



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "A"

CONSEJERO PONENTE Dr.: ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá, D.C., cinco (5) de junio de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 110010325000201200381 00

No. Interno: 1487-2012

Actor: MARCOS CASTILLO PEÑA

Demandado: NACIÓN - SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO

Autoridades Nacionales

Llegado el momento de decidir sobre el fondo del presente asunto y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia, previos los siguientes:

ANTECEDENTES

Marcos Castillo Peña, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código

Contencioso Administrativo, demanda de esta Corporación la nulidad de los actos de 5 septiembre y 12 de diciembre de 2011 por medio de los cuales la Superintendencia de Notariado y Registro declaró responsable disciplinariamente al actor y le impuso sanción de destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos por el término de 15 años, y de la Resolución No. 0142 de 11 de enero de 2012 que ejecutó la sanción impuesta.

A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la demandada reintegrar al actor a un cargo de igual o superior categoría, se condene al pago de las acreencias y prestaciones laborales dejadas de percibir desde el momento de su retiro y hasta que se haga efectivo su reintegro, se declare que no existió solución de continuidad, se condene a la Superintendencia de Notariado y Registro al pago de los perjuicios morales equivalentes a cien (100) salarios mínimos legales vigentes y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Los fundamentos fácticos se resumen así:

Con ocasión de una visita de inspección tributaria de la Dirección Tributaria Departamental adscrita a la Secretaría de Hacienda del Departamento del Caquetá a la Oficina de Instrumentos Públicos de Florencia, la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Superintendencia de Notariado y Registro, inició investigación

disciplinaria contra el actor en su condición de auxiliar administrativo quien venía ejerciendo funciones de cajero y calificador, por las presuntas irregularidades en el indebido cobro y liquidación del impuesto de los actos notariales sujetos a registro, los cuales no cumplían con las exigencias de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Surtidas las etapas propias del proceso disciplinario, la demandada profirió fallo sancionatorio el 5 de septiembre de 2011 imponiendo sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad permanente. Inconforme con la anterior decisión el demandante la apeló y mediante providencia de 12 de diciembre de 2011 el Superintendente Nacional de Notariado y Registro la confirmó parcialmente y la modificó para imponer la inhabilidad por un término de 15 años para desempeñar cargos públicos.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

- Constitución Política; artículos 6 y 29.
- Ley 734 de 2002; Artículos 6, 48 numerales 1 y 3, 81, 103, 128, 142, 154 numeral 2; 156 y 172.
- Código Penal, artículo 369.

Como concepto de violación de las normas invocadas, expuso lo siguiente:

Los actos acusados fueron expedidos con desconocimiento de las garantías del debido proceso, puesto que no están sustentados en una valoración integral del material probatorio aportado a la causa, del cual se deduce la exoneración de la responsabilidad del actor de las faltas atribuidas. Agrega que no debían tenerse en cuenta las pruebas practicadas antes de su vinculación a la investigación disciplinaria. Así mismo, el auto que ordenó la práctica de pruebas no fue notificado de conformidad con lo establecido en el artículo 103 de la Ley 734 de 2002, afectando con ello el desarrollo del debido proceso administrativo, al perder la oportunidad el actor de ejercer su derecho de contradicción y por último, porque no estaba en firme la decisión de segunda instancia cuando fue separado del cargo.

De igual manera, considera que los actos demandados fueron expedidos con desviación de poder, como quiera que sus fines eran políticos y burocráticos, y con falsa motivación al asignarle funciones diferentes a las de su cargo y sancionarlo por el incumplimiento de las mismas.

La etapa de la investigación superó el término establecido en el artículo 156 de la Ley 734 de 2002, pues transcurrió casi un año desde la decisión de apertura hasta que se profirió el auto de

cargos, actuación que vulneró el debido proceso y el principio de legalidad por no ajustarse a las formas del proceso.

La acumulación procesal que se ordenó no era procedente, en razón a la complejidad del tema y a que la responsabilidad disciplinaria es de carácter individual y no colectivo, siendo así, las investigaciones adelantadas a la Oficina de Instrumentos Públicos de San Vicente del Caguán y Florencia no debieron llevarse a cabo simultáneamente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Superintendencia de Notariado y Registro, por conducto de abogado dio contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones por lo siguiente:

Las actuaciones disciplinarias estuvieron enmarcadas dentro de las normas que rigen el proceso disciplinario, garantizando el debido proceso y derecho de defensa que le asiste al demandante, de conformidad con las normas constitucionales y legales que regulan la materia.

Los actos administrativos están investidos de legalidad y no existen motivos o razones para concluir que se presentaron irregularidades procedimentales, que puedan ser catalogadas como vías de hecho.

El acervo probatorio aportado demostró la responsabilidad del actor por los cargos endilgados, y en consecuencia se adoptó la decisión sancionatoria.

MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, solicitó se denieguen las súplicas de la demanda. Para el efecto, advirtió que los bienes jurídicos a proteger en la acción disciplinaria y penal varían en su contenido y alcance, por lo que el ejercicio de la actividad correctiva o disciplinaria no se asimila a la estrictamente punitiva, en consecuencia la autoridad disciplinaria está investida de autonomía para investigar y sancionar.

La motivación fáctica y jurídica que sustentó los fallos demandados, estuvo sometida a un análisis acucioso; los elementos probatorios fueron valorados conforme los principios de la sana crítica y las reglas de la experiencia.

Según pronunciamientos jurisprudenciales el operador disciplinario cuenta con autonomía funcional para valorar las pruebas y tomar la

decisión correctiva, salvo que se den circunstancias especiales en las que se evidencie la violación del debido proceso, situación que no ocurrió en el presente asunto.

Para resolver, se

CONSIDERA

El asunto a estudiar gira en torno a determinar la legalidad de las Resoluciones Nos. 7291 de 5 de septiembre, expedida por el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario y 10732 de 12 diciembre de 2011 y 0142 de 11 de enero de 2012, suscritas por el Superintendente Nacional de Notariado y Registro, por medio de las cuales se declaró responsable disciplinariamente al actor, se le impuso sanción de destitución e inhabilidad por el término de 15 años para ejercer cargos públicos y se ejecutó la sanción impuesta.

EL PROCESO DISCIPLINARIO

Mediante auto de 14 de septiembre de 2009 la Oficina de Control Interno de la Superintendencia de Notariado y Registro profirió auto de apertura de investigación disciplinaria contra varios funcionarios de la Oficina Seccional de Registro de Instrumentos Públicos de San Vicente del Caguán (caja 1 folio 1274 a 1291), por presuntas

irregularidades consistentes en el indebido cobro y liquidación del impuesto de los actos notariales sujetos a registro, los cuales no cumplían con las exigencias legales trazadas por la Superintendencia de Notariado y Registro.

Con providencia de 10 de marzo de 2010 se ordenó acumular las actuaciones procesales y vincular a la investigación a otros empleados de la Superintendencia de Notariado y Registro, por existir relación entre los hechos denunciados y las conductas investigadas (fls 1396-1421 caja 1).

Mediante auto de 12 de mayo de 2010 (fl. 3395 caja 3 cdno 17), notificado de manera personal el 12 de mayo del mismo año (fl. 3402 cdno 18 caja 3) el demandante fue vinculado a la investigación disciplinaria, por encontrarlo presuntamente responsable de las conductas denunciadas, al incumplir el deber funcional encomendado por la entidad, conforme lo concluyen las actas de visita especial practicadas a la Oficina de Instrumentos Públicos de Florencia y San Vicente del Caguán.

El 2 de septiembre de 2010 se formularon cargos contra el actor en su condición de auxiliar administrativo, por lo siguiente:

Cargo primero:

Por Presunta infracción artículo 48 numeral 1º de la Ley 734 de 2002, al realizar objetivamente unas descripciones típicas

*consagradas en la ley, como delitos sancionables a título de dolo, cometidos con ocasión o consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo, en este caso la incursión la conducta descrita 397 de la norma penal, que determina como **Peculado por Apropiación**; el servidor que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o de fondos parafiscales o bienes particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones (...), conductas a las que se llega por el quebrantamiento de las normas contenidas en el artículos 22 a 30 del Decreto 1250 de 1970 y el artículo 6 del Decreto 1428 de 2000 y así como los artículos 2 y 6 del Decreto 650 de 1996.*

Cargo segundo:

Por incurrir en el quebrantamiento de la norma disciplinaria contenida en el numeral 3 de la misma norma, que sanciona como falta gravísima, el: "Dar lugar a que por culpa gravísima se extravíe, pierdan o dañen bienes del Estado a cargo del mismo, o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales. Incrementar injustificadamente el patrimonio indirecta o directa a favor de propio o de un tercero, permite o tolerar que otro lo haga.

Consecuencialmente se trasgreden por incumplimiento de los deberes que consagran el artículo 34 en su numeral uno, en la ley disciplinaria, que exige: cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución (...), las leyes, los decretos, los estatutos, los reglamentos, (...); el numeral 2 del mismo artículo que igualmente exige el cumplir con diligencia, eficacia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado (...) o que implique abuso indebido del cargo o función (...), el numeral 24 que obliga a: denunciar los delitos, contravenciones y las faltas disciplinarias de los cuales tuvo conocimiento, salvo las excepciones de ley, en concurso con las prohibiciones del artículo 35 numeral uno de la Ley 734 de 2002, que no le permite incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución (...) las leyes, los decretos, los estatutos, los reglamentos, (...)"(caja 4 cdno 42 folios 8185-8283)

El pliego de cargos fue notificado el 27 de septiembre de 2010 (folio 8293 caja 4), donde se estableció que el inculpado con su conducta quebrantó las disposiciones contenidas en los artículos 34 numeral 1; 35 numeral 1; 48 numerales 1, 2 y 3 de la Ley 734 de 2002; 22 a 30 del Decreto 1250 de 1970; 6 del Decreto 1428 de 2000; 2 y 6 del Decreto 650 de 1996, preceptos normativos que reglamentan la actividad registral y consagran los deberes, derechos y funciones de los servidores públicos adscritos a la Superintendencia de Notariado y Registro.

La demandada profirió fallo de primera instancia el 5 de septiembre de 2011 (fls. 12826-12978 cdno principal), declarando responsable al actor e imponiéndole sanción de destitución e inhabilidad permanente, decisión que fue recurrida por el demandante y mediante providencia de 12 de diciembre de 2011 (fls. 12979 y s.s. cdno principal) se confirmó parcialmente la anterior, y modificó la inhabilidad de permanente a un término de 15 años para ejercer cargos públicos. Con Resolución No. 0142 de 11 de enero de 2012 se ejecutó la sanción impuesta (fl. 596 cdno principal).

DEL FONDO DEL ASUNTO

El petente señaló que los actos acusados quebrantaron las garantías constitucionales consagradas en el artículo 29, por no existir valoración integral del material probatorio aportado a la causa, de

haberlo hecho, habría deducido que el actor no incurrió en las faltas atribuidas, además se sustentó el fallo en pruebas practicadas antes de su vinculación procesal, desconociendo los principios de pertinencia, publicidad y contradicción que rigen las actuaciones disciplinarias.

Así mismo, el auto que ordenó la práctica de pruebas no fue notificado de conformidad con establecido en el artículo 103 de la Ley 734 de 2002 afectando con ello el desarrollo del debido proceso administrativo, al perder la oportunidad el actor de ejercer su derecho de contradicción. Por último, advirtió que no estaba en firme la decisión de segunda instancia cuando fue separado del cargo.

DEL TÉRMINO DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA

Indicó el demandante que la inobservancia del término de la investigación disciplinaria infringe el debido proceso por no ajustarse a las formas propias de cada etapa procesal.

Al respecto es importante decir que el artículo 156 de la Ley 734 de 2002, señala:

"El término de la investigación disciplinaria será de seis meses, contados a partir de la decisión de apertura.

En los procesos que se adelanten por las faltas descritas en el artículo 48, numerales 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 de este código, la investigación disciplinaria no se podrá exceder de doce meses. Este término podrá aumentarse hasta en una tercera parte, cuando en la misma actuación se investiguen varias faltas o a dos o más inculpados.

Vencido el término de la investigación, el funcionario de conocimiento la evaluará y adoptará la decisión de cargos, si se reunieren los requisitos legales para ello o el archivo de las diligencias. Con todo si hicieren falta pruebas que puedan modificar la situación se prorrogará la investigación hasta por la mitad del término, vencido el cual, si no ha surgido prueba que permita formular cargos, se archivará definitivamente la actuación”.

De lo anterior se deduce que la etapa de investigación disciplinaria cuenta con un término razonable y general de 6 meses a partir de la decisión de apertura, para formular cargos o archivar las diligencias, sin embargo en los casos en que se adelante investigación por las faltas contenidas en el artículo 48 numerales 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 de la Ley 734 de 2002 será de 12 meses, término que podrá aumentarse en una tercera parte cuando dentro de una misma actuación se investiguen varias faltas o sean dos o más los investigados.

De igual manera, esta norma señala que vencido el término de la investigación (6 meses o 12 meses según el caso), el funcionario de conocimiento puede optar por archivar las diligencias o formular cargos, siempre y cuando se reúnan los requisitos para ello, con

todo, si hicieren falta pruebas que puedan modificar la situación se prorrogará la investigación hasta por la mitad del término, esto es, por tres meses más para los eventos en que no se investiguen las faltas descritas en los artículos 48 numerales 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 de la Ley 734 de 2002 para los cuales será de seis meses más si se trata de una sola falta o un solo investigado.

Descendiendo al asunto materia de estudio, el auto de investigación fue proferido el 14 de septiembre de 2009, sin embargo el actor fue vinculado al proceso disciplinario a través de auto de 12 de mayo de 2010, debiendo contarse de esta manera a partir de dicha fecha y actuación administrativa el término de la investigación disciplinaria para el inculpado como quiera que cuando se ordena abrir investigación no había sido incorporado y para ese entonces no existía averiguación alguna en su contra.

El 12 de mayo de 2010 se adhirió al actor a la investigación como posible responsable de las conductas investigadas, según pruebas aportadas, circunstancia que a la luz del inciso primero de la citada norma impone el término de 6 meses para adelantar la investigación. La entidad formuló cargos el 2 de septiembre de 2010, encontrándose dentro del término que la norma establece, por haber transcurrido tan solo 3 meses y 21 días desde su vinculación al proceso disciplinario hasta la calificación de la investigación.

En gracia de discusión, el vencimiento del término señalado para las etapas procesales, acarrea sanciones para el funcionario quien tiene a cargo realizar las diligencias y por descuido deja superar el término, no obstante, no es causal para declarar la nulidad de los actos recurridos, si no se viola el debido proceso.

Sobre el particular, en sentencia de unificación SU-901 de 2005, la Corte Constitucional, expuso:

"(...) De lo expuesto se infiere que el incumplimiento del término de indagación previa no conduce a que el órgano de control disciplinario incurra automáticamente en una grave afectación de garantías constitucionales y a que como consecuencia de ésta toda la actuación cumplida carezca de validez. Esto es así en cuanto, frente a cada caso, debe determinarse el motivo por el cual ese término legal se desconoció, si tras el vencimiento de ese término hubo lugar o no a actuación investigativa y si ésta resultó relevante en el curso del proceso. Es decir, el sólo hecho que un término procesal se inobserve, no se sigue, fatalmente, la conculcación de los derechos fundamentales de los administrados pues tal punto de vista conduciría al archivo inexorable de las investigaciones por vencimiento de términos y esto implicaría un sacrificio irrazonable de la justicia como valor superior y como principio constitucional. De allí que la afirmación que se hace en el sentido que se violaron derechos fundamentales por la inobservancia de un término procesal no deba ser consecuencia de una inferencia inmediata y mecánica, sino fruto de un esfuerzo en el que se

valoren múltiples circunstancias relacionadas con el caso de que se trate, tales como la índole de los hechos investigados, las personas involucradas, la naturaleza de las pruebas, la actuación cumplida tras el vencimiento del término y la incidencia de tal actuación en lo que es materia de investigación.

De este modo, aparte de la eventual falta disciplinaria en que pueda incurrir el servidor que incumplió ese término, él se halla en el deber de tomar una decisión con base en la actuación cumplida hasta el momento en que el vencimiento de ese término operó. Si en tal momento existen dudas, éstas se tornen insalvables y surge la obligación de archivar la actuación; pero si tales dudas no existen, esto es, si aparecen cumplidos los objetivos pretendidos con la indagación preliminar, nada se opone a que se abra investigación disciplinaria pues precisamente esta es una de las decisiones que se pueden tomar en tal momento.

57. En el caso sometido a consideración de la Corte, se advierte que si bien el término de duración de la indagación preliminar se inobservó, de ese hecho no se siguió la vulneración de los derechos del disciplinado ni tampoco la afección de sus garantías constitucionales de índole procesal. Ello es sí en tanto, tras el vencimiento de ese término -que empezó a correr el 5 de mayo de 1999 y que venció el 4 de noviembre de ese año- no se practicaron pruebas y, mucho menos, sin el conocimiento y posibilidad de contradicción del actor, pues sólo hubo lugar a la evaluación de aquellas que se habían practicado dentro del término legal y a la emisión de la decisión de apertura de investigación proferida el 28 de octubre de 2000.

*Claro, este proceder de la Procuraduría General de la Nación no es, ni mucho menos deseable. Todo lo contrario, se trata de un comportamiento que linda en la responsabilidad disciplinaria pues toda persona investigada tiene derecho a que las decisiones procedentes se tomen dentro de los plazos legalmente establecidos. **No obstante, como tras el vencimiento del término de indagación preliminar no se cumplió ninguna actuación adicional como quiera que sólo hubo lugar a la apertura de investigación que se dispuso con base en la actuación oportunamente cumplida, no concurren razones para inferir una manifiesta irregularidad lesiva de derechos fundamentales que ha de conducir a la anulación del proceso y de las sanciones en él impuestas.***

En suma, si bien en el proceso disciplinario adelantado contra el actor se desconoció el término legalmente fijado para la investigación preliminar, tal irregularidad no afectó ni el debido proceso ni el derecho de defensa y por ello no puede haber lugar al amparo constitucional de tales derechos y a la declaratoria de invalidez de lo actuado (...)" (Se resalta).

DE LA ACUMULACIÓN DE LAS INVESTIGACIONES DISCIPLINARIAS.

Arguyó el demandante que no debieron acumularse las investigaciones adelantadas a la Oficina de Instrumentos Públicos de San Vicente del Caguán y de Florencia, puesto que la

responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos es de carácter individual y no colectiva.

La Ley disciplinaria en su artículo 81 dispone sobre la acumulación de investigaciones lo siguiente:

*"Cuando un servidor público cometa varias faltas disciplinarias conexas, se investigarán y decidirán en un solo proceso.
Cuando varios servidores públicos de la misma entidad participen en la comisión de una falta o de varias que sean conexas, se investigarán y decidirán en el mismo proceso, por quien tenga la competencia para juzgar al de mayor jerarquía". (Subrayado fuera de texto).*

Cuando estén dados los presupuestos que la norma impone, procede la acumulación de investigaciones, en razón a la aplicación del principio de economía y celeridad procesal.

Los argumentos expuestos en la parte motiva del auto de marzo 10 de 2010 son los que originaron la acumulación de investigaciones, así (fls 1396-1421 caja 1):

"De la Acumulación Procesal

Se encuentra que las conductas denunciadas allegadas al presente expediente, se refieren a hechos y conductas estrechamente relacionadas con la función pública de la prestación del servicio público del registro inmobiliario y del cumplimiento de los requisitos que la ley exige para el cumplimiento de dicha función legal, fundamentalmente se trata de conductas relacionadas con la falta de cobro de los impuestos

de registro, conductas por las cuales se dio inicio al presente proceso, por lo tanto nos encontramos con conductas y hechos conexos, además de que se trata de similares conductas que tienen que ver con un presunto detrimento patrimonial en contra de la Superintendencia de Notariado y Registro, con actos y conductas continuadas, lo que permite que todas las quejas e informes allegados a este expediente, se acumulen para ser tramitados por la misma cuerda en aplicación de lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 734 de 2002.

De la materialidad de la conducta

Del contenido de las pruebas aportadas y de la misma documentación allegada, considera el despacho que estas aportan los presupuestos exigidos para decretar la determinación de la existencia de las conductas denunciadas cuya realización se efectuó por parte de funcionarios de la Oficina de Registro Seccional de San Vicente del Caguán y Oficina Principal de Registros de Instrumentos Públicos de Florencia, pues se puede establecer la ocurrencia de hechos o conductas que pueden constituir falta disciplinaria, en cuanto a que presuntamente se presentan indistintas formas de incumplimiento de obligaciones y deberes de carácter legal, como el cumplimiento de las exigencias de cancelación de los emolumentos correspondientes a impuestos de registro y de los derechos de registro como requisito previo para que procediera el correspondiente registro; de igual manera aparentemente se presentan inconsistencias en la documentación que sirvieron de soporte para el registro de documentos públicos, lo mismo que adulteración en la información que se asentaba en los folios de matrícula inmobiliaria correspondientes.

(...)” (Subrayado fuera de texto)

Lo anterior demuestra que la acumulación ordenada por la Oficina de Control Interno Disciplinario, obedeció a que el material probatorio recolectado refleja conexidad entre los hechos

denunciados e investigados, además dan cuenta de que el disciplinado Oliverio Cárdenas Serrato como Registrador de Instrumentos Públicos de San Vicente del Caguán y Florencia incumplió el deber funcional encomendado por la entidad, conducta con la cual se vio involucrado el actor al desempeñarse como servidor público de la oficina de Florencia.

Los fallos acusados individualizaron a los sujetos disciplinados, determinaron las conductas en que incurrieron e impusieron las sanciones de manera personal, razón por la cual no se trató de una responsabilidad colectiva como lo afirma el demandante.

Basta con observar las actuaciones surgidas al interior del proceso disciplinario, para decir que al actor se le respetaron las garantías que comporta el derecho de defensa y el debido proceso, tuvo la oportunidad de aportar pruebas, controvertir las allegadas al plenario, así como de interponer recursos en los escritos de descargos y recurso de apelación, motivo por el cual no se establece vulneración alguna de disposiciones constitucionales y legales. En consecuencia los actos acusados se encuentran investidos de legalidad.

DE LA FALTA DE NOTIFICACIÓN DEL AUTO QUE ORDENÓ LA PRÁCTICA DE PRUEBAS.

Argumentó el demandante que se le notificó el auto que ordenó la práctica de pruebas como lo establece el artículo 103 de la Ley 734 de 2002 afectando el desarrollo del debido proceso administrativo, al perder el actor la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción.

Sobre el particular se tiene que mediante auto de 24 de noviembre de 2010, la Oficina de Control Disciplinario Interno de la entidad demandada, ordenó la práctica de pruebas (fl. 8915 cdno 45 caja 5), disponiendo su notificación de conformidad con el artículo 101 y siguientes de la Ley 734 de 2002; con auto de enero 19 de 2011 fijó fecha para la práctica de las pruebas. La anterior decisión fue comunicada el 20 de enero de 2011 al señor Castillo Peña (fl. 9191 cdno 46 caja 5), de igual manera a su apoderado se le puso en conocimiento el 21 de enero de la misma anualidad (fl. 9194 cdno 46 caja 5).

De esta manera quedó desvirtuado el cargo planteado por el investigado, como quiera que conoció de las actuaciones y los derechos que le asistían, sin lograr desvirtuar las pruebas que demostraron su responsabilidad en las faltas atribuidas.

DE LAS PRUEBAS PRACTICADAS ANTES DE LA VINCULACIÓN DEL ACTOR A LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA.

A juicio del demandante los actos acusados no podían ser sustentados en pruebas practicadas antes de su vinculación procesal.

Al respecto, la oficina de control disciplinario el 14 de septiembre de 2009 profirió auto de apertura de investigación disciplinaria en contra de los señores Oliverio Cardenas Serrato, Miriam Trujillo Sanchez, Duraniel Quintana Díaz y Diana Lozada Calderón funcionarios de la Superintendencia de Notariado y Registro de San Vicente del Caguán y Caquetá, etapa durante la cual se allegaron diferentes documentos que contenían quejas por actuaciones y conductas irregulares encontradas al interior de la entidad, entre ellos:

- Oficio DR-566 INT de 17 de diciembre de 2007 en donde se encontraron irregularidades en el manejo contable, oficio IE-1967 de 23-02 -2009 remitido por el Dr. Javier Dario Anaya Narváez informando irregularidades y copia del acta de visita realizada a la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Florencia Caquetá.

- Oficio IE-18651 de 19-02-2009 en el que se denuncian irregularidades en el cobro de derechos de registro e impuesto de registro.
- Oficio IE -3899 de 29- 12-2008, en el cual se remite oficio OAJ-2675 a través del cual doctora María Teresa Salamanca Acosta remite informe de visita Especial Practicada a la Oficina de Registro de San Vicente del Caguán y Caquetá, originada en el trámite del expediente 203-2006 adelantado contra la Superintendencia de Notariado y Registro por el área de Fiscalización de la Dirección Tributaria de la Secretaría de Hacienda de Florencia Caquetá, por irregularidades en la declaración efectuada en la Oficina de Registro de San Vicente del Caguán (Caquetá), entre otros.

Con auto de 12 de mayo de 2010 se vinculó al demandante a la investigación, al encontrarse hechos nuevos que comprometieron su responsabilidad, los cuales surgieron con ocasión de la visita de inspección tributaria que realizó la Dirección Tributaria Departamental adscrita a la Secretaría de Hacienda del Departamento del Caquetá a la Superintendencia de Notariado y Registro de Instrumentos Públicos de San Vicente del Caguán y Florencia, donde se hallaron inconsistencias en la liquidación de los impuestos provenientes de la actividad registral a cargo del actor en su condición de cajero.

En efecto, la Sala desestima el cargo propuesto por el actor, en cuanto el fallo no podía tener sustento en pruebas practicadas antes de su vinculación procesal, con fundamento en lo siguiente:

El artículo 150 de la Ley 734 de 2002 dispone:

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 estos eventos la indagación preliminar se adelantará por el término necesario para cumplir su objetivo. **Texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional***

La Corte Constitucional en sentencia C-036 de 28 de enero de 2003, al resolver la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 150 de la Ley 734 de 2002, señaló lo siguiente:

(...) la etapa de la indagación preliminar no siempre debe surtirse, ni siquiera iniciarse, sólo se presenta "en caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria"; el hecho de que no se inicie o se agote esta etapa no implica que el principio de la presunción de inocencia se desconozca, pues, como es sabido, la presunción de inocencia se mantiene incólume hasta tanto no se destruya en forma debidamente fundada y cuando la providencia respectiva que así lo declara

obre ejecutoria. Mientras tanto, a lo largo de todo el proceso disciplinario, los principios del debido proceso deben garantizarse a plenitud. Y la circunstancia de que determinados fines en la etapa de indagación preliminar coincidan con los de la etapa de investigación disciplinaria no acarrea ninguna inseguridad jurídica para el sujeto disciplinable, porque, como se dijo, la existencia de la investigación disciplinaria no depende de que se inicie o agote la de indagación preliminar.

De lo anterior se concluye que en el desarrollo del proceso disciplinario, las pruebas recaudadas en la etapa preliminar pueden dar paso a la investigación disciplinaria de que trata el artículo 153 de la Ley 734 de 2002, etapa que tiene como objeto verificar la ocurrencia de la conducta y la responsabilidad disciplinaria. En suma, todo el material probatorio recaudado a lo largo del proceso disciplinario es el sustento para la formulación de cargos, que en últimas, constituye la columna vertebral de la investigación y la oportunidad para que el inculpado pueda ejercer el derecho de defensa, con base en la imputación de la falta disciplinaria en que pudo haber incurrido.

De esta manera, el funcionario a quien le corresponde dirigir la investigación debe recopilar el material probatorio necesario dentro de la indagación, debiendo investigar con igual celo lo desfavorable como lo favorable al inculpado, como consecuencia de ello el titular de la acción contará con elementos de juicio para proferir decisión definitiva.

Esta Corporación en sentencia de 16 de febrero de 2012 con ponencia del doctor Gustavo Gómez Aranguren (Exp.1454-09) expresó al respecto:

“Debe puntualizarse que en materia disciplinaria una vez se inicia la investigación, la defensa material comienza formalmente con el pliego de cargos, ya que en este momento se concreta la imputación jurídico fáctica contra el investigado, al señalarle entre otros aspectos, las posibles irregularidades en que pudo haber incurrido, las normas presuntamente violadas y su concepto, la identificación del autor o autores, la forma de culpabilidad etc., de manera, que el auto de cargos es una pieza esencial con el cual podría señalarse, se traba probatoriamente la relación entre investigado e investigador, porque es a partir de allí, cuando se despliega una mayor actividad y se ejerce plenamente el derecho de contradicción y defensa”.

En el asunto bajo estudio, la Sala aprecia que el actor tuvo conocimiento de la acción disciplinaria cuando se le notificó de la apertura de la investigación y desde este momento tuvo la posibilidad de designar un apoderado, de revisar las pruebas sin que estas hubieran sido controvertidas u objetadas en su oportunidad procesal, pues no solicitó la ampliación de las declaraciones para contrainterrogar o extender su contenido durante esta etapa.

En el *sub lite* se evidenció que el juez disciplinario valoró las pruebas aportadas a partir de la indagación preliminar para efectos de fundamentar el fallo. Nótese además que la decisión de fondo estuvo soportada en todo el acervo probatorio arrimado al proceso disciplinario, incluyendo las aportadas antes y después de la

vinculación procesal del actor, actuación administrativa que no vulnera derechos fundamentales del investigado, motivo por el cual no prospera el cargo propuesto.

DE LA FALTA DE VALORACIÓN INTEGRAL DEL MATERIAL PROBATORIO QUE SIRVIÓ DE SUSTENTO PARA PROFERIR LOS ACTOS ACUSADOS.

Señaló el demandante que los actos acusados vulneraron las garantías constitucionales consagradas en el artículo 29, al no existir valoración integral del material probatorio aportado a la causa, pues de haberlo hecho habría deducido que el actor no era responsable por las faltas atribuidas, desconociendo los principios de pertinencia, publicidad y contradicción que rigen la legalidad de las actuaciones disciplinarias.

Sobre el particular, el artículo 6 de la Ley 734 de 2002 expresa:

Debido proceso. El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público.

Significa lo anterior, que la investigación deber ser adelantada por funcionario competente, respetando la ritualidad del proceso. Además, la decisión sancionatoria debe fundarse en pruebas

legalmente producidas y aportadas al proceso conforme lo disponen los artículos 128 y 142 ibídem, al establecer:

Artículo 128. *Necesidad y carga de la prueba. Toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. La carga de la prueba corresponde al Estado.*

Artículo 142. *Prueba para sancionar. No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado.*

De conformidad con el anterior marco normativo, las pruebas deben estar regidas por los principios generales que reglamentan la carga probatoria para garantizar el debido proceso y derecho de defensa que trata el artículo 29 de la Constitución Política, dentro del límite de razonabilidad y proporcionalidad.

En el presente asunto, el demandante no señala cuáles fueron las pruebas que el titular de la acción disciplinaria dejó de valorar, ni qué pretendía demostrar con ellas, no obstante advierte la Sala, que los medios de prueba allegados al proceso disciplinario cumplieron las condiciones de necesidad, conducencia y pertinencia para efectos de demostrar la existencia de la falta disciplinaria, además su valoración y análisis se realizó en conjunto y de manera integral permitiendo concluir al instructor la responsabilidad en que incurrió el investigado.

Las actuaciones procesales desarrolladas durante la investigación disciplinaria fueron conocidas y debatidas por las partes atendiendo los principios de publicidad y contradicción, no existieron pruebas ocultas, el inculpado tuvo la posibilidad de controvertir todas las que fueran presentadas en su contra.

En efecto, mediante providencia de 24 de noviembre de 2010 la Oficina de Control Interno de la Superintendencia de Notariado y Registro ordenó la práctica de pruebas y su respectiva notificación a las partes de conformidad a lo establecido en los artículos 101 y siguientes de la Ley 734 de 2002. Por Auto de 19 de enero de 2011 la entidad fijó fechas para su práctica, decisión que se notificó al investigado el 20 de enero del mismo año como reposa a folios 9136 a 9191 cdno 46 caja 5.

La Sala aprecia que la entidad demandada, en el auto de 24 de noviembre de 2010 a través del cual decretó pruebas (caja 5, cdno 45, folios 8915-8932), dejó de incluir la práctica de los testimonios de José Silfani Arboleda Cruz, Rodrigo Pérez Cristancho y Oliverio Cárdenas Serrato solicitados por los apoderados de los disciplinados, decisión que fue impugnada, recurso que se despachado mediante Resolución No. 11863 de 30 de diciembre de 2010 (caja 5, cdno 46, folios 9110-9135) por el Despacho del Superintendente, en la que se ordena oír las declaraciones de las personas antes mencionadas, comunicada a los interesados el 18

de enero de 2011 y por medio de auto de 19 de enero de 2011 (caja 5, cdno 46, folios 9136-9139) se fijó fecha para la toma de los testimonios.

Con lo anterior se demostró que si bien en un principio las pruebas solicitadas no fueron decretadas, no significa que se hayan negado, como quiera que en auto seguido se dispuso su práctica. Se concluye que los testimonios solicitados por el actor dentro del proceso disciplinario fueron decretados y practicados, lo que desvirtúa la vulneración de su debido proceso y derecho de defensa, pues es evidente que no quedó desprovisto de las oportunidades procesales para ejercer el derecho de defensa y contradicción.

El material probatorio que hizo parte de la investigación disciplinaria y que sirvió de fundamento para los fallos acusados, es el que a continuación se relaciona:

- Oficio CG-IE8407 de 14 de julio de 2009, a través del cual se recibió copia de la documentación que correspondió a la investigación fiscal, adelantada en contra de la Oficina de Instrumentos Públicos de San Vicente de Caguán por parte de la Dirección Tributaria de la Secretaría de Hacienda de Florencia (Caquetá).

- Acta de visita especial practicada por la Superintendencia de Notariado y Registro (fls. 937-957 caja 1) a la Oficina de Instrumentos Públicos de Florencia en la cual se determinó que se presentaba una diferencia entre lo que se debía declarar y lo declarado, junto con las correspondientes sanciones que equivalen a la suma de doscientos sesenta y nueve millones trescientos veintinueve mil ochocientos dieciséis pesos con sesenta y seis centavos (\$269.329.816.66).

- Oficio 2009 E-2253 de febrero 26 del mismo año, donde se aporta informe y copia de visita especial realizada del 1 al 7 de febrero de 2009, a la Oficina de Instrumentos Públicos de San Vicente de Caguán, informe en el que se denuncian varias irregularidades encontradas en la mencionada oficina, las cuales consisten en (fls. 284 a 302 carpeta 2 caja 1):
 - El Sistema permite la reimpresión de hasta 5 certificados de diferentes matrículas, con el mismo turno de radicación.
 - Los funcionarios activados en el sistema de folio magnético cuentan con menús que les permiten acceder a cualquier rol del sistema, incluso desanotar sin que pase por el despacho de la registradora.
 - De la documentación seleccionada para análisis se encuentran que no se dejó para el archivo de la oficina el recibió original de pago de elementos para estampillas del departamento del Caquetá.

- Se deja constancia de inconsistencias e irregularidades en el cobro de impuestos y de los derechos de registro.
- Se da cuenta de la existencia de turnos gemelos pero de diferentes años.
- Turnos de radicación con actos distintos a los que se calificaron con menos valor al real.
- Turnos de radicación para los cuales no se recaudó ningún valor y no aparece el recibo físico.
- No se encuentran certificados de disponibilidad presupuestal, ni registro presupuestal para los años 2005 y 2006.

- Oficio de 23 de febrero de 2009 de la Superintendencia Delegada para el Registro, con el cual se aporta copia de acta de visita especial realizada a la Oficina de Registro de Caquetá, donde se informan anomalías en el recaudo de impuestos pues se liquida el documento con una denominación diferente a la que corresponde y con la que se califica, por ejemplo, se liquida como actos sin cuantía cuando en la realidad sí la tienen.

Los anteriores documentos resuelven lo concerniente a los requerimientos y declaraciones corregidas del impuesto de registro efectuadas por la Oficina de Registro Públicos del San Vicente de Caguán y Florencia del departamento del Caquetá.

- Oficio CG de 15 de febrero de 2010, con el cual la Secretaría de Notariado y Registro aporta documento denominado "ampliación

de denuncia penal” con pruebas documentales por la comisión de presuntos delitos contra la administración pública, por el recaudo de impuestos de registro realizados desde el 2006 a 2008 de las oficinas de San Vicente de Caguán y Florencia, en este se da cuenta de que se ha ocasionado un detrimento patrimonial al Estado de \$1.381.734.000 pesos.

Con el anterior recuento, quedó probado que el demandante es responsable de la conducta atribuida al tipificarse dentro del régimen disciplinario como falta gravísima constitutiva de sanción.

DE LA DESVIACIÓN DE PODER Y LA FALSA MOTIVACIÓN

Consideró el petente que los actos demandados están presididos de falsa motivación por falta de participación del demandante en la conducta endilgada y desviación de poder en tanto le asignó funciones diferentes a las de su cargo.

Observa la Sala que el demandante fue sancionado disciplinariamente por haber ejercido las funciones de calificador y cajero que tenía como auxiliar administrativo de la Oficina de Instrumentos Públicos de Florencia (Caquetá) desconociendo las directrices trazadas por la Superintendencia de Notariado y Registro, al no liquidar el impuesto de registro notarial y la totalidad de los actos o contratos contenidos en el documento que se radica

en la entidad, además, no realizó correctamente el cobro de los derechos de registro, quedando demostrada la conducta omisiva con que actuó al no cumplir acuciosamente con las funciones que le fueron encomendadas por la entidad, inclusive cuando no reposa dentro del expediente acto administrativo de delegación de funciones como cajero y calificador en su condición de auxiliar administrativo, son las evidencias documentales referidas al interior de este proceso las que lo comprometen, toda vez que de ellas se dedujo su falta de responsabilidad al desempeñar las funciones encomendadas, sin perder de vista que tampoco demostró que le hubieran asignado funciones distintas.

Ahora bien, los artículos 5 y 23 de la Ley 734 de 2002 establecen que:

Artículo 5. *La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.*

Artículo 23. *La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, **sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento**” (Negrilla fuera de texto)*

Demostrado como está que Marcos Castillo Peña incurrió en la falta atribuida y que su conducta no estaba amparada por cualquiera de

las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 de la Ley 734 de 2002, no son de recibo los argumentos expresados para sustentar los cargos de desviación de poder y falsa motivación, como quiera que para configurarse estas causales también es necesario que quien las alega aporte al proceso los elementos directos o indirectos que demuestren el interés particular malintencionado y engañoso que motivo al funcionario al expedir el acto, y que afecten la legalidad del debido proceso, situación que no aparece demostrado en el proceso.

DE LA SEPARACIÓN DEL ACTOR DE SU CARGO SIN ESTAR EN FIRME LA DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sobre la afirmación hecha por el inculpado de haber sido separado del cargo sin encontrarse en firme el fallo de segunda instancia, el artículo 119 de la Ley 734 de 2002, inciso 2 dispone:

"Ejecutoria de las decisiones.

Las decisiones que resuelvan los recursos de apelación y queja, así como aquellas contra las cuales no procede recurso alguno, quedarán en firme el día que sean suscritas por el funcionario competente"

Frente a este precepto la Corte Constitucional en ejercicio control abstracto de constitucionalidad¹ reafirmó la tesis expuesta en la sentencia C-641 de 2002 según la cual en materia disciplinaria *"las decisiones de segunda instancia mediante las cuales se resuelven*

¹ Corte Constitucional C-1076 DE 2002

*los recursos de apelación y queja quedan ejecutoriadas **no** con la simple suscripción de la misma sino con su notificación” (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

En el asunto en estudio, la providencia de 12 de diciembre de 2011 (decisión de segunda instancia), se notificó el 13 de diciembre de la misma anualidad visible a folio 594, luego podía surtir efectos a partir de este momento, y dado que el actor fue retirado del cargo que venía desempeñando a través de la Resolución No. 0142 de 11 de enero de 2012 no se ocasionó vulneración al debido proceso, toda vez que este acto sancionatorio de segunda instancia fue notificado antes de su ejecución.

Así las cosas, se negarán las pretensiones de la demanda, por las razones anteriormente ilustradas.

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 y por autoridad de la ley,

FALLA

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda dentro del proceso promovido por MARCOS CASTILLO PEÑA contra la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO.

RECONÓCESE personería a la doctora CLAUDIA MARÍA ÁLVAREZ URIBE como apoderado de la entidad demandada, en los términos del poder conferido a folio 704.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada, **ARCHÍVESE** el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
EN COMISIÓN