



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 28 de julio de 2016

Radicado No: 150012331000 200700148 01
Numero Interno: 1863-2015
Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Saulo Flaviano Guarín Cortés
Demandado: E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja
Régimen: Decreto 01 de 1984
Asunto: La inhabilidad que surge como consecuencia de la imposición de una condena penal de peculado por aplicación oficial diferente, es de carácter intemporal que imposibilita el ejercicio de función pública.
Decisión: Se revoca parcialmente la sentencia apelada y se niega las pretensiones de la demanda.

Segunda instancia – apelación de sentencia.

Procede la Sala a decidir¹ el recurso de apelación que presenta la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de descongestión No 6, mediante la cual declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y se inhibió para pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

i. DEMANDA.

El señor Saulo Flaviano Guarín Cortés presenta demanda a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984 para que se acceda a las siguientes:

P R E T E N S I O N E S

Se declare la nulidad del oficio² fechado 9 de octubre de 2006 expedido por el Gerente de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja mediante el cual, negó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y el reintegro al cargo de médico ortopedista o a otro de igual o superior categoría y se condene al ente demandado a pagar sin solución de continuidad los salarios, primas, bonificaciones, subsidios, cesantías e intereses a las cesantías, vacaciones y

¹ El proceso ingreso al despacho el 12 de febrero de 2016 (fl. 422).

² Folio 24

demás emolumentos desde el momento en que debió reintegrarse *ipso iure* al cargo³, después de estar suspendido.

La anterior pretensión la sustentó en los siguientes:

HECHOS

Manifestó haberse desempeñado como médico traumatólogo en el Hospital San Rafael de Tunja desde el 1º de octubre de 1982 e inscrito en carrera administrativa conforme a la Resolución No 3575 de 1991.

Sostuvo que encontrándose como Director del Hospital San Rafael de Tunja debió afrontar un proceso penal, lo que generó la expedición de la Resolución No 0059 del 24 de enero de 1996, por la cual, el Hospital San Rafael de Tunja suspendió del cargo de médico especialista código 3223 al doctor Saulo Flaviano Guarín Cortés a partir del 25 del mismo mes y año y hasta cuando la autoridad judicial competente lo señale⁴, en cumplimiento de la orden impartida por la Fiscalía 13 Especializada de fecha 24 de enero de 1996.

Que en fecha 13 de diciembre de 1996, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tunja profirió sentencia absolviéndolo y ordenó el levantamiento de la suspensión en el ejercicio del cargo de médico especialista del Hospital San Rafael de Tunja, decisión que fue objeto de recurso de alzada, conociendo del mismo el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Tunja.

³ Folio 2

⁴ Folio 25

La Corporación en cita mediante sentencia⁵ de 25 de septiembre de 1997 revocó lo resuelto por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tunja y condenó al señor Saulo Flaviano Guarín Cortés a la pena principal de 1 año de prisión, interdicción de derechos civiles y funciones públicas por el término de 2 años y multa de \$2.000 pesos en favor del Consejo Superior de la Judicatura, como autor del punible de peculado por aplicación oficial diferente.

La sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja – Sala Plena fue objeto del recurso extraordinario de casación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y a través auto de 28 de junio de 2001 se desestimó la demanda que en tal sentido presentó el Procurador Judicial II 174 de Tunja, por ausencia de interés jurídico.⁶

Adujo que el 18 de julio de 2003, el Juzgado Primero de Ejecución de Pena y medidas de Tunja, resolvió declarar la extinción de la pena de un año de prisión impuesta por el delito de peculado por aplicación oficial diferente y en el numeral segundo, declaró que la inhabilidad por dos años para el ejercicio de derechos y funciones públicas señalados en el fallo penal se cumplió.

Alegó el actor que fue rehabilitado judicialmente pero en el aspecto laboral quedó vinculado a una medida de suspensión que no fue decidida de fondo, como quiera que el Hospital San Rafael de Tunja no lo reintegró a la actividad laboral.

Arguyó que demostrada la rehabilitación de derechos, debe operar *ipso iure* el reintegro sin necesidad de declaración judicial en los términos del artículo

⁵ Ver cuadernillo anexo

⁶ Ver cuadernillo anexo

92 de la Ley 599 de 2000 que por interpretación jurisprudencial, equivale al mismo contenido y alcance del artículo 92 del Decreto 100 de 1980.

Que en virtud de lo anterior, radicó el 25 de septiembre de 2006 derecho de petición solicitando a la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, se le reintegrara al cargo *ipso iure* y como consecuencia de ello, se le pagaran todas las prestaciones sociales⁷.

La entidad demandada respondió la petición del actor mediante oficio de 9 de octubre de 2006, a través del cual, no definió en concreto la situación particular de la suspensión del cargo de médico especialista, negando la aplicación del artículo 92 de la Ley 599 de 2000 en concordancia con el artículo 92 del Decreto 100 de 1980.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se invocaron los artículos 2, 29 y 209 de la Constitución Política, los artículos 84 numeral 4º del artículo 137 del Decreto 01 de 1984, el artículo 92 del Decreto 100 de 1980 y el artículo 92 de la Ley 599 de 2000.

Alegó la parte actora que con el acto acusado se vulnera el debido proceso y la seguridad jurídica, toda vez que, lo solicitado en el derecho de petición, es que la entidad accionada cumpliera o diera aplicación al artículo 92 del código penal sin que mediara trámite alguno y de esa manera, se produjera el reintegro de pleno derecho.

⁷ Folio 23

Arguyó que las decisiones penales han hecho tránsito a cosa juzgada. Sin embargo, no debe desconocerse la permanencia de los efectos políticos y de función pública que aun recaen sobre su vida.

Respecto del cargo de falsa motivación, se limitó a transcribir definiciones doctrinarias acerca de dicha causal sin hacer análisis alguno respecto de su situación particular.

En cuanto al cargo de falta de motivación, adujo que en los considerandos del acto demandado, solo se señala que el caso en estudio presenta todos los elementos para dar plena aplicación a la inhabilidad intemporal contemplada en el artículo 122 de la Constitución Nacional, mas no hace referencia a la rehabilitación consagrada en el artículo 92 del estatuto penal, como quiera que el tiempo fijado como sanción ya se cumplió, por lo que se da la aplicación de la rehabilitación sin intervención de autoridad judicial. En otras palabras, el acto acusado no se ocupó del estudio sobre los elementos de la rehabilitación de que trata la norma penal.

ii. OPOSICIÓN A LA DEMANDA

La E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, a través de apoderada judicial contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones conforme los siguientes argumentos:

Manifestó que el actor fue investigado por los delitos de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y peculado por aplicación oficial diferente, siendo condenado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja – Sala Penal, por ser responsable de la comisión de los ilícitos ya

mencionados, por lo que, la suspensión en el cargo se concretó con la expedición de la Resolución No 0059 de 24 de enero 1996.

Sostuvo que, mediante el proveído No 386 del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja resolvió declarar la extinción de la pena de un año de prisión, pero la misma dispuso en el numeral 3º que no procede la rehabilitación de conformidad con el artículo 122, inciso 5º, de la Constitución Política.

Como medios exceptivos de fondo, la accionada presentó las siguientes excepciones: a) Cosa juzgada. Sobre el particular, adujo que el actor le solicitó al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja el levantamiento de la orden de suspensión en el cargo que venía desempeñando en el Hospital San Rafael de dicha municipalidad, siendo desatada de manera desfavorable la misma mediante auto de fecha 28 de septiembre de 2004, decisión contra la cual, el actor interpuso acción de tutela la cual, fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia, señalando que “No procede la rehabilitación en el evento contemplado en el inciso 5 del artículo 122 de la Constitución Nacional.”

Por lo anterior, estimó la accionada que la solicitud de reintegro a la entidad ya fue debatida ante otros estrados judiciales, los cuales han negado la pretensión del actor con aplicación de lo establecido en el artículo 122 de la Carta Superior.

c) Encontrarse el demandante inhabilitado para ejercer cargos públicos.

Al respecto, la demandada hace transcripción del artículo 122 constitucional para señalar que la inhabilidad contenida en dicho artículo es sin término,

que impide al servidor público afectado por ella volver a ejercer función alguna.

iii. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión No 6, profirió sentencia el 17 de octubre de 2014 y declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, al considerar que hubo indebido agotamiento de la vía gubernativa y se declaró inhibido para emitir pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones.

Señaló el *a quo* que el agotamiento de la vía gubernativa es un postulado que permite a la administración enmendar las falencias en las que haya podido incurrir, por tanto, debe existir congruencia entre lo solicitado en sede administrativa con lo pretendido en sede judicial.

Sostuvo que en la vía gubernativa se pidió el pago de las prestaciones sociales, en tanto que, en sede judicial solicitó el reintegro al cargo de médico especialista al extinguirse la condena penal impuesta y, además, el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento en que debió ser reintegrado *ipso iure* y hasta cuando se produzca efectivamente el reintegro⁸.

Consideró que el actor no cumplió con el requisito de procedibilidad, en la medida que la pretensión que formuló en la demanda difiere sustancialmente del objeto de la solicitud que elevó en sede administrativa, encaminada al pago de las prestaciones sociales, precisamente, ante la negativa de la

⁸ Folio 532 y siguientes

administración a ordenar su reintegro, en detrimento de la congruencia que debe existir entre lo solicitado en la vía gubernativa y lo pedido en la posterior demanda.

iv. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante en su calidad de apelante formuló las siguientes inconformidades respecto de la sentencia de primera instancia:

1. Desconocimiento del derecho en conflicto: Manifiesta que el acto administrativo acusado es posterior a la situación que vivió el actor quien superó una situación penal y personal que le permitió acudir a la acción de tutela para reclamar un derecho laboral consistente en el reintegro al cargo de médico ortopedista del Hospital San Rafael de Tunja, lo cual debe ser *ipso iure*, al haber cumplido la pena

2. Arguye que la sentencia no hizo alusión al capítulo de los hechos de la demanda en donde se evidencia la omisión de hacer claridad sobre el medio de control solicitado y la pretensión principal que consiste en la nulidad del acto administrativo, lo que en sentir del actor, es una denegación de justicia. Agregó que los hechos son claros y se refieren a la vinculación del actor con la entidad demandada, la situación jurídica, la suspensión en el ejercicio de funciones, el descuento de la pena y su rehabilitación, la petición de reintegro y el acto mediante el cual se pronuncia la administración y niega lo solicitado en contravía de la aplicación del artículo 92 del Decreto 100 de 1980 y el artículo 92 de la Ley 599 de 2000.

3. Señaló que hubo cambio de la formulación de las pretensiones que están dadas en términos de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de la

demanda, lo cual, en su sentir, el *a quo* desconoció la pretensión principal que es la declaración de nulidad del acto administrativo demandado y que se omite pronunciamiento en ese sentido.

4. Que el pronunciamiento inhibitorio es contrario a los postulados constitucionales de la administración de justicia, lo cual está proscrito del ordenamiento jurídico y que en este caso, la excepcionalidad no resulta fundamentada por cuanto se desconocen los presupuestos fácticos de la acción y el concepto de la violación.

5. Afirmó que hay distanciamiento de los principios de la justicia rogada que significa que no se puede actuar de oficio sino que su actividad se desarrolla cuando los particulares acuden a ella en ejercicio de las acciones constitucionales y legales. Así, dice, que quien acude a la jurisdicción administrativa tiene la carga de orientar la labor del juez que resulta cumplida si la demanda reúne los presupuestos fundamentales con los planteamientos jurídicos. Que ese carácter rogado se extiende y se vincula a la obligación que tiene el juzgador de decidir el fondo del asunto dentro del marco trazado desde el inicio del proceso con los fundamentos fácticos, jurídicos y pretensiones; y que ese mismo principio impone que la decisión sea proferida de fondo.

6. Indicó que se desconoce el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, de conformidad con el artículo 228 de la Constitución Política.

v. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado emite concepto No 022 de 1º de febrero de 2016, en el cual, luego de referirse a los antecedentes que originaron la presentación de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la contestación de la demanda y las pruebas allegadas al proceso, es partidaria de que la sentencia de primera instancia sea confirmada toda vez que, como lo analizó el a *quo*, no se agotó en debida forma la vía gubernativa, al haber solicitado en vía administrativa una cosa distinta a la pretendida en sede judicial como lo es, el reintegro del demandante al cargo del que fuera suspendido en razón del proceso penal que se adelantó en su contra por la comisión del delito de violación del régimen legal de inhabilidades por incurrir en peculado por aplicación oficial diferente⁹.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Atendiendo los argumentos expuestos en el escrito de apelación presentado por la parte demandante, la Sala decidirá el mismo, fijando para ello el siguiente:

Problema Jurídico

De acuerdo con los cargos que la apelación formula a la sentencia del a *quo*, el problema jurídico que ha de resolver la Sala se circunscribe en determinar, en primer lugar, si se encuentra demostrada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, como consecuencia de existir incongruencia o falta de concordancia entre la petición elevada por el demandante ante el Hospital San Rafael de Tunja y las pretensiones que en

⁹ Folio 409 a 421 del cuaderno principal

sede judicial formuló, específicamente, en lo atinente a la petición de reintegro al cargo de médico ortopedista y el pago de las prestaciones sociales que dejó de percibir por la suspensión de la que fue objeto mediante la Resolución No 0059 de 24 de enero de 1996.

En segundo lugar, dado el caso de no encontrar la Sala acreditada la excepción declarada como probada por parte del *a quo*, corresponderá establecer si procede o no la rehabilitación de la inhabilidad relativa al ejercicio de funciones públicas impuesta al actor, fruto de la condena penal atribuida por el punible de peculado por aplicación oficial diferente, es decir, por afectación al patrimonio público y, en consecuencia, determinar si existe lugar al reintegro del demandante al cargo de médico especialista en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y el consecuente reconocimiento y pago de los emolumentos a que tendría derecho.

A efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Sala analizará el punto relacionado con el requisito de procedibilidad consistente en agotar la vía gubernativa en debida forma que habilita el camino para iniciar el correspondiente proceso contencioso administrativo. Así mismo, se revisarán las normas constitucionales y legales que tratan acerca de la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas y su rehabilitación.

El agotamiento de la vía gubernativa.

Los hechos que fundamentan las pretensiones del demandante tuvieron ocurrencia cuando se encontraba vigente el Decreto 01 de 1984 a través del cual, se expidió el Código Contencioso Administrativo. En esta normatividad, el artículo 135 consagraba la posibilidad de demandar actos particulares ante

la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que lesionaran derechos subjetivos¹⁰.

La vía gubernativa está prevista en el título II, capítulo I, del Código Contencioso Administrativo, cuyo artículo 50 contiene los recursos que proceden en esta etapa del trámite de la actuación ante la respectiva entidad.

“Artículo 50. Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

1º. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque;

2º. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito.

No habrá apelación de las decisiones de los ministros, jefes de departamentos administrativos, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica.

3º. El de queja, cuando se rechace el de apelación (...).”

Sobre la vía gubernativa el Consejo de Estado¹¹ ha señalado que constituye un requisito indispensable para poder demandar ante esta jurisdicción la nulidad de un acto administrativo de contenido particular y concreto y el consiguiente restablecimiento del derecho subjetivo conculcado con la expedición del acto administrativo contrario a la ley.

¹⁰La norma en mención dispone:

“Artículo 135. Modificado. Decr. 2304 de 1989, art. 22. La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.

El silencio negativo, en relación con la primera petición, también agota la vía gubernativa.

Sin embargo, si las autoridades administrativas no hubieren dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos”.

¹¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. 15 de septiembre de 2011. Expediente No 500012331000 2005-40528-01 (0097-10). Demandante: Amanda Vivas Mora. Demandado: E.S.E Policarpa Salavarrieta en liquidación.

“(…) lo anterior por cuanto por regla general la Administración Pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por parte del administrado una decisión sobre la pretensión que se desea ventilar ante el juez (…).

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico el presupuesto de acceso a la vía judicial, también denominado doctrinariamente “decisión préalable” o decisión previa, surge a partir del momento en que el gobernado acude por escrito a elevar una pretensión de carácter subjetivo poniendo en marcha el aparato administrativo en procura de una respuesta, materializada en un acto administrativo que en muchas ocasiones basta para acceder a la vía judicial por disposición expresa del artículo 135 del C.C.A.

(…) la vía gubernativa se torna en el instrumento de comunicación e interacción entre la Administración Pública y sus gobernados cuando media un conflicto de intereses, erigiéndose no solamente como una forzosa antesala que debe transitar quien pretende resolver judicialmente un asunto de carácter particular y concreto sino un mecanismo de control previo al actuar de la Administración cuyo beneficio es de doble vía, pues constituye tanto la posibilidad de obtener en vía administrativa la satisfacción de una pretensión subjetiva como la oportunidad de ejercer un control de legalidad sobre las decisiones administrativas, a fin de que se tenga la oportunidad de revisar los puntos de hecho y de derecho frente a un asunto que posteriormente se ventilará dentro de un proceso judicial (…)

“(…) se entiende que el agotamiento efectivo de la vía gubernativa, no solamente lo compone la interposición de los recursos de ley sino el fiel contenido de la misma de acuerdo a la finalidad de su previsión legal, lo que implica la reclamación ante la administración de las pretensiones que posteriormente se ventilarán en sede judicial (…)

Como se observa, el agotamiento de la vía gubernativa es un paso fundamental que todo administrado está en la obligación de llevar a cabo previamente a la instauración de un proceso ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en procura del reconocimiento de un derecho subjetivo que se considere conculcado con el actuar de la administración.

Igualmente, ese procedimiento ante la administración no solo está compuesto o se cumple con la mera interposición de los recursos que proceden de acuerdo con la ley sino que, además, el contenido de la solicitud debe ser fiel a lo que posteriormente y, en caso de no ser resuelto en vía

administrativa, será objeto de debate ante el juez contencioso administrativo. Es decir, la pretensión ante la autoridad judicial debe ser correspondiente a la que se presentó a la administración porque de no ser así se vulnera a aquélla el debido proceso y el derecho de defensa.

El caso concreto

El Tribunal Administrativo de Boyacá, en la sentencia apelada declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda al considerar que hubo indebido agotamiento de la vía gubernativa y se declaró inhibido para emitir pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones.

Sostuvo que en la vía gubernativa se pidió el pago de las prestaciones sociales, en tanto que, en sede judicial solicitó el reintegro al cargo de médico especialista al extinguirse la condena penal impuesta y, además, el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento en que debió ser reintegrado *ipso iure* y hasta cuando se produzca efectivamente el reintegro¹².

Pues bien, al revisar la Sala las pruebas documentales allegadas al proceso, se observa que el señor Saulo Flaviano Guarín Cortés presentó el 25 de septiembre de 2006 derecho de petición al Director del Hospital San Rafael de Tunja, en el cual solicitó lo siguiente:

¹² Folio 532 y siguientes

“(…) acudo ante usted invocando el derecho de petición, de raigambre constitucional, con el propósito de solicitarle, se cumpla con la providencia de fecha quince (15) de junio de dos mil cinco (2005), dentro de la tutela No 20.957, M.P. Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO ya que no se acató los considerandos respecto al reintegro a la ESE Hospital San Rafael de Tunja el cual opera “ipso iure” en consecuencia, solicito se me cancele a valor presente todas las prestaciones sociales a que tengo derecho, (primas, vacaciones, cesantías, intereses, etc.); debido a que usted aceptó un concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública el cual no obliga”.

El Director de la entidad demandada respondió el 9 de octubre de 2006 el derecho de petición en los siguientes términos:

“...En relación con el oficio de fecha 25 de septiembre de 2006, en el cual usted solicita se le cancelen prestaciones sociales, muy respetuosamente me permito manifestarle que revisada la Hoja de Vida que reposa en estas dependencias se encuentra en el folio 163 la Resolución No 0059 de 1996 en la cual se resuelve suspender al Doctor Saulo Flaviano Guarín Cortés en el ejercicio del cargo de médico especialista código 3225 del Hospital San Rafael de Tunja desde el día 25 de enero de 1996 y hasta cuando la autoridad Judicial competente lo señale, igualmente se estableció en la mencionada resolución que durante este lapso no habrá lugar a remuneración alguna. Con posterioridad a la Resolución antes mencionada no reposa dentro de su Hoja de Vida oficio alguno mediante el cual una AUTORIDAD COMPETENTE ordene su REINTEGRO a la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja.

Si bien es cierto usted cita el fallo proferido el 15 de junio de 2005 dentro de la tutela No 20.957 con ponencia del magistrado Edgar Lombana Trujillo, en la misma no se ordena expresamente a esta Institución su reintegro. Por las razones antes mencionadas no es posible acceder al pago de prestaciones sociales posteriores a la fecha de la suspensión por cuanto no fueron generadas.

No obstante si se le debe algún tipo de prestación social generado con anterioridad a la fecha de la suspensión, es decir antes del 25 de enero de 1996, al Institución estará presta a cumplir dichas obligaciones en caso de ser procedente; aclarando que en su solicitud no se precisó a cuáles prestaciones hace referencia, para lo cual le pedimos exactitud...”.

Ahora, en las pretensiones de la demanda pidió lo siguiente:

- “1. Se declare la nulidad del Acto Administrativo contenido en el oficio de fecha 09 de octubre de 2006 y comunicado el día 10 de octubre de 2006 (...).
2. Que se tenga por agotada la vía gubernativa.
3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, a título de restablecimiento del derecho a lo siguiente:
 - 3.1. Se condene a la aquí demandada, al reintegro inmediato sin solución de continuidad a favor del demandante, Dr. SAULO FLAVIANO GUARIN CORTES, al ejercicio de sus funciones que desempeñaba como Médico Ortopedista a un cargo de igual o superior categoría; a partir del momento en que debía producirse el reintegro al cargo suspendido de conformidad al cumplimiento de la pena.
 - 3.4. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, condenar a pagar (...) por concepto de los perjuicios sufridos por el no reintegro a las funciones que desempeñaba en la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, como médico ortopedista (...)

De igual forma, advierte la Sala que a folio 29 al 32 del expediente, reposa auto inadmisorio de fecha 18 de abril de 2007, proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en el cual, señaló de manera específica en el literal c) correspondiente al requisito de procedibilidad de agotamiento de vía gubernativa lo siguiente:

“Revisado el acto administrativo se observa que no indicó que contra el mismo procediera recurso alguno, en consecuencia podía acudir directamente a la jurisdicción tal como lo dispone el artículo 135 inciso 3 del C.C.A.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 138 del C.C.A., se individualiza correctamente el acto que afectó su situación pues se demanda el acto inicial,

La proposición jurídica se encuentra completa...” (Subrayado nuestro)

Posteriormente, la aludida Corporación profirió el auto de fecha 06 de junio de 2007, a través del cual, admitió la demanda al estimar que los yerros advertidos en el proveído inadmisorio habían sido corregidos en tiempo, motivos por el cual, la misma reunía los requisitos legales para su admisión.

De las anteriores decisiones, percibe la Sala que el Tribunal Administrativo de Boyacá realizó un estudio minucioso de la demanda y por supuesto, del escrito de agotamiento de vía gubernativa, tal como lo deja ver el razonamiento plasmado en el auto de fecha 18 de abril de 2007, en el que, precisamente, abordó el análisis de cada uno de los requisitos y presupuestos procesales que dieron lugar a la inadmisión de la demanda, pero que, sobre el requisito de procedibilidad de agotamiento de vía gubernativa, estimó que la proposición jurídica se encontraba completa, es decir, que sobre tal presupuesto, no puso de presente objeción alguna.

Así las cosas, considera la Sala que al proceder dicha corporación judicial a la admisión de la demanda una vez subsanadas las falencias advertidas en el auto inadmisorio, sanea la falencia que en la sentencia declaró probada, máxime, cuando la parte demandada en ningún momento mostró disconformidad con el mismo y, además, como ha dicho en reiterados pronunciamientos el Consejo de Estado, es un deber ineludible de los jueces evitar, hasta donde ello sea posible, las sentencias inhibitorias, por cuanto las mismas nada resuelven y son el reconocimiento de un trámite inadecuado del proceso, que bien pudo ser corregido o subsanado desde el comienzo.

Entonces, en el caso materia de examen, entiende la Sala que el *a quo* consideró en el auto admisorio que en la petición de septiembre 25 de 2006, si bien no fue lo suficientemente claro el actor respecto de la solicitud de reintegro, toda vez que, lo solicitado fue que se diera cumplimiento al fallo de tutela proferido por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal de fecha 15 de junio de 2006, como quiera que la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja no acató los considerandos respecto al reintegro, lo cierto es que, la pretensión de cancelación de los valores correspondientes a las prestaciones sociales la

formula como consecuencia del reintegro que debió haberse producido de plano o *ipso iure*.

En ese orden, considera la Sala que si bien el escrito de agotamiento no fue construido con el rigor técnico que la ley exige¹³ y que permitiera identificar sin mayor esfuerzo dialéctico las peticiones reclamadas ante la administración, lo cierto es que de una lectura integradora y garantista se desprende la pretensión de reintegro que echa de menos el *a quo* en la sentencia, cuando en realidad, al momento de hacer el estudio de admisibilidad de la demanda, nada dijo sobre tal particular, sino por el contrario, estimó que respecto del requisito de agotamiento de vía gubernativa, se encontraba completa la proposición jurídica.

En los anteriores términos, en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial y el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia, resulta contradictorio y desconocedor de la garantía procesal al debido proceso, que el *a quo* haya declarado probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebido agotamiento de la vía gubernativa, cuando en realidad, en el auto inadmisorio precisamente sobre ese específico requisito de procedibilidad consideró que se encontraba completa la proposición jurídica, motivos todos estos por los cuales, la Sala revocará la sentencia apelada y en su lugar, procederá a analizar de fondo la controversia.¹⁴

¹³ Artículo 5 del Decreto 01 de 1984. **ARTÍCULO 5.** Toda persona podrá hacer peticiones respetuosas a las autoridades, verbalmente o por escrito, a través de cualquier medio. Las escritas deberán contener, por lo menos: 1. La designación de la autoridad a la que se dirigen. 2. Los nombres y apellidos completos del solicitante y de su representante o apoderado, si es el caso, con indicación del documento de identidad y de la dirección. 3. El objeto de la petición. 4. Las razones en que se apoya. 5. La relación de documentos que se acompañan. 6. La firma del peticionario, cuando fuere el caso.

¹⁴ Se puede consultar al respecto sentencia de la Sección Segunda, Subsección “A”, del 17 de mayo de 2012, radicado interno 0986-09, CP Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Dte: José Nicolás Paz. Ddo: ESE Hospital Local de San Onofre.

A continuación, procede la Sala al estudio y análisis encaminado a determinar si es procedente la rehabilitación de los derechos del actor en su calidad de condenado penalmente por el punible de peculado por aplicación oficial diferente e inhabilitado para el ejercicio de función pública, y en consecuencia, determinar si existe lugar al reintegro del demandante al cargo de médico especialista en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y el consecuente reconocimiento y pago de los emolumentos a que tendría derecho.

La inhabilidad de que trata el artículo 122 de la Carta Superior.

La Constitución Política en su capítulo 2 contempló lo relativo a la función pública, estableciendo en el quinto inciso del artículo 122 una inhabilidad, la cual, fue introducida en virtud de la modificación del Acto Legislativo No. 01 de 2004 y, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 45.424 del 8 de enero de 2004, quedó así:

“Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

“Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

“Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

En el asunto decidido en esta providencia, como ocurre en el *sub examine*, dentro de sus pretensiones el demandante omitió cuestionar el acto ficto, sin embargo, la Sala procedió a estudiar de fondo el asunto, dando prelación al derecho sustancial y el acceso a la administración de justicia, amén de que las instancias previas nunca advirtieron la carencia, por lo tanto no era justo trasladar los efectos nocivos de la misma -un eventual fallo inhibitorio- al actor.

“Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, **no podrán** ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como **servidores públicos**, ni celebrar personalmente o por interpuesta persona, contratos con el Estado, **quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado**. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”. (Negrillas fuera de texto)

Respecto de las inhabilidades, la Corte Constitucional ha dicho que¹⁵ “...con las inhabilidades se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad.”

En ese orden, las inhabilidades del régimen jurídico pueden tener fuente diversa y pretender objetivos distintos. De hecho, la jurisprudencia ha reconocido que las inhabilidades presentan dos tipologías que dependen de su procedencia jurídica y de la finalidad que persiguen.

Un primer grupo tiene origen sancionatorio. Cometida la conducta que la ley considera reprochable, el Estado impone la sanción correspondiente y adiciona una más –la inhabilidad- que le impide al individuo sancionado ejercer una determinada actividad.

¹⁵ Sentencia C-564/97, M.P. Antonio Barrera Carbonell

La segunda tipología no tiene origen sancionatorio y corresponde, simplemente, a una prohibición de tipo legal que le impide a determinados individuos ejercer actividades específicas, por la oposición que pueda presentarse entre sus intereses y los comprometidos en el ejercicio de dichas actividades.

En la Sentencia C-708 de 2001, al estudiar la exequibilidad del artículo 2º de la Ley 510 de 1999, regulatoria del sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores y las Superintendencias Bancaria y de Valores, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de profundizar en el tema del siguiente modo:

“En uno de los grupos están las inhabilidades relacionadas directamente con la potestad sancionadora del Estado, la cual se desenvuelve en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional, correccional y de punición por indignidad política. Según lo ha señalado esta Corporación, a través de la potestad sancionadora el Estado cumple diferentes finalidades de interés general. ‘Así, por medio del derecho penal, que no es más que una de las especies del derecho sancionador, el Estado protege bienes jurídicos fundamentales para la convivencia ciudadana y la garantía de los derechos de la persona. Pero igualmente el Estado ejerce una potestad disciplinaria sobre sus propios servidores con el fin de asegurar la moralidad y eficiencia de la función pública. También puede el Estado imponer sanciones en ejercicio del poder de policía o de la intervención y control de las profesiones, con el fin de prevenir riesgos sociales”¹⁶.

“El proceso de tipificación de los delitos y de las faltas administrativas consiste en la determinación de conductas que, por afectar de manera significativa la convivencia social o el cumplimiento de las funciones y servicios a cargo del Estado, respectivamente, se sancionan con una pena.

“Los delitos y las faltas administrativas se tipifican, en cada caso, para evitar la vulneración de bienes jurídicos fundamentales o para propiciar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios públicos a cargo del Estado, y las penas y sanciones son los castigos impuestos por

¹⁶ Sentencia C-597 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

autoridad legítima a quien ha cometido un delito o una falta.¹⁷ En relación con la tipicidad, la Corte ha señalado que esta figura ‘exige la concreción de la correspondiente prescripción, en el sentido de que exista una definición clara, precisa y suficiente acerca de la conducta o del comportamiento ilícito, así como de los efectos que se derivan de éstos, o sean las sanciones. De esta manera la tipicidad cumple con la función de garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro, proteger la seguridad jurídica’¹⁸.

“Por su parte, las sanciones son respuestas a conductas antijurídicas y su determinación es un complemento de la conducta considerada por el legislador como atentatoria contra bienes jurídicos fundamentales objeto de protección. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, sentencia C-739 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz, ‘por lo general la norma penal está constituida por dos elementos: el precepto (*praeceptum legis*) y la sanción (*sanctio legis*). En el precepto está contenida la descripción de lo que se debe hacer o no hacer y, por lo tanto, del hecho que constituye delito. La situación descrita en la norma se denomina comúnmente figura o tipo penal. (...) La norma penal, siempre de origen estatal, es un imperativo que contiene reglas de comportamiento impuestas por el Estado, dirigidas a regular conductas de los ciudadanos, asociadas a determinados comportamientos sancionados punitivamente. La norma penal tiene una función valorativa, en el sentido de que a través de ella ciertos comportamientos se califican como contrarios a los fines del Estado.”

(...)

“11. La Constitución señala que “en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles” (C.P. art. 28). De la interpretación sistemática de este precepto y de las disposiciones de los artículos 122 y 179-1 y 9 de la Carta, puede concluirse que la prohibición de la imprescriptibilidad de las penas, no cobija a las inhabilidades que el mismo Constituyente ha instituido, así éstas tengan carácter sancionatorio.

“12. El Constituyente puede erigir en causal de inelegibilidad permanente para ocupar ciertos cargos públicos, hechos y circunstancias muy diversas, inclusive ajenos a la voluntad de las personas, como acontece con la doble nacionalidad y el parentesco en algunos casos. No se ve por qué no pueda el Constituyente asociar el presupuesto constitutivo de una causal de

¹⁷ Sobre la configuración legislativa de los delitos y de las faltas ver entre otras las sentencias C-186 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-310 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, y C-564 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

¹⁸ Sentencia C-769 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell

inhabilidad, a la expedición de una sentencia condenatoria por la comisión de un delito contra el patrimonio público. La defraudación previa al erario público, es un precedente que puede legítimamente ser tomado en consideración por la Constitución, para impedir que en lo sucesivo la persona que por ese motivo fue condenada penalmente asuma de nuevo el manejo de la cosa pública. El propósito moralizador que alienta la Constitución no se ha detenido ante las causales de inelegibilidad que por causas idénticas se aplican a los condenados que aspiran a ser Congresistas. Si en este evento, en atención a un criterio de proporcionalidad de la pena, se autorizara a la ley para imponer un término máximo de duración de la inhabilidad contemplada en el artículo 122 de la C.P., no sería posible dejar de hacerlo respecto de las restantes inhabilidades plasmadas directamente en la Constitución. En esta hipótesis, que la Corte no comparte, la ley estaría modificando el diseño moral mínimo dispuesto por el Constituyente.” (Sentencia C-038 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) (Subrayas por fuera del original).

Y culminó el máximo órgano de la jurisdicción constitucional señalando que “Aunque alrededor del tema de las inhabilidades y más específicamente de la posibilidad que le asiste al legislador para crear nuevos modelos de inhabilidad intemporal existe una ardua discusión en la jurisprudencia, baste con decir por ahora que a la luz de la jurisprudencia transcrita y de las sentencias enlistadas, la inhabilidad contenida en el artículo 122 de la Carta es una inhabilidad sin término, que impide al servidor público afectado por ella volver a ejercer función pública alguna¹⁹”

Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional referente a la inhabilidad contenida en el artículo 122 de la Carta Fundamental, es claro para la Sala que la misma es una inhabilidad sin termino, por ello se ha denominado como de carácter intemporal.

¹⁹ Sentencia C- 652 de 2003.

Descendiendo al caso bajo estudio, el actor argumenta que se violó el debido proceso, la legalidad, la seguridad jurídica y el derecho de audiencia y defensa, al considerar que el acto demandado desconoció y omitió lo solicitado en el derecho de petición para que se tuviera en cuenta los artículos 92 tanto del Decreto 100 de 1980 como de la Ley 599 de 2000 y de pleno derecho fuera reintegrado al cargo que ocupaba en la entidad demandada.

Pues bien, las normas sobre las cuales el actor fundamenta el cargo son el artículo 92 del Decreto 100 de 1980 por el cual, se adoptó el Código Penal y el artículo 92 de la Ley 599 de 2000 mediante la cual, se derogó dicho decreto y se promulgó el nuevo régimen penal. La primera normativa dispone:

ARTICULO 92. REHABILITACION. <Decreto derogado por la Ley 599 de 2000> Excepto la expulsión del territorio nacional para el extranjero, las demás penas señaladas en el artículo 42 podrán cesar por rehabilitación.

Si tales penas fueren concurrentes con una privativa de la libertad, no podrá pedirse la rehabilitación sino cuando el condenado hubiere observado buena conducta y después de transcurrido dos años a partir del día en que haya cumplido la pena.

Si no concurrieren con pena privativa de la libertad, la rehabilitación no podrá pedirse sino dos (2) años después de ejecutoriada la sentencia en que ellas fueron impuestas.

Por su parte, el artículo 92 de la Ley 599 de 2000, dice lo siguiente:

ARTICULO 92. LA REHABILITACION. La rehabilitación de derechos afectados por una pena privativa de los mismos, cuando se imponga como accesoria, operará conforme a las siguientes reglas:

1. Una vez transcurrido el término impuesto en la sentencia, la rehabilitación operará de derecho. Para ello bastará que el interesado formule la solicitud

pertinente, acompañada de los respectivos documentos ante la autoridad correspondiente.

2. Antes del vencimiento del término previsto en la sentencia podrá solicitarse la rehabilitación cuando la persona haya observado intachable conducta personal, familiar, social y no haya evadido la ejecución de la pena; allegando copia de la cartilla biográfica, dos declaraciones, por lo menos, de personas de reconocida honorabilidad que den cuenta de la conducta observada después de la condena, certificado de la entidad bajo cuya vigilancia hubiere estado el peticionario en el período de prueba de la libertad condicional o vigilada y comprobación del pago de los perjuicios civiles.

En este evento, si la pena privativa de derechos no concurriere con una privativa de la libertad, la rehabilitación podrá pedirse dos (2) años después de la ejecutoria de la sentencia que la impuso, si hubiere transcurrido la mitad del término impuesto.

Si la pena privativa de derechos concurriere con una privativa de la libertad, solo podrá pedirse la rehabilitación después de dos (2) años contados a partir del día en que el condenado haya cumplido la pena privativa de la libertad, si hubiere transcurrido la mitad del término impuesto.

3. Cuando en la sentencia se otorgue la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, y no se exceptúa de ella la pena accesoria, ésta se extinguirá con el cumplimiento del período de prueba fijado en el respectivo fallo.

Cuando, por el contrario, concedido el beneficio en mención, se exceptúa de éste la pena accesoria, su rehabilitación sólo podrá solicitarse dos (2) años después de ejecutoriada la sentencia en que fue impuesta, si hubiere transcurrido la mitad del término impuesto.

No procede la rehabilitación en el evento contemplado en el inciso 5 del artículo 122 de la Constitución Política” (Se subrayó).

El demandante aduce que conforme a estas dos disposiciones, una vez se ha cumplido la pena, opera la rehabilitación *ipso iure* y, por consiguiente, debe ser reintegrado al cargo que ocupaba en el Hospital San Rafael de Tunja como médico traumatólogo.

Así mismo, alega que conforme a la sentencia de 15 de junio de 2005 proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la acción de

tutela No 20.957 con ponencia del magistrado Edgar Lombana Trujillo que interpusiera el actor, se consideró y aclaró el camino para la rehabilitación de funciones públicas de conformidad con las disposiciones mencionadas arriba.

Pues bien, las disposiciones citadas contemplan el derecho que tienen las personas condenadas a ser rehabilitados sus derechos luego del cumplimiento de la condena que se hubiese impuesto en la sentencia. La rehabilitación opera de pleno derecho, es decir, sin la intervención de la autoridad judicial, pues, para el efecto es suficiente que el interesado formule la solicitud correspondiente y se acompañen los documentos respectivos ante la autoridad respectiva.

Sin embargo, en el caso del actor, debe tenerse en cuenta que la pena impuesta obedeció a la comisión del ilícito doloso de peculado por aplicación oficial diferente, cometido en el presupuesto del establecimiento público Hospital San Rafael de Tunja de la vigencia fiscal del año 1994.

Teniendo en cuenta lo anterior, reitera la Sala que el inciso quinto del artículo 122 de la Constitución estableció precisamente una inhabilidad intemporal para quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado, de tal suerte que, para el caso del demandante, es claro que el tipo penal por el cual fue condenado se enmarca dentro de los punibles que afectan el patrimonio del Estado.

En ese orden, se observa que en el fallo condenatorio proferido por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Tunja, Sala Penal, referente a la conducta reprochada señaló:

“De conformidad con las pruebas que acabamos de examinar tenemos la certeza de que el doctor SAULO F. GUARIN CORTES, en su calidad de Director del entonces Establecimiento Público del Orden Departamental Hospital San Rafael de Tunja, comprometió una suma superior a la fijada en el presupuesto de 1994 equivalente a \$82.910.264. Por tanto, su conducta coincide perfectamente con la descrita como delito en el art. 136 del C.P...”

Lo anterior permite extraer los elementos tipificantes de la inhabilidad consagra en el prenotado artículo 122 de la Carta Política de 1991 y desarrollados en la sentencia C-652 de 2003²⁰. Es así como se tiene que para la fecha de la comisión del ilícito, el actor ostentaba la calidad de Director del Establecimiento Público Hospital San Rafael de Tunja, es decir, que tenía la condición de servidor público.

En segundo orden, el demandante recibió una condena penal por el punible de peculado por aplicación oficial diferente²¹, como quiera que mediante proveído de fecha 25 de septiembre de 1997, la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Tunja revocó parcialmente lo resuelto en el ordinal primero de la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tunja que había absuelto al accionante y en su lugar, lo condenó a la pena principal de un año de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas durante dos años y multa de dos mil pesos.

Como tercer elemento de la susodicha inhabilidad, es que la condena debe proferirse por la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado, hecho que se encuentra debidamente acreditado, toda vez que, el numeral primero de la sentencia penal condenatoria impuesta al actor señaló la calidad de

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-652 de fecha 5 de agosto de 2003.

²¹ Ver folio 54 al 106 del cuaderno de pruebas.

auto del punible de peculado por aplicación oficial diferente en los siguientes términos:

“... CONDENAR a SAULO FALVIANO GUARIN CORTES, de condiciones civiles y personales anotadas en el expediente, a la pena principal un (1) año de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas durante dos (2) años y una multa de dos mil pesos (\$2.000) moneda corriente que debe pagar en favor del Consejo Superior de la Judicatura por intermedio de la Caja de Crédito Agraria, como autor **responsable del hecho ilícito doloso de peculado por aplicación oficial diferente**, cometido en el presupuesto del entonces Establecimiento Público Descentralizado Hospital San Rafael de Tunja de la vigencia fiscal del año 1994”, quedando claro que el delito cometido por el accionante trata de aquellos que la norma constitucional establece como de afectación al patrimonio público. (Negrillas fuera de texto)

Como cuarto elemento que exige la norma para que se configure la inhabilidad en comento, es que la conducta haya sido cometida de manera dolosa, condición que se cumple para el caso del actor, toda vez que, fue declarado autor responsable del hecho ilícito doloso de peculado por aplicación oficial diferente.

De acuerdo con los elementos antes examinados, si bien la sentencia penal a través de la cual fue condenado el accionante solo le impuso dos años de interdicción de derechos y funciones públicas, lo cierto es que, la norma constitucional estableció la inhabilidad intemporal para los servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio estatal, de tal suerte que, al haber resultado condenado el demandante por delitos contra el patrimonio público, como consecuencia de una conducta en forma dolosa, por virtud de la inhabilidad consagrada en el artículo 122 constitucional, se genera la imposibilidad de que el actor vuelva a desempeñar funciones públicas.

Ahora bien, arguye el demandante que mediante sentencia de fecha 25 de septiembre de 1997, fue condenado por el delito de peculado por aplicación diferente, conducta que fue modificada por el texto consagrada en la Ley 599 de 2000, cambiando sustancialmente la descripción normativa como quiera que, en la actual disposición se exige que la conducta típica se produzca en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, condicionamiento no contemplado en la norma aplicada al demandante y que necesariamente cambia en términos de favorabilidad.

Sobre el particular, señala la Sala que el día 26 de abril de 1994, fecha en la que tuvo lugar la situación fáctica que dio origen al hecho punible y, posteriormente, a la condena de responsabilidad penal impuesta por el Tribunal Superior de Tunja, el artículo 136 del Código Penal de la época (Decreto Ley 100 de 1980) contemplaba como delito el siguiente:

“Peculado por aplicación oficial diferente. El que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, aplicación oficial diferente a aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o las utilice en forma no prevista en éste, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, multa de un mil a cincuenta mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas por uno (1) a tres (3) años”.

Sin embargo, la descripción normativa respecto de tal ilícito tuvo modificación, en la medida en que fue expedido un nuevo código penal contenido en la Ley 599 de 2000²², produciendo una variación en los elementos normativos del delito, así:

²² “El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de

“Artículo 399. Peculado por aplicación oficial diferente. El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. (Subrayado nuestro)

Así las cosas, al comparar las dos normatividades, se observa que el aparte subrayado no estaba contenido en el Decreto Ley 100 de 1980, por lo que, en esta última se exige, para la configuración de dicho delito, además de la destinación oficial diferente de los recursos, la afectación de los rubros de inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores.

No obstante lo anterior, no puede so pretexto de la aplicación del principio de favorabilidad constitucional, desconocerse instituciones jurídicas de la misma raigambre, como lo es la cosa juzgada.

La función pacificadora que cumplen los procedimientos judiciales como instrumentos para la resolución de los conflictos que surgen en una colectividad, ha sido destacada por la Corte en diferentes oportunidades, señalando la importancia de la firmeza de las decisiones y su tránsito a cosa juzgada, como presupuestos de seguridad jurídica.

Este valor que está implícito en la función de administrar justicia y forma parte de las garantías que integran el debido proceso, se funda en la

dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.”

confianza tanto de los individuos que participan en el proceso, como de la colectividad que espera la eficaz y regulada solución de sus conflictos, y que una vez que el litigio concluya definitivamente con una decisión judicial, ella se torna inalterable²³.

Bajo ese hilo de pensamiento, debe indicarse que el fallo condenatorio en contra del actor y proferido por el Tribunal Superior de Tunja se fundamentó en el Decreto Ley 100 de 1980, normatividad que para la época de la comisión del ilícito se encontraba vigente y que, en lo referente a la descripción del tipo penal de peculado por aplicación oficial diferente, la misma solo exigía que, en los casos en los cuales un servidor o empleado público destinaba recursos del Estado para algo distinto a lo previsto en el presupuesto, independientemente de la finalidad para la que se destinaran, incurría en la conducta punible, razón por la cual debía ser condenado a pena privativa de la libertad, multa e interdicción de sus derechos políticos.

Es así como la aludida sentencia fue expedida en fecha 25 de septiembre de 1997, es decir, cuando aún no se encontraba en el mundo jurídico la Ley 599 de 2000, pues esta solo entró en vigencia en fecha 24 de julio de 2001²⁴.

Ahora, es cierto que contra el precitado proveído, la Procuraduría Judicial 174 interpuso demanda de casación, respecto de la cual, el H. Corte Supremo de Justicia, Sala Penal mediante auto de fecha 28 de junio de 2001, decidió desestimar la demanda por ausencia de interés jurídico²⁵, de tal suerte que, para dicha calenda, la Ley 599 de 2000 aún no se encontraba vigente.

²³ Sentencias C- 548 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz y C- 04 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²⁴ Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000.

²⁵ Ver folio 107 al 119 del cuaderno 2 de pruebas.

Lo anterior denota que el proceso penal en el cual resultó condenado el demandante por el delito de peculado por aplicación oficial diferente se ritió bajo la égida del Decreto ley 100 de 1980, por lo que, la conducta ilícita cometida, su encuadramiento típico y la declaratoria de responsabilidad penal se efectuó bajo los apremios exigidos por el artículo 136 de dicha legislación, haciendo tránsito a cosa juzgada la aludida sentencia condenatoria, por lo que, el cambio en la descripción normativa incorporada por la Ley 599 de 2000, no resulta aplicable al actor, y menos aún, habiendo operado el fenómeno jurídico de la cosa juzgada.

Además, no es objeto de esta jurisdicción y por ende, no le corresponde a la Sala inmiscuirse en asuntos propios de la tipicidad del delito de peculado por aplicación oficial diferente, ni a las variaciones en su tipificación, por cuanto que, para ello, el demandante contó con un juez natural quien se encargó de definir lo relativo a la responsabilidad penal, máxime, cuando la inhabilidad contenida en la norma constitucional pluricitada es de carácter intemporal, lo que excluye la posibilidad de la aplicación de la favorabilidad pretendida por el demandante.

Conforme todo lo expuesto en precedencia, se revocará parcialmente la sentencia apelada y en su lugar, se negaran las pretensiones de la demanda.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segundas – Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 17 de octubre de 2014 proferida por la Sala de Decisión 11 A, despacho de descongestión No 6, del Tribunal Administrativo de Boyacá, en cuanto declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y en consecuencia, se declaró inhibida para pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme lo esgrimido en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO.- Por la Secretaría de la Sección Segunda devuélvase el proceso al Tribunal Administrativo de Boyacá y déjense las constancias de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Providencia estudiada y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

Los consejeros

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ (E)