DUALIDAD INTERPRETATIVA, VISIÓN Y RESOLUCIÓN DE CRITERIOS ENFRENTADOS RESPECTO DE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA

AUTOR:

LUZ MARINA FIGUEROA SALGADO

DIRECTOR TEMATICO:

HECTOR FERRER LEAL

DIRECTOR METODOLOGICO:

RICARDO ARTURO ARIZA LOPEZ

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

ESPECIALIZACION EN DERECHO SANCIONATORIO

2013

DUALIDAD INTERPRETATIVA, VISIÓN Y RESOLUCIÓN DE CRITERIOS ENFRENTADOS RESPECTO DE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA

[1]LUZ MARINA FIGUEROA SALGADO

RESUMEN

Con el presente artículo se pretende argumentar jurídicamente la viabilidad de considerarse interrumpida la prescripción de la acción administrativa disciplinaria únicamente con el fallo de primera o única instancia debidamente notificado, y no con la resolución de segunda instancia debidamente notificada como requisito indispensable de los recursos interpuestos contra el fallo al agotar la vía gubernativa, de conformidad con la modificación introducida al artículo 30 de la Ley 734 de 2002, por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011; y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

ABSTRACT

The present article aims to argue legally considered the feasibility of prescribing interrupted administrative disciplinary action solely for the failure of first or only instance duly notified, not the appeal judgment duly notified as a prerequisite for appeals against failure to exhaust administrative remedies in accordance with the amendment to Article 30 of Law 734 of 2002, by Article 132 of Law 1474 of 2011, and the jurisprudence of the State Council.

PALABRAS CLAVE

[1] ABOGADA ESPECIALIZADA EN DERECHO ADMINISTRATIVO.

Acción Disciplinaria, Debido proceso, Derecho fundamental, Prescripción, Recurso, Vía gubernativa.

KEYWORDS

Appeal, disciplinary Action, due process, fundamental right, governance way, prescription.

INTRODUCCIÓN

En materia disciplinaria, el artículo 34 de la Ley 200 de 1995 establecía la prescripción como una forma de extinción de la acción disciplinaria, así: *"(…) Términos de prescripción de la acción y de la sanción. La acción disciplinaria prescribe en el término de cinco (5) años. La prescripción de la acción empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de la consumación y desde la realización del último acto, en las de carácter permanente o continuado (…)".*

Hoy, al quedar derogada la Ley 200 de 1995, cuando hablamos de prescripción de la acción disciplinaria, debemos remitirnos necesariamente al artículo 30 de la Ley 734 de 2002, así: *"(…) La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto. (...)".*

Por su parte, el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, introdujo una modificación al artículo 30 de la Ley 734 de 2002, en los siguientes términos:

"La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas". *(Negrillas y subrayado fuera de texto original)*

Expuestos los antecedentes legales, se hace necesario continuar con el análisis interpretativo de los mismos, por vía de conceptos y jurisprudencia hasta alcanzar conclusiones que permitan clarificar el momento procesal que determine la interrupción de la prescripción de la acción disciplinaria, ya sea con el fallo de primera o única instancia debidamente notificado, o por el contrario con el fallo de segunda instancia notificado en legal forma, para que se configure la extinción de la acción disciplinaria por prescripción, de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 29 de la Ley 734 de 2002, sin que se conculquen las garantías fundamentales de los destinatarios de la ley disciplinaria enmarcadas en el artículo 29 constitucional.

ANÁLISIS DE LA DUALIDAD DE CRITERIOS FRENTE AL MOMENTO EN QUE SE PRODUCE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN SANCIONATORIA

En desarrollo de este objetivo, se analizarán los instrumentos legales y jurisprudenciales de resorte al tema; los cotejaremos con el Código Único Disciplinario y el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011), lo que nos permitirá esbozar las conclusiones y recomendaciones que viabilicen jurídicamente el momento en que opera la interrupción de la prescripción de la acción administrativa disciplinaria.

Dado que existen dos posiciones, ambas sustentadas y aplicadas a casos reales acerca del tema expuesto, se comenzará poniendo de presente los criterios normativos y conceptos comunes que ayudan a desarrollar la idea del legislador al momento de disponer acerca de la prescripción de la acción disciplinaria así:

Ejecutoriedad. Artículo 11 de la Ley 734 de 2002*: "El destinatario de la ley disciplinaria cuya situación se haya decidido mediante fallo ejecutoriado o decisión que tenga la misma fuerza vinculante, proferidos por autoridad competente, no será sometido a nueva investigación y juzgamiento disciplinarios por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta".* En este sentido, se debe entender en materia disciplinaria que la ejecutoriedad se predica del fallo, y no de la producción de otras decisiones posteriores a tal circunstancia, por esta razón, es imperioso determinar el momento procesal con el propósito de contabilizar los términos para la interrupción de la prescripción de la acción disciplinaria, en atención a lo estipulado en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002 modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011.

Notificación de los actos administrativos. Conforme a lo señalado en la Sentencia C-370 de 2012:

"La notificación es una manifestación concreta del principio de publicidad que orienta el desarrollo del proceso y garantiza los derechos de contradicción y defensa. En este sentido, la notificación no es un acto de contenido meramente formal, sino que ***se surte con independencia de las decisiones que se adopten al interior del asunto, permitiendo la materialización del derecho de defensa*** *de los potenciales afectados.*

La Corte Constitucional ha señalado que la notificación de los actos administrativos, como el de citación a audiencia, ***es una importante manifestación del derecho fundamental al debido proceso administrativo****, y cumple una triple función dentro de la actuación administrativa, a saber: i) asegura el cumplimiento del principio de publicidad de la función pública pues mediante ella se pone en conocimiento de los interesados el contenido de las decisiones de la Administración; ii) garantiza el cumplimiento de las reglas del debido proceso en cuanto* ***permite la posibilidad de ejercer los derechos de defensa y de contradicción*** *y; finalmente iii) la adecuada notificación hace posible la efectividad de los principios de celeridad y eficacia de la función pública al delimitar el momento en el que empiezan a correr los términos de los recursos y de las acciones procedentes. Así, la notificación busca garantizar que los sujetos procesales conozcan desde el inicio de la existencia de un proceso para la protección de sus intereses."* (Negrillas y subrayado fuera de texto original)

Con todo y a pesar de que en el contenido de las posiciones interpretativas enfrentadas no hay discrepancia acerca de la necesidad de notificar al sujeto disciplinado el fallo que ponga fin al proceso, si nace discusión a partir de la dualidad consistente en: ¿notificado el fallo de primera instancia se considera interrumpida la prescripción o ejecutoriado el mismo es cuando tal interrupción debe predicarse? Veamos entonces que se predica acerca de la firmeza de las providencias en materia administrativa.

Firmeza de los actos administrativos. Artículo 87 de la Ley 1437 de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

"Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.

2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o ***notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos****.*

3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.

5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo." (Negrillas y subrayado fuera de texto original)

Ahora bien, en aras a determinar las facultades del legislador en la construcción de las normas y con ello analizar si al momento de disponer acerca de la prescripción de la acción disciplinaria acató las directrices de la carta política, vale la pena recordar que la Corte Constitucional ha señalado en múltiples ocasiones la libertad de configuración del legislador para regular en su totalidad los procedimientos judiciales y administrativos y dentro de ellos aspectos como: el

establecimiento de los recursos y medios de defensa que pueden intentar los administrados contra los actos que profieren las autoridades, así como los requisitos y las condiciones de procedencia de los mismos; las etapas procesales y los términos y formalidades que se deben cumplir en cada uno de los procesos; la radicación de competencias en una determinada autoridad judicial, siempre y cuando el constituyente no se haya ocupado de asignarla de manera explícita en la Carta; los medios de prueba; y los deberes, obligaciones y cargas procesales de las partes, del juez y aún de los terceros intervinientes, sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite, o para proteger a las partes o intervinientes, o para prevenir daños o perjuicios en unos u otros procesos. Sin embargo, esta facultad no es absoluta pues: "**debe ser ejercida sin desconocer los principios y valores constitucionales, la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y los principios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del derecho sustancial sobre lo adjetivo, que se constituyen en límites al ejercicio legítimo de tales competencias**", analizaremos entonces si opera así en cada una de las posiciones interpretativas de la norma que establece la prescripción de la acción disciplinaria como causal de extinción de la misma.

Respecto de la participación de la Procuraduría General de la Nación, tenemos que por medio de la Directiva No. 016 del 30 de noviembre de 2011, el Procurador General de la Nación impartió directrices para la aplicación de la Ley 1474 de 2011, en materia de prescripción y caducidad de la acción disciplinaria, en los siguientes términos:

"(…) Que la entrada en vigencia de la ley 1474 ha sido motivo de incertidumbre entre los funcionarios investidos de atribuciones disciplinarias en temas respecto de los cuales hubiera sido deseable que el propio legislador expidiera un régimen de transición o se hubiera pronunciado expresamente.

"…Que uno de los temas es el relacionado con la novedosa figura de la caducidad de la acción disciplinaria y con el replanteamiento de la prescripción ya existente…"

"…Que la prescripción de la acción disciplinaria es una causa de extinción de la pretensión punitiva estatal que opera por el mero transcurso del tiempo luego del inicio de la acción por la comisión de la conducta que la motiva.

Que en consecuencia, como institutos jurídicos liberadores de la responsabilidad, deberá entenderse que la caducidad y la prescripción contienen un derecho sustantivo a favor del disciplinado, pues lo benefician de la garantía constitucional que le asiste a todo ciudadano para que se le defina sus situación jurídica en un plazo razonable que no puede quedar sujeto indefinidamente a la posibilidad de que se le investigue y cuestione por su proceder, o a la imputación que se ha proferido en su contra…".

"…Que en la primera parte del inciso segundo del artículo 132 de la ley 1474 de 2011, se dispuso que "la acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la investigación disciplinaria".

Que la expresión "auto de apertura de la acción" ha sido interpretada de manera disímil entre los funcionarios encargados de la aplicación de la ley disciplinaria.

Que de nada sirve el ejercicio de interpretación que se reduce a "los limites de una sola disposición", cuando la adecuada comprensión de dicho precepto depende de la integración de los artículos relacionados con la misma figura jurídica.

Que la interpretación sistemática impone darle a las disposiciones de un mismo cuerpo normativo un sentido armónico que preserve la integridad del sistema.

Que en concordancia con el inciso primero del artículo 132 de la ley 1474, debe entenderse que la apertura de la acción disciplinaria se da con el auto de apertura de investigación, o con el de citación a audiencia en el procedimiento verbal.

Que con dichas providencias se formaliza la existencia de la investigación, dándole al investigado la calidad de tal.

Que de lo anterior se deriva el deber del Estado de decidir el mérito de la actuación procesal con celeridad, como correlato necesario del derecho del investigado a no permanecer sub iúdice indefinidamente (…)".

Y concluye definiendo que:

"…SEGUNDO: Para los efectos de la ley 1474 de 2011, se deberá entender que la acción disciplinaria prescribe en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la investigación disciplinaria o del auto de citación a audiencia, según fuere el procedimiento. (…)"

Expuestos y claros los aspectos comunes, desarrollaremos aquellos que se enfrentan en cada una de las posiciones interpretativas del tema objeto de estudio, así:

PRIMERA POSICIÓN. Para que se considere impuesta la sanción es necesario no solo que el acto sancionatorio primigenio se expida, sino también que se notifique, lo cual es suficiente para entenderse interrumpida la prescripción de la acción disciplinaria.

Como soporte de esta interpretación, la Corte Constitucional en Sentencia del veintiséis (26) de mayo de dos mil diez (2010), reiteró que:

"(…) El fin esencial de la prescripción de la acción disciplinaria, está íntimamente ligado con ***el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica****, pues no puede el servidor público quedar sujeto indefinidamente a una imputación, correspondiéndole al legislador establecer el plazo que se considera suficiente para que la entidad a la cual presta sus servicios el empleado o la Procuraduría General de la Nación inicien la investigación y adopten la decisión pertinente (…)".*

Corolario de lo anterior, la Procuraduría General de la Nación en cuanto a la interrupción de la prescripción, en vigencia del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, dispuso que:

"El Procurador General de la Nación, mediante la Directiva No. 010 del 10 de mayo de 2010, definió que el término de cinco (5) años de prescripción de la acción disciplinaria ***se entiende interrumpido con la notificación del fallo de única o primera instancia, según el caso, conforme a los lineamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado en la sentencia del 29 de septiembre de 2009****". (Negrillas y subrayado fuera de texto original)*

En igual sentido, en Sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 29 de septiembre de 2009, por medio de la cual se resolvió un recurso de súplica propuesto por la parte demandada

(Procuraduría General de la Nación) contra la sentencia dictada el 23 de mayo de 2003 por la Sección Segunda, Subsección B de esta Corporación, la Alta Corporación señaló los siguientes aspectos:

"(…) Tanto el primer cargo planteado por el Procurador General de la Nación Encargado, como el segundo cargo propuesto por la Procuradora Segunda Delegada se refieren a la interpretación errónea de los artículos 12 de la Ley 25 de 1974 y 6 de la Ley 13 de 1984, que regulan el tema de la prescripción de la acción disciplinaria.

"Ley 25 de 1974. Por la cual se expiden normas sobre organización y funcionamiento del Ministerio Público y Régimen Disciplinario, y se dictan otras disposiciones".

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

Ley 13 de 1984, "por la cual se establecen normas que regulan la administración del personal civil y demás servidores que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo Nacional y se dictan otras disposiciones sobre el Régimen de Carrera Administrativa".

"Artículo 6. Prescripción de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria prescribe en cinco años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, término dentro del cual deberá igualmente imponerse la sanción".

Los recurrentes consideran que "imponer" la sanción, como lo exige la norma, no significa que se debe expedir y notificar incluso el acto que resuelve todos los recursos gubernativos. En tal sentido estiman equivocada la tesis jurisprudencial que sostiene la Sección Segunda en el fallo que suplican.

Sostienen que tal interpretación excede la previsión que el mandato normativo consagra.

Se hace necesario entonces determinar "cuándo" debe entenderse impuesta la sanción, como quiera que la interpretación al respecto determinará la manera de establecer si la facultad sancionatoria en materia disciplinaria se ejerció o no de forma oportuna.

La Sala comienza el análisis partiendo de la jurisprudencia de esta Corporación en relación con el manejo del tema de la prescripción de la acción sancionatoria acerca de cuándo debe entenderse "impuesta la sanción", que no ha sido unánime. En efecto, sobre el particular existen tres tesis. La jurisprudencia de la

Corporación acerca de cuándo debe entenderse "impuesta la sanción", no ha sido unánime, existiendo tres tesis:

a) *Se entiende ejercida la potestad disciplinaria cuando se produce la decisión que resuelve la actuación administrativa sancionatoria.*

b) *Para que se considere "impuesta" la sanción es necesario no solo que el acto sancionatorio primigenio se expida, sino también que se notifique.*

c) *Debe haberse expedido el acto sancionatorio, resuelto todos los recursos que se propusieron y notificado las decisiones sobre éstos.*

La tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario*.*

Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir un pronunciamiento, sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado. Así, ***la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto****.*

Afirmar que la administración, además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del término de cinco años a partir del acto constitutivo de la falta la actuación administrativa sancionatoria, también está obligada dentro de ese lapso a resolver los recursos de la vía gubernativa e incluso a notificar el acto que resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla y permite*, finalmente, dejar en manos del investigado, a su arbitrio, la determinación de cuándo se "impone" la sanción, porque en muchas ocasiones es del administrado de quien dependen las incidencias del trámite de notificación de las providencias.*

"En su misión de unificar jurisprudencia, ***la Sala adopta la tesis según la cual entratándose de régimen sancionatorio disciplinario, la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa****".*

Frente a la anterior decisión, el Procurador General de la Nación, mediante la Directiva No. 010 del 10 de mayo de 2010, definió que el término de cinco (5) años de prescripción de la acción disciplinaria se entiende interrumpido con la notificación del fallo de única o primera instancia, según el caso, conforme a los lineamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado en la sentencia del 29 de septiembre de 2009.

En el presente asunto, al disciplinado se le cuestiona declarar la urgencia manifiesta sin existir las causales previstas en la ley, acto administrativo que se expidió el ***26 de mayo de 2005****, y el fallo de primera instancia fue* ***proferido*** *el* ***24 de marzo de 2006*** *(fls. 171-185 C.O.3) y* ***notificado*** *personalmente al disciplinado el* ***14 de abril de 2010*** *(fls. 188 C.O.3), por lo que éste se profirió antes de que se vencieran los cinco (5) años de prescripción de la acción disciplinaria (art. 30 Ley 734 de 2002).*

"…A su turno la posición imperante de la Sección Segunda sobre este aspecto ha sido reiterativa en el sentido de afirmar que la imposición de la sanción supone no sólo la expedición del acto inicial sino la resolución y la **notificación** de la decisión que decide los recursos respectivos. Al respecto ha argumentado en los siguientes términos:

"*…Si la ley ha establecido una forma determinada de notificación no le es dable a quien está en la obligación de realizarla proceder de modo distinto porque en tal caso, sin lugar a equivocaciones, está violando el mandato legal, máxime si se tiene en cuenta que el proveído objeto de análisis contenía una decisión tan grave para el implicado como era su destitución y la consecuente inhabilidad para ejercer funciones públicas.* ***Operó por lo tanto la prescripción de la acción disciplinaria debido a la omisión de la Procuraduría Provincial de Sincelejo en realizar debidamente la notificación de la decisión de segunda instancia,*** *razón por la cual la autoridad administrativa de primera instancia no podía legalmente ordenar la ejecución de la sanción de destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos."*

"…Bajo este hilo conductor, y en la necesidad de unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, asunto que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia jurídica a la Sala Plena, a continuación se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que ***la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario.*** *Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración.*

La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas y regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la administración, luego de tramitarla, define la investigación y expide el acto que impone la sanción. ***La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado con la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuestos para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada****.*

En este orden de ideas, en el sub examine es evidente que ***el fallo suplicado interpretó de forma errónea el artículo 12 de la Ley 25 de 1974 con las modificaciones que le introdujo el artículo 6 de la ley 13 de 1984, porque le otorgó un equivocado entendimiento al considerar el alcance del término de prescripción de la acción administrativa disciplinaria hasta comprendida la notificación del acto administrativo que resuelve el último recurso de la vía gubernativa.*** *Por el contrario, imponer la sanción disciplinaria dentro del término de cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, significa que,* ***como máximo, dentro de dicho plazo debe la autoridad pública expedir y notificar el acto administrativo principal,*** *es decir, el acto primigenio que resuelve y que pone fin a la actuación administrativa disciplinaria…"*

El delicado y en razón de su importancia, extenso contenido de la cita jurisprudencial que antecede permite señalar además que al proferir el fallo en primera o única instancia no se hace con el exclusivo propósito de evitar que el investigado pueda invocar la extinción de la acción disciplinaria por prescripción, pues la intención del operador disciplinario que produce el fallo está íntimamente ligada a la facultad de resolver una conducta disciplinable y a la necesidad social de ejemplarizar para que no se repitan tales conductas, su función es preventiva y correctiva, por ello, no puede compararse ni buscar el equilibrio, ni siquiera, poner en la misma categoría, el hecho de que en cabeza de la entidad se ejerzan potestades constitucionales al decidir mediante fallo si se disciplina o no al sujeto contra la posibilidad de que el mismo sujeto pueda evadir el resultado de una decisión de fondo ya proferida, excusado en la facultad de acudir a los recursos en vía gubernativa y de este modo prolongar el periodo de ejecutoriedad del fallo hasta alcanzar así la prescripción de la acción disciplinaria por el "paso del tiempo", cuando dentro de ese tiempo ya se ha fallado.

Lo anterior, equivaldría a decir que cuando se presenta una demanda y ésta es admitida mediante auto que cobra firmeza, se interrumpe la prescripción de la acción pertinente, más no sucede ello cuando la providencia que admite es recurrida, bien sea por el demandado al notificársele la misma o incluso por el mismo demandante en virtud de un yerro que considere vital para el curso del proceso. Por el contrario, si en procura de una interpretación garantista se analiza el caso, ha de quedar claro que con el sólo hecho de recurrirse una providencia se ha enterado oportunamente al disciplinado, protegiendo su derecho al debido proceso y al de contradicción, derechos que no pueden, por disposición constitucional, estar por encima del deber de actuar que tiene la entidad que investiga la conducta.

Adicionalmente y en apoyo a las consideraciones jurisprudenciales esbozadas, la figura de la prescripción se consagra como una medida de protección al servidor público para que no permanezca indefinidamente en el tiempo con la incertidumbre acerca de su estatus, mas no existe en el ordenamiento para que ella sea utilizada por el investigado al invocarla como causal de extinción de la acción disciplinaria cuando ya se encuentra tomada una decisión de fondo, que claramente es recurrible en los casos que la ley así lo dispone, con la intención de ser revisada en otra instancia, no con el propósito de atentar contra las facultades de la administración de investigar e imponer sanciones.

Puede incluso señalarse, que mal haría la legislación en permitir que sin consideración al tiempo que se tome la Administración en iniciar y concluir un proceso mediante fallo, el sujeto deba someterse a la irresolución de su caso, manteniéndolo en una duda permanente y sin límite temporal acerca de si alguna vez podría ser investigado, disciplinado, sancionado, multado, amonestado, etc., disposición que entonces, si carecería totalmente de garantías y respeto por los derechos del servidor, de modo que chocaría fuertemente con la carta política al transgredir derechos fundamentales, no obstante, mal hace también el servidor

que, producido el fallo, invoca la prescripción como causal de extinción de la acción disciplinaria, pues al participar, invocando tal excepción, demuestra claramente que es conocedor del proceso y del fallo de instancia, situaciones que justamente busca proteger la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia.

Es así como debe entenderse que la interrupción de la prescripción divide una situación fáctica (el paso del tiempo) en dos consecuencias jurídicas distintas, la primera que ocurre cuando la entidad no ejerce ningún tipo de pronunciamiento de fondo que ponga fin al proceso, esto es, cuando no inicia o aún iniciado no culmina proceso disciplinario antes de los cinco años que señala la ley y en consecuencia opera la prescripción de la acción disciplinaria y la segunda, cuando la entidad cumple con el requisito de producir un fallo y notificarlo dentro de los cinco años dispuestos por el legislador, con lo cual manifiestamente se interrumpe la prescripción, independientemente de que el sujeto disciplinable decida ejercer o no la facultad de recurrir en vía gubernativa.

Por otra parte, el legislador, en el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011 únicamente ha dispuesto que: *"La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria (…)"*, lo que implica claramente que la administración debe proferir una decisión de fondo que ponga fin al proceso antes de los cinco años a que hace referencia, más no ha dejado lugar a suponer que deba también resolver los recursos de la vía gubernativa dentro del mismo periodo para entonces concluir que así si está consolidada la interrupción de la prescripción.

No obstante, de manera ejemplarizante, aparece muy recientemente el fallo de tutela que revoca la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado antes referida, mediante la cual se sancionó al Brigadier General Álvaro Velandia Hurtado, en razón a que según el criterio de los conjueces, el Consejo de Estado vulneró el debido proceso del General, debido a que la sanción disciplinaria se

impuso por fuera de los términos legales, es decir, se encontraba prescrita la acción, fallo que claramente protege, en apoyo a la Constitución, todas las garantías de las que gozan los administrados.

A pesar de lo mencionado y con el propósito de no caer en el error de lo "obvio" o lo "aparente", se hace necesario acudir a la Constitución Política de 1991, cuando en su Artículo 1° señala que: *"Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general."* (Subrayado fuera de texto original), siendo lo consecuente, dentro del caso que nos ocupa y en concordancia con el espíritu de la denominación "social", interesarse no sólo por el individuo, sino también por la colectividad, por lo que frente al talante de dicha consideración, ha de cuestionarse si ¿debe prevalecer el interés (general) de la Administración por dar cumplimiento a los fines y principios que la rigen, sobre el interés (particular) del sujeto que pretenda impedir la ejecutoriedad del fallo mediante recursos en la vía gubernativa con el propósito de imposibilitar la interrupción de la prescripción? o, debe replantearse la pregunta en el sentido de si ¿debe prevalecer el interés (general) de la colectividad al contar con una legislación que esté íntimamente ligada a la protección constitucional de tal manera que otorgue suficientes garantías a los administrados, sobre el interés (particular) de la defensa de una interpretación normativa que cuenta con delicados vacíos jurídicos, yendo en contra de la concepción pluralista y democrática del estado social de derecho que rige al país?

SEGUNDA POSICIÓN. Para que se considere impuesta la sanción debe haberse expedido el acto sancionatorio, resuelto todos los recursos que se propusieron y notificado las decisiones sobre éstos, con lo cual se entiende interrumpida la prescripción de la acción disciplinaria.

En este sentido, la H. Corte Constitucional en Sentencia No. 244 de 30 de mayo de 1996, ha sostenido que:

"(...) La prescripción de la acción es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción. Este fenómeno tiene operancia en materia disciplinaria, cuando la administración o la Procuraduría General de la Nación, dejan vencer el plazo señalado por el legislador 5 años sin haber adelantado y concluido el proceso respectivo, con decisión de mérito. ***El vencimiento de dicho lapso implica para dichas entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir, que una vez cumplido dicho período sin que se haya dictado y ejecutoriado la providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiado con la prescripción*** *(…)".*

Si la acción disciplinaria tiene como objetivo resguardar el buen nombre de la administración pública, su eficiencia y moralidad, es obvio que ésta debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor del régimen disciplinario, pues ***de no hacerlo incumpliría con una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre los servidores estatales****. "(...) La defensa social no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos (...)". Si el proceso no se resuelve, no será por obra del infractor, sino, ordinariamente, por obra de la despreocupación o de la insolvencia técnica de los encargados de juzgar.*

El término de cinco años fijado por el legislador, en el inciso primero del artículo 34 de la Ley 200 de 1995, para la prescripción de la acción disciplinaria, fue considerado por éste como suficiente para que se iniciara por parte de la entidad a la cual presta sus servicios el empleado o la Procuraduría General de la Nación la investigación, y se adoptara la decisión pertinente, mediante providencia que ponga fin al proceso (...)".

"Es decir, la prescripción de la acción disciplinaria es una figura jurídico liberadora, en virtud de la cual, por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción, fenómeno que ocurre cuando se vence el plazo señalado por el legislador, sin haber adelantado ***y concluido*** *el proceso respectivo y trae como consecuencia que, una vez ocurrido el fenómeno de la prescripción de la acción disciplinaria, solo existe la posibilidad jurídica de declararla.* (Negrillas y subrayado fuera de texto original).

Conforme a los criterios jurisprudenciales citados, se desprende que si el Estado dentro del término concedido por la ley, no ejercita su potestad sancionatoria, mediante la expedición de una decisión debidamente ejecutoriada, antes del vencimiento del término de prescripción, pierde la facultad de hacerlo por expreso mandato de la ley, como en el caso que nos ocupa el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, puesto que por razones de seguridad de las relaciones jurídicas, el disciplinado no puede mantener su situación sub íudice a que sea resuelta por el operador disciplinario.

Veamos ahora, si puntualizando aún más los derechos que se verían afectados con la aplicación de la interpretación según la cual la interrupción de la prescripción se configura al momento de producirse y notificarse el fallo de primera instancia, se logra vislumbrar la orientación correcta, desde el punto de vista garantista y supremo con el que nos direcciona la carta política:

Artículo 6° Constitución Política: *"Los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".* (Subrayado fuera de texto original). Con ello, debe entenderse también, en virtud del principio de reciprocidad que debe juzgarse, o en este caso disciplinarse, a los servidores públicos mediante los derechos y deberes contenidos en las mismas leyes y disposiciones constitucionales con las que se les exige el cumplimiento de sus funciones, esto es, otorgándole todas aquellas garantías que le permitan ejercer su defensa en forma y oportunidad precisa, mediante el ejercicio de su derecho de acción, de contradicción, de excepcionar, de pedir y controvertir pruebas, de recurrir o impugnar y en general de todos los establecidos en su beneficio, considerando que la libertad en el ejercicio de cada uno de estos derechos está en cabeza del investigado y que cuenta con expresa protección de tal facultad.

Artículo 29 Constitución Política: *"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas"*, con lo cual, no sólo queda claro que su aplicación inunda cualquier tipo de actuación, sino que impera la protección al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de cada juicio, de modo que, al aterrizar la intención constitucional al proceso disciplinario y las acciones que de éste se deriven, se encuentra que todos los actos y actuaciones de la entidad deben ajustarse no sólo al ordenamiento jurídico legal sino a los preceptos constitucionales, más aún cuando se trata de la protección de un derecho en cabeza del investigado.

Así también, lo que se pretende es garantizar el correcto ejercicio de la administración pública a través de la expedición de actos administrativos que no resulten arbitrarios y contrarios a los principios del Estado social de derecho, o lo que implicaría en este caso, interpretaciones normativas negatorias del derecho a invocar la extinción de la acción disciplinaria por prescripción cuando el fallo aún no se encuentre ejecutoriado, en la medida en que si el administrado no está de acuerdo con una decisión de la administración que le afecte sus intereses tiene derecho a ejercer los recursos correspondientes con el fin de obtener que se revoque o modifique, independientemente que con ello se prolongue la ejecutoriedad del fallo y de este modo opere la prescripción de la acción.

En este punto, es pertinente traer a colación algunos apartes de la Sentencia C-089/11, mediante la cual, la Sala Plena de la Corte Constitucional ha manifestado que: "*La jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre las garantías previas y posteriores que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa. Las garantías mínimas previas se relacionan con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los*

plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las garantías mínimas posteriores se refieren a la ***posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa*** *y la jurisdicción contenciosa administrativa.* (Negrillas y subrayado fuera de texto original). Tal señalamiento ratifica el libre ejercicio del derecho del investigado a recurrir las providencias que le sean desfavorables, decisión independiente a la consecuencia jurídica que resulta de la no ejecutoriedad del fallo que interrumpiría la prescripción de la acción disciplinaria.

Ahora bien, ¿qué ocurriría si la entidad, notificado el fallo de primera instancia y recurrido éste en vía gubernativa por el disciplinado, sin ser aún resuelto, considera que ha interrumpido la prescripción?; la Corte entonces brinda una visión concreta de las consecuencias al señalar que: "*De esta manera el derecho al debido proceso administrativo se vulnera por parte de las autoridades públicas, cuando estas no respetan las normas sustanciales y procedimentales previamente establecidas por las leyes y los reglamentos y con ello se vulnera de contera el derecho de acceso a la administración de justicia.",* que en concordancia con la competencia otorgada al legislador para *"regular los diversos procesos judiciales y administrativos, y establecer las etapas, oportunidades y formalidades aplicables a cada uno de ellos, así como los términos para interponer las distintas acciones y recursos ante las autoridades judiciales y administrativas."*, no discierne, cosa distinta a que además de interponer los recursos en vía gubernativa que considere el disciplinado frente al fallo de primera instancia, puede también impetrar la extinción de la acción disciplinaria por prescripción, cuando pasados cinco años tras el auto de apertura no haya quedado ejecutoriada la providencia que resuelve de fondo en virtud del ejercicio del derecho a impugnar lo decidido.

Por otra parte y atendiendo a la intención del legislador frente a la disposición de la prescripción como causal de extinción de la acción disciplinaria, tenemos que

“la regulación que realice el Legislador de los diversos procesos judiciales y administrativos se deben ajustar a las garantías sustanciales y formales que exige el derecho fundamental al debido proceso.”, con lo que se aclara que si bien está establecida por el legislador, la prescripción como causal de extinción de la acción disciplinaria y ha dispuesto el término y momento a partir del cual se contabiliza tal periodo, debe entender el operador disciplinario que tal disposición, sin duda debe atarse a las garantías derivadas del debido proceso, siendo coherente, declarar la extinción de la acción por prescripción sólo hasta tanto el disciplinado haya ejercido su defensa mediante la interposición de recursos en vía gubernativa y la administración los haya resuelto dentro de los cinco años que ha dispuesto el legislador.

A través de lo expuesto, se desglosa entonces que el debido proceso comprende un conjunto de principios, tales como el de legalidad, favorabilidad, oportunidad, del efecto general inmediato de las normas procesales en materia disciplinaria y el derecho de defensa, los cuales constituyen verdaderos derechos fundamentales que no pueden ser transgredidos en defensa de una interpretación carente de garantías de una norma.

Pasemos ahora a recordar que ha manifestado la Corte Constitucional en Sentencia C-548 de 1997, así:

“Así mismo, cabe recordar que como ha señalado esta Corporación `la firmeza de las decisiones es condición necesaria para la seguridad jurídica. Si los litigios concluyen definitivamente un día, y tanto las partes implicadas en él como el resto de la comunidad, tienen certeza de que a partir de ese momento la decisión es inalterable, el proceso cumple un papel eficaz en la solución de los conflictos.”

De igual manera, la H. Corte Constitucional en Sentencia C-401 de 2010, ha sostenido que:

“La obligación de adelantar las investigaciones sin dilaciones injustificadas, como parte del debido proceso, se aplica a toda clase de actuaciones, por lo que la

justicia impartida con prontitud y eficacia no sólo debe operar en los procesos penales -criminales-, sino en los de todo orden, administrativos, contravencionales, disciplinarios, policivos, etc., de forma tal que la potestad sancionatoria no quede indefinidamente abierta, y su limitación en el tiempo con el señalamiento de un plazo de caducidad para la misma, constituye una garantía para la efectividad de los principios constitucionales de seguridad jurídica y prevalencia del interés general, además de cumplir con el cometido de evitar la paralización del proceso administrativo y, por ende, garantizar la eficiencia de la administración."

Aunado a lo anterior, en Sentencia C-030 de 2012 ha reiterado que:

"La finalidad de la potestad disciplinaria es asegurar el cumplimiento de los principios que regulan el ejercicio de la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

La categoría de conceptos jurídicos indeterminados se refiere a aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas. La jurisprudencia constitucional ha precisado, que los conceptos jurídicos indeterminados, lejos de permitir al operador jurídico interpretar y decidir libremente en su aplicación, se encuentran sujetos a una única solución en el asunto en concreto de que se trate, en cuanto el mismo ordenamiento jurídico a través de los distintos métodos de interpretación, le impone al mismo dicha decisión, y estos conceptos a pesar de la indeterminación deben ser precisados al momento de su aplicación de manera armónica y sistemática con el ordenamiento jurídico, las normas constitucionales y legales, y de acuerdo con las disposiciones que regulan la institución jurídica en concreto a la cual se refieren. ***La jurisprudencia constitucional ha admitido expresamente que en materia disciplinaria es válido el uso de conceptos jurídicos indeterminados, siempre y cuando la forma típica tenga un carácter determinable al momento de su aplicación, para lo cual es necesario que en el ordenamiento jurídico, en la Constitución, la ley o el reglamento se encuentren los criterios objetivos que permitan complementar o concretar las hipótesis normativas de manera razonable y proporcionada****, de lo contrario vulnerarían el principio de legalidad al permitir la aplicación discrecional de estos conceptos por parte de las autoridades administrativas."* (Negrillas y subrayado fuera de texto original)

De acuerdo con esta concepción, es deber de quien interpreta la norma que trata sobre la prescripción de la acción disciplinaria, atar el concepto jurídico allí contenido a toda la disposición constitucional que le sea concordante, no olvidando los principios constitucionales y los principios de la función

administrativa, para que, en conjunto, se obtenga una visión garantista del momento en que se deba considerar interrumpida la prescripción, que para este caso, se viene restringiendo el cuestionamiento inicial simplemente a que si con la ejecutoria del fallo de primera instancia se entiende interrumpida la prescripción.

En apoyo a lo antedicho, surge la Sentencia **C-370 de 2012** señalando que:

"La Corte Constitucional ha señalado en múltiples ocasiones la libertad de configuración del legislador para regular en su totalidad los procedimientos judiciales y administrativos y dentro de ellos aspectos como: (i) ***el establecimiento de los recursos y medios de defensa que pueden intentar los administrados contra los actos que profieren las autoridades****, -esto es, los recursos de reposición, apelación, u otros -, así como los requisitos y las condiciones de procedencia de los mismos; (ii) las etapas procesales y los términos y formalidades que se deben cumplir en cada uno de los procesos; (iii) la radicación de competencias en una determinada autoridad judicial, siempre y cuando el constituyente no se haya ocupado de asignarla de manera explícita en la Carta; (iv) los medios de prueba; y (v) los deberes, obligaciones y cargas procesales de las partes, del juez y aún de los terceros intervinientes, sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite, o para proteger a las partes o intervinientes, o para prevenir daños o perjuicios en unos u otros procesos. Sin embargo,* ***esta facultad no es absoluta pues: "debe ser ejercida sin desconocer los principios y valores constitucionales, la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y los principios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del derecho sustancial sobre lo adjetivo, que se constituyen en límites al ejercicio legítimo de tales competencias****".*

Ahora bien, expuesta una de las más recientes posiciones de la Corte Constitucional, es menester sentar posición acerca de lo planteado, manifestando que la administración cumple con la función de "imponer" la sanción sólo cuando expide el acto, lo notifica y resuelve los recursos interpuestos contra el mismo, entendiéndose que dentro de dicho término debe notificarse al interesado de esta última decisión, es decir, con el fallo de segunda instancia.

Apoyo esta posición en lo señalado por la doctora Maria Claudia Rojas Lasso en su Salvamento Parcial de voto en Sentencia del veintinueve (29) de septiembre de

dos mil nueve (2009) de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en los siguientes términos:

"Mientras no se resuelvan los recursos de la vía gubernativa que se interponen contra el acto que impone la sanción, el acto no es definitivo, no puede hablarse propiamente de que exista realmente una sanción puesto que el acto primigenio puede ser modificado, aclarado o incluso, revocado.

Como lo señala el artículo 64 del C.C.A., los actos en firme son suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. Y agrega que "la firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados".

Lo anterior demuestra que mientras el acto no se encuentre en firme no se puede ejecutar, puesto que, precisamente, no es definitivo y es susceptible de modificarse o incluso, de revocarse."

De igual manera, debe entenderse que la administración debe imponer la sanción dentro del término que establece la ley en cada caso, imposición que implica la expedición del acto principal, su notificación y la resolución de los recursos que se interpongan contra el mismo, tomando como fecha límite para dicho término, el de la notificación del último acto que los resuelve.

Así mismo, sustento esta posición en los argumentos expuestos por el doctor Enrique Gil Botero en su Salvamento Parcial de voto en Sentencia del veintinueve (29) de septiembre de dos mil nueve (2009) de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en tanto señala que:

"(…) En efecto, los preceptos que contienen los términos de caducidad o de prescripción de las acciones contencioso administrativas o de las potestades públicas de imperium (v.gr. persecución penal o disciplinaria), tienen que ceder frente a los principios constitucionales, máxime si el Estado ha asumido compromisos internacionales de buena fe"

"No significa lo anterior, que las normas sobre caducidad o prescripción sean, por sí mismas, violatorias del sistema de derechos humanos; por el contrario, ***las disposiciones sobre la oportunidad para el ejercicio de los instrumentos de reclamación de perjuicios, por regla general, deben contar con términos y plazos claros y específicos para su interposición****.(…)"*

Es bien dicho por el Tratadista Gustavo Radbrunch en su obra filosofía del derecho en 1932 que: *"El juez tiene la obligación profesional de hacer valer la voluntad de validez de la ley, sacrificar el propio sentimiento jurídico ante la orden autoritaria del derecho, preguntar únicamente qué es lo que es el derecho y nunca si también es justo",* por lo que finalmente, habrá de considerarse que una sanción no se entiende impuesta una al expedir y notificar el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, siendo éste el acto principal o primigenio pues, por el contrario, una sanción es impuesta una vez se expide y notifica también el acto que resuelve el o los recursos interpuestos contra la decisión inicial, dado que sólo hasta dicho momento la Administración plasma su voluntad, la cual ahí sí empieza a producir verdaderos efectos jurídicos y, por tanto, el administrado tiene la certeza de que en realidad fue sancionado.

La Corte Constitucional en Sentencia C-104 de marzo 11 de 1993 con ponencia del doctor Alejandro Martínez Caballero de manera muy acertada dijo: *"Una disposición de derecho positivo colombiano, a partir de la definición de Estado social de derecho, es aplicable sólo cuando reúna dos requisitos: que formalmente haya sido expedida de manera regular y que materialmente sea conforme a los valores y principios fundamentales de la Constitución. El operador jurídico debe realizar este doble examen al momento de interpretar una norma vigente".* Así pues, cuando quede en firme la decisión adoptada ésta se puede ejecutar, ello significa que sólo hasta dicho momento se entiende realmente expresada la voluntad de la Administración; contrario sensu, si la decisión no está aún en firme, es decir, si no se han resuelto los recursos, en el caso de que se hayan interpuesto y, por ende, no se ha notificado la decisión definitiva, sólo hasta cuando aquellos se resuelvan expresamente o bien se configure el silencio negativo de la Administración podrá decirse que ésta expresó su voluntad y, en consecuencia, ejecutarse la decisión, ejecución que implica que la decisión está

en firme, es decir, que sólo ella puede interrumpir la prescripción de la acción disciplinaria.

Esbozados los antecedentes y argumentos constitucionales, legales y jurisprudenciales aplicables al desarrollo de la dualidad interpretativa planteada, es de concluir, en acopio a las garantías fundamentales, que el criterio a adoptar cuando se trate de determinar el momento en que se configura la interrupción de la acción disciplinaria es aquel que traduce dicho momento a la ejecutoria y notificación del fallo proferido, es decir, al de única instancia o al de primera instancia cuando no sea recurrido en vía gubernativa o al de segunda instancia cuando resuelva recurso impetrado contra el del fallo de primera.