta que el aparte subrayado del precepto fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-818 de 2005, bajo la consideración de que, solo procede invocar el quebrantamiento de un principio que regula la contratación estatal o la función administrativa como único elemento descriptor de una conducta disciplinaria cuando **esta se desarrolla conforme a una norma constitucional o legal de aplicación directa con estructura de regla**, en la cual se puede determinar con claridad cuál es el deber, mandato o prohibición que fue desconocido por el servidor público.

A partir de lo anterior, la Sala procede a constatar si el juicio de adecuación típica realizado por la PGN respecto de los señores Nellys del Carmen Fuenmayor López, Walter Jesús Cardona Camargo, Doris Esther Mejía Guerra y Óscar Emilio Gómez Moscote fue acertado, desde el análisis de los elementos descriptivos y normativos de la falta gravísima endilgada, que son:

- Verbo rector consistente en participar;
- Objeto que es la etapa precontractual; y
- Elemento normativo que califica el verbo rector, esto es, el desconocimiento de los principios de la función administrativa contemplados en la Constitución y la ley, que además según la sentencia C-818 de 2005, deben estar concretados y descritos en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios.

Con el fin de resolver este aspecto, la Sala destaca los siguientes medios de convicción pertinentes aportados al plenario:

El 24 de febrero de 2004, el señor Wilder Antonio Ríos Rojas, alcalde de Riohacha para esa época, profirió la Resolución 0121, en la que, en el ordinal primero de la parte resolutive, dispuso: «INSCRIBIR a la Asociación Indígena del Cauca “AIC -EPS INDÍGENA”, para administrar recursos del Régimen Subsidiado en jurisdicción del Municipio de Riohacha (La Guajira)». De acuerdo con dicho acto administrativo, tal decisión se adoptó con fundamento en la solicitud de inscripción que hizo la AIC EPSI y el cumplimiento de los requisitos establecidos por el Decreto 163 de 2004 para tales efectos³⁰.

Luego, el mencionado burgomaestre emitió la Resolución 0140 del 3 de marzo de 2004³¹, y en su parte resolutive indicó lo siguiente:

«ARTÍCULO PRIMERO: Designar un COMITÉ INTERDISCIPLINARIO para la contratación de la administración del régimen subsidiado en salud en el municipio de Riohacha, el cual estará conformado de la siguiente manera:

³⁰ Folios 26 a 27 del cuaderno 1 del expediente disciplinario.

³¹ Folios 70 a 71, ídem.



- ILDER MEJÍA CURIEL: secretario de Salud municipal.
- DORIS MEJÍA GUERRA: jefe Oficina de Descentralización de Salud.
- WALTER CARDONA CAMARGO: secretario de Hacienda y Gestión Financiera.
- OSCAR (SIC) GÓMEZ MOSCOTE: jefe de Contratación y Asuntos Especiales.
- NELLYS FUENMAYOR LÓPEZ: asesora jurídica municipal.

[...]

ARTÍCULO SEGUNDO: Delegar a los miembros del comité antes aludido, las siguientes funciones:

1. Realizar todos los estudios necesarios para la contratación de las ARS para la administración del régimen subsidiado de salud del municipio de Riohacha.
2. Tomar la decisión sobre cuales ARS se van a contratar y el número de los afiliados que va a tener cada una de ellas. [...]». (Mayúsculas del texto original, subrayas de la Sala).

De conformidad con dicho documento, las principales consideraciones que motivaron la creación de este comité con funciones delegadas radicarón en que i) los contratos para la administración de los recursos del régimen subsidiado de salud vencían el 31 de marzo de 2004, por lo que se debían firmar los nuevos a partir del día siguiente; y ii) en ese momento existían una gran cantidad de normas sobre el asunto, que requerían ser analizadas por un equipo interdisciplinario.

El 31 de marzo de 2004, el comité creado por el alcalde, y del cual hacían parte los demandantes, emitió el denominado «informe final y decisión sobre la contratación de las ARS para la administración del régimen subsidiado del municipio de Riohacha», y en este se tomaron las siguientes determinaciones³²:

«PRIMERA: Todos los indígenas afiliados al régimen subsidiado de salud en el Municipio de Riohacha, hasta el 31 de marzo de 2004, a las ARS DUSAKAWI EPSI, COMPARTA SALUD ARS LTDA, SALUDVIDA SA EPS, CAJASALUD UT, ANAS WAYUU EPSI, HUMANA VIVIR SA EPS, CAPRECOM EPS y ASOCIACIÓN BARRIOS UNIDOS DE QUIBDÓ ARS, serán trasladados a la ARS ASOCIACIÓN INDÍGENA DEL CAUCA -AIC EPS INDÍGENA, la cual será contratada para la atención de todos los indígenas afiliados al régimen subsidiado de salud en el municipio de Riohacha.

SEGUNDA: En consecuencia, las ARS DUSAKAWI EPSI, COMPARTA SALUD ARS LTDA, SALUDVIDA SA EPS, CAJASALUD UT, ANAS WAYUU EPSI, HUMANA VIVIR SA EPS, CAPRECOM EPS y ASOCIACIÓN BARRIOS UNIDOS DE QUIBDÓ ARS seguirán funcionando y serán contratadas con el resto de afiliados no indígenas, haciendo a cada una de ellas las deducciones de los afiliados indígenas que por virtud de esta decisión se trasladan a la ARS ASOCIACIÓN INDÍGENA DEL CAUCA -AIC EPS INDÍGENA.

[...]

CUARTA: De conformidad con estas decisiones el señor alcalde mayor de Riohacha firmará los contratos de las nueve (9) ARS que serán contratadas para

³² Folios 72 a 81, ídem.



la administración del régimen subsidiado en el municipio de Riohacha. [...]».
(Mayúsculas conforme a la transcripción).

Los argumentos principales que se expusieron en dicha decisión fueron que:

- Los contratos de administración del régimen subsidiado en salud en el municipio de Riohacha, celebrados con las ocho ARS aludidas, se vencían el 31 de marzo de 2004;
- Junto con estas últimas, la AIC EPSI también aspira a ser contratista del ente territorial en esta materia;
- El señor Elimenes López Arpushana, en su condición de presidente de la organización wayuu Jimari y con el respaldo de las firmas de las autoridades tradicionales, líderes y miembros de los seis resguardos indígenas que existían en ese territorio, le envió una comunicación al alcalde de Riohacha el 23 de marzo de 2004, en la que solicitó que se dispusiera que el régimen subsidiado de salud en su comunidad fuera administrado por la AIC EPSI;
- Las ocho ARS contratadas incumplieron parcialmente sus obligaciones en lo relativo al servicio de salud para los indígenas;
- El artículo 17 de la Ley 691 de 2001 consagra el derecho a la libre escogencia de ARS para las comunidades indígenas, según el procedimiento que ellas determinen;
- El artículo 21 del Acuerdo 244 de 2003 del CNSSS establece el traslado de afiliados por incumplimiento de las obligaciones de las ARS, previa investigación del ente territorial, la cual hizo esa comisión y comprobó la inobservancia de esos deberes.
- Mediante auto 0043 del 4 de febrero de 2004, la Supersalud abrió investigación administrativa en contra del municipio, entre otras cosas, por la falta de coordinación, supervisión y control de las acciones salud pública que realizan las ARS;
- El traslado de ARS de la comunidad indígena wayuu no es una asignación forzosa de afiliados porque estos escogieron libremente a la AIC EPSI;
- El traslado se podía realizar, a pesar de que el artículo 6 del Acuerdo 258 de 2004 del CNSSS ordenó la suspensión de los traslados hasta el período que iniciaba el 1.º de abril de 2005, toda vez que tal determinación era ilegal por violar el artículo 17 de la Ley 691 de 2001, la libertad de empresa, la libre competencia, por contradecirse con el artículo 3 del mismo acto administrativo y, frente a los indígenas, se constituía en norma general que debía ceder ante la especial en la materia, contenida en la ley antes señalada.

El 1.º de abril de 2004, el alcalde de Riohacha celebró con la AIC EPSI el contrato 010, cuyo objeto era la administración de los recursos del régimen subsidiado en salud y el aseguramiento de los beneficiarios de ese sistema en el ente territorial, según un listado anexo a este³³.

Entre el 15 y el 16 de abril de 2004, los representantes de las ARS afectadas con la decisión de traslado de la población indígena wayuu de Riohacha hacia la AIC EPSI, presentaron recursos y solicitud de revocatoria directa en contra de esta, para lo cual alegaron, principalmente, la violación de su derecho a la defensa³⁴, las normas

³³ Folio 306, ídem.

³⁴ Folios 85 a 111, ídem.



sobre la contratación de las entidades administradoras del régimen subsidiado y la vulneración del derecho a la libre escogencia de aseguradora en salud.

Acerca de esto último, Caprecom adjuntó a su impugnación la copia de unas actas correspondientes a una reunión realizada el 7 de abril de esa anualidad³⁵, en la que se aprecian las firmas de al menos 41 personas que manifiestan ser representantes de 22 comunidades wayuu de Riohacha³⁶, que sostuvieron no estar de acuerdo con el traslado de las ARS a las que estaban afiliados y que ellos no habían autorizado ni firmado documento alguno que justificara esa decisión. Lo mismo hizo la EPS indígena Anas Wayuu, que aportó documentos que daban cuenta de la inconformidad de algunos afiliados que fueron trasladados sin ser consultados a la AIC EPSI³⁷.

Entre los meses de mayo, julio y agosto de 2004, la comisión creada por la Resolución 0140 de 2004 del alcalde de Riohacha decretó y practicó algunas pruebas relacionadas con la decisión tomada en el informe final del 31 de marzo de ese año³⁸.

El 1.º de octubre de 2004 la PGN formuló pliego de cargos en contra de los demandantes y otros investigados. La acusación que concierne a este proceso se fundó en un único cargo, idéntico para todos los actores, de la siguiente manera³⁹:

«Suscribir el documento denominado Informe final y decisión sobre la contratación de las ARS para la administración del régimen subsidiado del municipio de Riohacha, fechado el 31 de marzo de 2004, en el cual se decidió que todos los indígenas afiliados a las ocho EARS serían trasladados a la ASOCIACIÓN INDÍGENA DEL CAUCA -AIC- EPS INDÍGENA, empresa inscrita irregularmente para que operara como ARS en el municipio de Riohacha, que no estaba autorizada legalmente para administrar los subsidios del ente territorial, y sin que previamente se hubiera adelantado un debido proceso, con cuya decisión el Alcalde de Riohacha expidió el contrato 010 del 1.º de abril de 2004, para la administración de recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud, trasladando 16.662 indígenas que se encontraban afiliados al régimen subsidiado del municipio de Riohacha en las ARS SALUDVIDA, COMPARTA SALUD, DUSAKAWI, ASOCIACIÓN MUTUAL BARRIOS UNIDOS, ANAS WAYUU, HUMANAVIVIR, CAPRECOM Y CAJASALUD UT, A LA ASOCIACIÓN INDÍGENA DEL CAUCA.».

La falta gravísima se endilgó a título de dolo para los investigados.

El 27 de abril de 2005, el viceprocurador general de la Nación profirió el fallo disciplinario de primera instancia, en el que ratificó la acusación realizada en el

³⁵ Folios 320 a 322 y 335 a 337 del cuaderno anexo 2 del expediente disciplinario.

³⁶ «El Horno, La Plazoleta, El Mayal, El Puy, El Ahumao, Montearmon, Benomonte, Muuray, Anaralito, Kamuchasain, Karikari 1, Keketamana, Arenalito, Jarijimana, Apunimana, Guajirito, Los Remedios, Machobayo, Ranchería, Grasamana, Popoya y Guajirito vía Maicao».

³⁷ Folios 497 a 528 del anexo 2 del expediente disciplinario.

³⁸ Folios 438 a 458 del cuaderno 2, ídem.

³⁹ Folios 496 a 526, ídem.



pliego de cargos, con excepción de la imputación de culpabilidad dolosa para la señora Doris Esther Mejía Guerra, que cambió a culpa gravísima⁴⁰.

La anterior decisión fue apelada por los demandantes y, con base en ello, el 9 de diciembre de 2005, el procurador general de la Nación expidió el acto sancionatorio de segunda instancia, confirmando el fallo inicial⁴¹.

Así entonces, en relación con el **verbo rector** se tiene que, de acuerdo con el Diccionario de la lengua española, la primera acepción de la palabra «participar», cuando se refiere a una persona, es «tomar parte en algo»⁴². Aquí se estima que los demandantes participaron o tomaron parte en la conducta reprochada con la suscripción del informe final y decisión sobre la contratación de las administradoras del régimen subsidiado, con fecha del 31 de marzo de 2004.

Acerca del **objeto**, teniendo en cuenta que en ese documento se decidió que la AIC EPSI sería contratada para la atención de todos los indígenas afiliados al régimen subsidiado de salud en el municipio de Riohacha, y que un día después el alcalde de ese ente territorial celebró el contrato 010 del 1.º de abril de 2004 con esa ARS para tales efectos, se considera que la participación de los actores se dio materializando la selección del contratista en la etapa precontractual de ese acuerdo de voluntades, como lo requiere el tipo disciplinario imputado.

Finalmente, en lo atinente al **elemento normativo** que califica el verbo rector, se tiene que los principios de imparcialidad y contradicción fueron sustentados en normas constitucionales y legales a saber: los artículos 209 superior y 3.º del CCA que los contienen.

En ese orden, no le asiste razón a los demandantes al asegurar que el desconocimiento del principio de contradicción no podía ser endilgado, por no estar señalado en el artículo 209 de la Carta ni en la Ley 80 de 1993⁴³, dado que el numeral 31 del artículo 48 del CDU no prevé que esos principios deban surgir de esos preceptos o normas en concreto y, además, es de recordar que el artículo 1.º del CCA señala que ese código será aplicable a entidades de todo orden cuando ejerzan funciones administrativas, por lo que la contradicción se integra a los principios que deben observar quienes cumplan con esa clase de función en sus actuaciones.

De igual forma, se encuentra que el cargo disciplinario endilgado no se limitó a enunciar el desconocimiento de los principios de imparcialidad y contradicción, sino que los concretó en reglas de origen legal que permitieron precisar la conducta

⁴⁰ Folios 958 a 1004 del cuaderno 4, expediente disciplinario.

⁴¹ Folios 1016 a 1050 del cuaderno 6, ídem.

⁴² Consultada en el siguiente enlace: <https://dle.rae.es/participar>.

⁴³ «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública»,



reprochada, tales como el numeral 3.º del artículo 159 de la Ley 100 de 1993⁴⁴ y el mismo artículo 3.º del CCA, respectivamente.

En efecto, la primera de las disposiciones mencionadas señala lo siguiente:

«ARTICULO 159. Garantías de los afiliados. Se garantiza a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos: [...]

3. La libre escogencia y traslado entre Entidades Promotoras de Salud, sea la modalidad de afiliación individual o colectiva, de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el Gobierno Nacional dentro de las condiciones previstas en esta Ley. [...]. (Se destaca).

Este precepto ofrece un parámetro legal con estructura de regla, con el que es posible establecer supuestos de hecho concretos en los que es factible determinar si se cumple o no. Ejemplos de los primeros serían aquellos en los que la escogencia y el traslado se realiza voluntariamente, sin presiones ni engaños de ningún tipo, y de los segundos, los eventos en los que no media la voluntad individual o colectiva de los afiliados, o porque no fueron consultados, o aquella está viciada por fuerza o error.

Así, para la Sala, la disposición en comento satisface por sí misma para ser tenida como complemento de origen legal y concreto frente al endilgado desconocimiento del principio de imparcialidad, no obstante que, como se alegó en la demanda, este último haya sido invocado por la PGN, con base en el inciso sexto del artículo 3.º del CCA⁴⁵, solo como el deber de las autoridades de actuar bajo la premisa de que la finalidad de los procedimientos es asegurar y garantizar los derechos de las personas, pues esta dimensión no se contradice con la noción tradicional de este principio que se relaciona con un proceder exento de sesgos que, en el caso concreto, se hubiera reflejado en el respeto del derecho a la libre elección relativo a las afiliaciones y traslados entre entidades promotoras de salud para la comunidad wayuu de Riohacha.

Acerca de esto último, tal y como fue indicado en el acápite de pruebas, si bien se puede afirmar que, a partir del documento suscrito por el señor Elimenes López Arpushana⁴⁶, en estos traslados medió la voluntad de algunos representantes de comunidades wayuu de Riohacha hacia la AIC EPSI, no es posible derivar de allí representatividad de toda esa población de cerca de 16.000 personas, pues también obran en el expediente disciplinario las ya mencionadas comunicaciones aportadas

⁴⁴ «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones».

⁴⁵ «Artículo 3. Principios orientadores. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera. [...]

En virtud del principio de imparcialidad las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos. [...].».

⁴⁶ Folios 34 a 66 del cuaderno 1 expediente disciplinario.



por las ARS Caprecom y Anas Wayuu en las que varias decenas de personas que manifestaron ser representantes de sectores de esa comunidad ponen de presente su inconformidad por el traslado inconsulto que se decidió por la administración municipal en el informe final del 31 de marzo de 2004 y con el contrato 010 del 1.º de abril de ese año.

Al respecto, se resalta lo dicho por el viceprocurador general de la Nación en el fallo disciplinario de primera instancia⁴⁷:

«El acta fue respaldada por las firmas o huellas dactilares por no saber firmar, de los asistentes, conforme la relación que reposa a folios 91 a 105 del anexo 1. Confrontados los datos de los que aparecen como autoridades o representantes legales de sus comunidades en la referida relación, con los datos suministrador por la directora de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, a través del informe obrante a folios 728 a 731 y anexo de folios 732 a 738, se determina que las siguientes autoridades tradicionales suscribieron el acta: [...]

Resumiendo, solamente las autoridades tradicionales de 11 comunidades, 3 asociaciones y 3 resguardos indígenas suscribieron el acta de consulta referida, pero las autoridades tradicionales de 50 comunidades indígenas de aquellas que se encuentran registradas en la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior, pertenecientes a la etnia wayuu asentada en el municipio de Riohacha, no participaron en la consulta realizada el 16 de marzo de 2004, en la cual se decidió por parte de algunas autoridades tradicionales el traslado de los afiliados a la AIC.

Como la decisión tomada ese día no fue adoptada por la totalidad de las autoridades tradicionales, a la misma no debían acogerse las autoridades tradicionales que no participaron, pues precisamente el artículo 22 del Acuerdo 244 de 2004 establece la libre elección de la ARS por parte de cada comunidad indígena a través de actas suscritas por las respectivas autoridades tradicionales y como se indicó, las autoridades tradicionales de al menos cincuenta comunidades indígenas de la etnia wayuu asentada en el municipio de Riohacha, no participaron en la referida decisión. [...]».

De otro lado, en lo relativo a la mención en el pliego de cargos del numeral 3.º del artículo 29 de esa misma ley que se tuvo como violado y sustento del derecho a la libertad de elección en la afiliación en salud, se constituyó en un error sin trascendencia sustancial en las garantías procesales de los disciplinados, pues del análisis integral de la actuación disciplinaria, y como fue aclarado en el fallo de primera instancia, quedó despejado que el precepto que se quiso enunciar fue el aludido numeral 3.º del artículo 159 *ibidem*.

De igual forma, cabe señalar que no es cierto que la Ley 691 de 2001⁴⁸, tiene el carácter de estatutaria, como lo afirman los demandantes, pues, se aclara que la revisión previa por la Corte Constitucional del proyecto de Ley 067/99 Senado-193/99 Cámara, en la sentencia C-088 de 2001, se dio por virtud de las objeciones presidenciales que se presentaron en contra del texto aprobado por el legislativo y

⁴⁷ Folios 989 a 992 del cuaderno 4, ídem.

⁴⁸ «Mediante la cual se reglamenta la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia».



no porque esta tuviera esa naturaleza. Así, como ley ordinaria que es, luego fue objeto de acción pública de constitucionalidad que fue resuelta en la sentencia C-864 de 2008.

De esa manera, el artículo 17 de la Ley 691 de 2001 no prevalece por ser jerárquicamente superior al numeral 3.º del artículo 159 de la Ley 100 de 1993, ni tampoco por su carácter especial respecto de este último precepto, ya que entre ellos no se presenta una antinomia que deba ser resuelta por este criterio, pues este lo que prevé es lo siguiente:

«Artículo 17. Escogencia de la Administradora. Cada comunidad indígena, por el procedimiento que ella determine, y en acta suscrita por las autoridades propias, seleccionará la institución administradora de los recursos del sistema subsidiado, a la cual deberá afiliarse o trasladarse la totalidad de los miembros de la respectiva comunidad.

Cualquier hecho conducta manifiesta orientada a distorsionar la voluntad de la comunidad, para la afiliación o el traslado de que trata el presente artículo, invalidará el contrato respectivo y en este evento se contará con 45 días hábiles para el traslado».

Véase que este artículo reitera el derecho a la libre elección en la afiliación o traslado en salud que consagra el numeral 3.º del artículo 159 de la Ley 100 de 1993, el cual también tiene en cuenta los eventos de traslados colectivos como el que opera para las comunidades indígenas.

Ahora, en lo concerniente al desconocimiento del principio de contradicción, la Sala estima que lo previsto en el artículo 3.º del CCA, permite identificar una regla legal de la cual se puede valorar su cumplimiento o violación, toda vez que este prevé que, «en virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir las decisiones administrativas por los medios legales».

En ese sentido, los demandantes no demostraron que dieron a conocer a las ocho ARS a las que sustrajeron los afiliados indígenas de la comunidad wayuu de Riohacha, mediante la decisión adoptada en el informe del 31 de marzo de 2004, que iban a tomar esa determinación para que estos pudieran contradecir tal propósito antes de materializarse, con la correspondiente afectación de sus derechos.

Basta recordar lo que se indicó anteriormente acerca de las actuaciones que realizaron los miembros del comité que suscribió el informe tantas veces aludido después de que la decisión había sido tomada y de que el asunto suscitó la intervención de la PGN, para tratar de subsanar el desconocimiento de este principio antes de adoptar la resolución definitiva en la materia.

Así las cosas, sin necesidad de acudir al análisis de las normas reglamentarias expedidas por el CNSSS, esta Subsección considera que la autoridad disciplinaria



respetó la garantía de tipicidad de los demandantes en la imputación de la falta gravísima consagrada en el numeral 31 del artículo 48 del CDU, conforme con los parámetros de exequibilidad condicionada precisados por la Corte Constitucional en la sentencia C-818 de 2005, pues el desconocimiento de los principios constitucionales y legales de imparcialidad y contradicción, que se deben observar en el ejercicio de la función administrativa, fue concretado en normas de rango legal que permitieron identificar con claridad la conducta reprochable.

De la presunta irregularidad porque supuestamente no se demostró la ilicitud sustancial

En materia disciplinaria, el concepto de ilicitud sustancial es definido por el legislador en el artículo 5º de la Ley 734 de 2002, al señalar que la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.

La Corte Constitucional al analizar la exequibilidad de la mencionada norma, en sentencia C-948 de 2002, analizó varios parámetros de los cuales puede concluirse, entre otros, lo siguiente⁴⁹:

- El «deber funcional» que contempla el artículo 5.º del Código Disciplinario Único, se desprende de la relación especial de sujeción existente entre el Estado y los servidores públicos. Específicamente, hace referencia a la obligación que le asiste a estos de cumplir el conjunto de funciones asignadas a su cargo, actuar conforme la Constitución Política, la ley o el reglamento, y, garantizar el adecuado funcionamiento del Estado, la prevalencia del interés general y de los fines estatales.
- Cuando la disposición se refiere a la antijuridicidad, la equipara a la ilicitud sustancial, por lo que las autoridades disciplinarias en el momento de decidir si una conducta de un servidor público es sancionable disciplinariamente, debe verificar, no solo la vulneración del deber, es decir la ocurrencia de la antijuridicidad formal propiamente dicha, sino que además le corresponde examinar la sustancialidad de la ilicitud.
- Se considera que existe «ilicitud sustancial», cuando se comprueba que el quebrantamiento del deber implica una real y efectiva afectación del buen funcionamiento del Estado, del interés general y/o de la función pública.
- No es la ocurrencia del daño lo que determina la responsabilidad, sino la sustancialidad del deber. Por tanto, basta con que se afecte de forma sustancial el deber funcional para que se produzca la falta. Ello siempre y cuando, el quebrantamiento del deber funcional no esté amparado por algunas de las causales de exclusión de responsabilidad de que trata el artículo 28 del Código Disciplinario Único.

⁴⁹ Al respecto se puede consultar: Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 23 de junio de 2022, radicado: 110010325000201500480 00 (1211-2015).



Entonces, el incumplimiento sustancial del deber funcional es necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria y, en ese sentido, aquellas que no se realicen en el marco de este no generan responsabilidad.

En el presente caso, los demandantes se limitaron a señalar que su conducta no fue lesiva o materialmente antijurídica en relación con la función pública. Sobre esto, la Sala estima que no les asiste razón, por cuanto es patente que la conducta consistente en la suscripción del informe final y decisión del 31 de marzo de 2004, acerca del traslado de la totalidad de afiliados de la comunidad wayuu de Riohacha a la AIC EPSI y la consecuente contratación con dicha entidad para tales efectos, se realizó en ejercicio de las funciones públicas que les correspondía cumplir como servidores de la Alcaldía de ese ente territorial.

Entonces, dada la calidad de los empleos que ostentaban (asesora jurídica, secretario de Hacienda y Gestión Financiera, jefes de las Oficinas de Descentralización en Salud y de Contratación y Asuntos Especiales) y como miembros del comité para definir la contratación de las ARS para la administración del régimen subsidiado del municipio de Riohacha, tenían el deber de velar porque dicha actividad precontractual se llevara a cabo de forma eficiente, no obstante, omitieron atender la normativa aplicable respecto del traslado en comento, lo cual demuestra una clara afectación al deber funcional sin justificación legal alguna.

Además, como se dijo, tal decisión la tomaron con desconocimiento de los principios constitucionales y legales de transparencia y contradicción, siendo su deber funcional observarlos en todas sus actuaciones. Por esto, tampoco hay lugar a declarar la nulidad de los actos acusados en lo que tiene que ver con este cargo, ya que la conducta reprochada sí fue sustancialmente ilícita.

De la supuesta vulneración del debido proceso porque la decisión se basó en un acto administrativo emanado de la Superintendencia de Salud que luego fue declarado nulo

Acerca de la ilegalidad sobreviviente, y bajo la consideración de que la validez del acto administrativo enjuiciado debe confrontarse con las normas vigentes en las que debía fundarse en el momento de su expedición, esta Corporación ha estimado que tal ilegalidad no lo vicia de nulidad, en la medida en que la disposición reglamentaria que sustentó el acto se presumía legal en ese entonces y, de esa manera, las consecuencias de la anulación posterior de ese fundamento de derecho solo pueden verse reflejadas en la pérdida de los efectos del acto, también llamada «decaimiento»⁵⁰.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 27 de mayo de 1999, radicado: 13644.



Así, la desaparición de los fundamentos de derecho del acto administrativo por la ilegalidad sobreviniente de la norma reglamentaria que le sirvió de sustento por su posterior declaración de nulidad, no conlleva la invalidez del acto que se fundó en ella mientras se presumía legal, sino que tal circunstancia deriva en la pérdida de sus efectos o decaimiento, el cual, por lo demás, es oponible por vía de excepción por cualquier persona con interés en el asunto, sin necesidad de declaración de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, de acuerdo con lo señalado en el artículo 67 del CCA.

En este caso, la parte demandante alega que los actos acusados están afectados por ilegalidad sobreviniente, debido a la declaración de nulidad por parte del Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira de los actos sancionatorios proferidos por la Superintendencia Nacional de Salud en el proceso que esa entidad adelantó en contra de los demandantes por estos mismos hechos, ya que, en el fallo disciplinario de segunda instancia, el procurador general de la Nación se sirvió de algunos argumentos de la Supersalud que luego fueron considerados inválidos por el referido tribunal.

Al respecto, teniendo como premisa que en este tipo de situaciones no se transmite el vicio de nulidad, hay que indicar que, en efecto, mediante sentencia del 9 de marzo de 2011, el tribunal declaró la nulidad de las Resoluciones 1343 del 24 de septiembre de 2004, 0151 del 10 de febrero de 2005 y 0699 del 31 de mayo de esa misma anualidad, a través de las cuales la Supersalud les impuso a los demandantes y a otros involucrados en el asunto una multa de 250 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por el incumplimiento de lo previsto en el artículo 6.º del Acuerdo 258 del CNSSS, así como de los numerales 2.º y 3.º de la Circular Externa 026 del 1.º de abril de 2004 del Ministerio de la Protección Social⁵¹.

De acuerdo con el Tribunal Administrativo de La Guajira, la circular cuya violación se endilgó era inoponible para los actores debido a que no había sido publicada en el Diario Oficial cuando estos decidieron el traslado de ARS de la comunidad indígena wayuu de Riohacha y, por lo tanto, la sanción administrativa no podía basarse en dicho acto.

Precisado lo anterior, la Sala recuerda que el fundamento de la responsabilidad disciplinaria de los demandantes radicó en la participación en la etapa precontractual del contrato 010 del 1 de abril de 2004 con desconocimiento de los principios constitucionales y legales de la función administrativa de imparcialidad y contradicción, según las reglas contenidas en el numeral 3.º del artículo 159 de la Ley 100 de 1993 y 3.º del CCA y, por ello, lo decidido por el aludido tribunal en nada afecta la imputación realizada por la PGN.

⁵¹ La sentencia se encuentra en los folios 499 a 538 del cuaderno principal.



Además, de acuerdo con el último inciso del artículo 2 del CDU, «la acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta», razón por la cual, se reitera, no se configuró ningún tipo de ilegalidad sobreviniente respecto de los actos administrativos acusados en este proceso.

De la presunta falta de proporcionalidad de la sanción disciplinaria

El principio de proporcionalidad se encuentra descrito en el artículo 18 de la Ley 734 de 2004, en los siguientes términos: «la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fije esta ley».

En virtud ello, se exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. También implica que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad.

En el presente asunto ya se ha definido que la conducta de los demandantes supuso la comisión de la falta gravísima tipificada en el numeral 31 del artículo 48 del CDU, realizada a título de dolo por Nellys del Carmen Fuenmayor López, Walter Jesús Cardona Camargo y Óscar Emilio Gómez Moscote, y con culpa gravísima por Doris Esther Mejía Guerra.

De otro lado, el artículo 50 de la misma disposición, define las faltas graves y leves como el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.

Por su parte, debe verificarse el grado de culpabilidad, esto es, si esas faltas gravísimas, graves o leves, fueron cometidas con dolo o con culpa grave o gravísima.

Los conceptos de culpa gravísima y grave, se encuentran definidos en el párrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, en los siguientes términos: «[...] 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 definición de dolo, no se encuentra establecida en dicha ley, sin embargo, la Corporación⁵² ha sostenido sobre el particular lo siguiente:

⁵² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 29 de enero de 2015, radicado: 11001-03-25-000-2013-00190-00.



«Por otro lado se ha definido que el dolo está integrado: i) por el conocimiento de que los hechos son constitutivos de infracción disciplinaria y, ii) por la voluntad en la realización de la conducta. Por tanto, cuando estas dos circunstancias concurren es dable afirmar que la conducta fue realizada a título de dolo. Sobre el particular la jurisprudencia ha indicado⁵³:

[...]

Por otra parte por la vía de la jurisprudencia constitucional y de la doctrina se ha aceptado que el dolo se entiende configurado, en principio, cuando el disciplinado conoce la tipicidad de su conducta y, pese a ello, actúa en contra de sus deberes funcionales, con lo cual el conocer involucra el querer, ya que si se tiene conocimiento y pese a ello se realiza la conducta es porque efectivamente quiere el resultado. [...]»

Se observa entonces que la entidad accionada al momento de calificar las faltas, así como el grado de culpabilidad y la sanción a imponer, aplicó adecuadamente el numeral 1.º del artículo 44 de la Ley 734 *ibidem*, el cual señala que el servidor público que incurra en una falta gravísima a título de dolo o culpa gravísima, se hará acreedor a destitución e inhabilidad general, cuyo término se encuentra consagrado en el artículo 46 de la misma disposición, esto es, de diez a veinte años.

En efecto, el ente disciplinario, en el fallo de primera instancia, concluyó lo siguiente:

«Teniendo en cuenta que la conducta fue realizada con conocimiento de causa, ya que en el numeral 4º de las consideraciones del informe cuestionado se acepta que AIC no estaba a paz y salvo con la red prestadora de bienes y servicios, pues presentó certificación de donde se desprende que no estaba al día con sus pagos a sus proveedores de bienes y prestadores de servicios de salud, y que los saldos a estos adeudados obedecían al no giro de los recursos por parte de los entes territoriales dentro de sus plazos establecidos para tal efecto; mientras que en el cuestionado informe, aunque se citó el procedimiento establecido en el artículo 21 del Acuerdo 244 de 2003, la Comisión no lo cumplió, significando lo anterior que eran plenamente conocedores de su contenido y a pesar de ello lo omitió; además dentro del informe se plasmaron falsas motivaciones tales como incumplimientos de las EARS en otorgar subsidios alimentarios a cargo del propio Estado, la culpabilidad de los Investigados ILDER RAMÓN MEJÍA CURIEL, WALTER DE JESÚS CARDONA CAMARGO, OSCAR (SIC) EMILIO GÓMEZ MOSCOTE y NELLYS DEL CARMEN FUENMAYOR LÓPEZ, se califica a título de dolo.

Frente al grado de culpabilidad de la señora DORIS ESTHER MEJÍA GUERRA, se ha de tener en cuenta que, tal como consta a folio 277, la investigada no fue notificada ni se le comunicó en legal forma por la administración municipal, de la resolución 140 de 2004; no existe certeza de que antes de la suscripción del informe del Comité de fecha 31 de marzo de 2004, la disciplinada tuviera conocimiento de su existencia, en relación con la conformación del comité para los fines en ella previstos; la declaración de MARCOS OSPINO coincide con su dicho respecto a que la investigada firmó el informe porque ya había sido suscrito por su jefe inmediato; la declaración de ELENA MOSCOTE, reafirma que después de la firma del señalado documento, la disciplinada participó en una reunión con

⁵³ Sentencia del Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Radicado: 11001-03-25-000-2013-00190-00(0449-13), del 29 de enero de 2015. Ver también sentencia T- 319 a de 2012 proferida por la Corte Constitucional.



la participación del Alcalde y el Secretario de Salud entre otros asistentes, donde la señora DORIS MEJÍA manifestó su inconformismo con la decisión tomada en el informe referido; y de la copia de los autos proferidos por la Comisión el 28 de abril, mediante los cuales se pronuncian sobre solicitud de revocatoria directa y admiten algunos recursos, se determina que la señora DORIS MEJÍA no participó en la elaboración y firma de los referidos autos.

[...]

En razón a lo anterior y conforme con los argumentos esgrimidos por la defensa, las pruebas anteriormente relacionadas indican que la conducta de la investigada en la suscripción del informe materia de cuestionamiento, no fue realizada con dolo, como se había calificado en el pliego de cargos. En el presente caso se determina que cometió la falta por desatención elemental y así lo revela su pasivo comportamiento al suscribir displicentemente el documento cuestionado, sin pensar en las consecuencias que su proceder acarrearía; es ilícito actuar con las dudas de las que se puede salir previamente, sin tener en cuenta las posibles consecuencias de sus actos, para determinar si la actuación es consentida ha debido en forma diligente abstenerse de actuar previamente a la actualización de su conocimiento, requisito previo del obrar es conocer y sólo quien sabe cómo son las cosas pueden obrar con rectitud. Aunque su responsabilidad es menor que la de los demás disciplinados, este descuido de la información es una especie de ignorancia culpable, sin que sea suficiente la buena intención, por ello igualmente debe responder por sus actos y conforme lo define el parágrafo del artículo 44 del CDU, se modifica el grado de culpabilidad determinado inicialmente y en su lugar habrá de decirse que con su actuación obró con culpa gravísima. [...]».

Así las cosas, empezando con la señora Doris Esther Mejía Guerra, resulta claro que la graduación de la sanción se hizo correctamente pues se movió dentro de los márgenes previstos en el citado artículo 46 para finalmente atenuar la sanción al mínimo término contemplado en la ley (inhabilidad general de diez años), en consideración a la naturaleza de la falta y al título de culpabilidad con la que cometió la conducta.

Y en lo que tiene que ver con los otros demandantes, partiendo de la imputación dolosa en la comisión de la falta gravísima, la inhabilidad general de quince años también fue adecuada, pues en el fallo disciplinario de primera instancia se explicó que a estos se les reprochaba, al igual que al entonces alcalde de Riohacha, «el grave daño social de la conducta que afectó derechos de la salud encaminados a la población indígena»⁵⁴, conforme con lo previsto en el literal g) del numeral 1.º del artículo 47 del CDU. En ese sentido, la Sala coincide con la dosificación que hizo la autoridad disciplinaria frente a esta inhabilidad, pues se ajustó a los criterios de graduación de la sanción consagrados en esta última disposición.

Del supuesto vicio de falsa motivación

Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: i) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; ii) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce

⁵⁴ Folio1002 del cuaderno 4 del expediente disciplinario.



a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y iii) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado⁵⁵.

Entonces, para la configuración de la falsa motivación es preciso que se cumplan los presupuestos enunciados. Además, a quien alega la existencia de esta causal de nulidad, le corresponde demostrarla, en tanto que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad.

Frente a lo anterior, la parte demandante da a entender que los actos acusados se profirieron adoleciendo de este vicio, en la medida en que la AIC EPSI sí cumplió los requisitos establecidos en el artículo 1.º del Decreto 163 de 2004 para ser inscrita en el municipio de Riohacha como ARS y que, no es cierto, como lo afirmó la autoridad disciplinaria, que necesitara autorización especial de la Supersalud para operar en ese ente territorial.

Para la Sala, la falsa motivación no se configura respecto de la sanción disciplinaria impuesta a los actores, en la medida en que, se reitera nuevamente, el tema de la inscripción de la AIC EPSI en Riohacha no fue su fundamento, sino la suscripción del informe final y decisión del 31 de marzo de 2004, con el que ellos participaron en la etapa precontractual con desconocimiento de los principios constitucionales y legales de la función administrativa de imparcialidad y contradicción.

Pues en dicho documento se decidió que todos los indígenas afiliados a las ocho EARS serían trasladados a la AIC EPS, y con base en aquel, el alcalde de Riohacha suscribió el contrato 010 del 1.º de abril de 2004, para la administración de recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud, de forma masiva a 16.662 indígenas sin ser consultados en su totalidad, los cuales se encontraban afiliados al régimen subsidiado de dicho ente territorial.

Así las cosas, la presunción de legalidad de los actos sancionatorios demandados tampoco fue desvirtuada en este aspecto y, en ese orden, se negarán las pretensiones de la demanda.

De la condena en costas

No hay lugar a condenar en costas porque no se demostró temeridad o mala fe de las partes, tal y como lo regula el artículo 171 del CCA, vigente para este proceso, que consagra un criterio subjetivo para tales efectos.

⁵⁵ Al respecto se puede consultar: Sección Segunda, Subsección A, sentencias del 17 de marzo de 2016, radicado: 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218-12) y del 6 de agosto de 2020, radicado: 50001-23-33-000-2013-00384-01(3031-19).



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

FALLA

Primero. Negar las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

Segundo. Sin condena en costas.

Tercero. Una vez ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ
Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente