



**JUZGADO TREINTA ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020).

Proceso : NRD 11001 33 35 030 2019 00013 00.
Demandante : Diana Mabel Montoya Reina.
Demandado : Personería Distrital de Bogotá.
Decisión : Sentencia Primera Instancia.

OBJETO.

Decidir la demanda incoada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por DIANA MABEL MONTOYA REINA contra la PERSONERÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ.

I. DE LA DEMANDA.

a- Situación Fáctica.

Señala el apoderado demandante que DIANA MABEL MONTOYA REINA, fue nombrada como Alcaldesa Local, Código 030, Grado 5 de la Alcaldía Local de Rafael Uribe Uribe desde el 13 de abril de 2012 al 30 de enero de 2017 y, posterior a esta fecha, fungió como Asesora de Despacho del Secretario Distrital de Gobierno del 31 de enero de 2017 al 5 de mayo de 2017. Que dentro del “Plan de Desarrollo Local, Económico, Social y de Obras Públicas 2009-2012 Bogotá Positiva: Para vivir mejor - Rafael Uribe Uribe: Territorio de Derechos”¹ se encontraba el Proyecto 537: Fortalecimiento de Agendas Sociales de Grupos Étnicos, Raizales, y Comunidad Diversa de las UPZ, que al momento de su posesión en el 2012 estaban pendientes de ejecución los recursos del Fondo de Desarrollo Local de la Alcaldía Local Rafael Uribe Uribe y que la ficha de Estadística Básica de Inversión Local -EBI- del Proyecto 537 sirvió como fundamento del Convenio 119 de 2012.

¹ Acuerdo Local 02 del 4 de septiembre de 2008.

Que el Plan Operativo Anual de Inversiones POAI- 2012 fue aprobado a finales del 2011 y, luego de que fuera elevado a Acuerdo Local, se expidió el respectivo Plan Anual de Adquisiciones -PAA- que incluía todas las contrataciones programadas por la entidad para el 2012. Por ello, dentro del estudio previo del Convenio, previo concepto de la profesional de planeación a cargo y la aprobación del Comité de Contratación, mediante Acta 018 del 18 de diciembre de 2012, DIANA MABEL MONTOYA REINA en calidad de Alcaldesa Local suscribió con la Corporación VOLVER A LA GENTE el Convenio de Asociación 119 del 20 de diciembre de 2012, con el objeto de “Aunar esfuerzos y recursos técnicos, administrativos y financieros para la sensibilización y visibilización de los derechos de las personas de los sectores LGBTI de la Localidad de Rafael Uribe Uribe”, por un valor por concepto de “aportes” de \$91.333.333 (\$83.030.000 a cargo del Fondo de Desarrollo Local y \$8.303.000 a cargo de la Corporación), como una modalidad de contratación directa por cuanto se trataba de un proyecto social relacionado con la política pública dirigida a una población vulnerable (LGBTI), y no un simple contrato de suministro.

Sostiene el apoderado, que la Personería Delegada para la Coordinación de Asuntos Disciplinarios del Distrito abrió Indagación Preliminar, mediante Auto 937 del 31 de julio de 2015, en averiguación contra varios funcionarios de la Alcaldía Local, con base en el informe que presentara la Personería Delegada para la Coordinación de Personerías Locales por la existencia de presuntas irregularidades en el marco de la celebración del Convenio 119 de 2012, por dudas sobre la modalidad del contrato, la función del mismo frente al suministro y provisión de ciertos elementos con los cuales se busca satisfacer las necesidades de la entidad contratante, que conlleva al desconocimiento del principio de selección objetiva en materia de contratación, pues con el convenio se obtuvo una contraprestación directa regida por el modalidades previstas en el estatuto de contratación (Ley 80 de 1993).

Que posteriormente se citó a Audiencia Pública, mediante Auto 0011 del 16 de enero de 2016, para adelantar el proceso disciplinario a través del procedimiento verbal, a través del cual formularon pliego de cargos en contra de DIANA MABEL MONTOYA REINA en calidad de Alcaldesa Local de Rafael Uribe Uribe y Representante Legal del Fondo de Desarrollo Local de dicha localidad, proceso disciplinario que concluyó con fallo condenatorio de Primera Instancia 0902 del 10 de octubre de 2017, confirmado en Segunda Instancia mediante la Resolución PSI 100 del 19 de febrero de 2018, en el cual se le sancionó a DIANA MABEL MONTOYA REINA con destitución del cargo e inhabilidad general por diez (10) años para ejercer cargos públicos.

Por todo lo expuesto, entre otras disquisiciones, la demandante acude a la jurisdicción básicamente para que se declare la nulidad de los fallos disciplinarios de primera y segunda instancia y se le indemnice por los perjuicios causados, entre otras pretensiones.

b. Pretensiones.

El extremo demandante solicitó como pretensiones las que a continuación se citan:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el fallo disciplinario de primera instancia No. **0902** del 10 de octubre de 2017 proferido por el Personero Delegado para la Coordinación de Asuntos Disciplinarios Dr. HELMUT DIONEY VALLEJO TUNJO dentro del proceso disciplinario Nro. **IE-501355-2015** por medio del cual se impone sanción disciplinaria a la Dra. Diana Mabel Montoya Reina general en su condición de Alcaldesa Local de Rafael Uribe Uribe y Representante Legal del Fondo de Desarrollo Local para la época de los hechos, consistente en destitución del cargo e inhabilidad general por el término de 10 años.

SEGUNDA: Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el fallo de segunda instancia Resolución No. **PSI 100** del 19 de febrero de 2018 proferido por la Personera de Bogotá Dra. CARMEN TERESA CASTAÑEDA VILLAMIZAR dentro del proceso disciplinario Nro. **IE-501355-2015**, por medio del cual confirma la sanción disciplinaria impuesta a la Dra. Diana Mabel Montoya Reina general en su condición de Alcaldesa Local de Rafael Uribe Uribe y Representante Legal del Fondo de Desarrollo Local para la época de los hechos, consistente en destitución del cargo e inhabilidad general por el término de 10 años.

TERCERA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a la PERSONERÍA DE BOGOTÁ D.C. para que cancele el registro de la sanción disciplinaria de la base de datos de la PERSONERÍA DE BOGOTÁ D.C. de la Dra. Diana Mabel Montoya Reina, que se adoptó como consecuencia el proceso disciplinario número **IE-501355-2015** que se adelantara en su contra por la Personería de Bogotá, e igualmente oficie a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN para que haga lo mismo y a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ a fin de dejar sin efecto los actos administrativos dictados en cumplimiento de la sanción impuesta y cuya nulidad se demanda.

CUARTA: Que se condene a la **PERSONERÍA DE BOGOTÁ D.C.** a pagar a la parte actora por los perjuicios morales, equivalentes a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por la tristeza, depresión y congoja causada a Diana Mabel Montoya Reina por la decisión injustificada e ilegal que se produjo.

QUINTA: Que se condene a la **PERSONERÍA DE BOGOTÁ D.C.** a reconocer y pagar los perjuicios sufridos por la afectación a bienes o derechos convencionales o constitucionalmente protegidos por un valor de \$100 S.M.M.L.V. por haberse vulnerado de forma grave derechos fundamentales al buen nombre, honra, a acceder a cargos públicos y la satanización mediática que afectó gravemente los derechos de mi representada.

SEXTA: Que se ordene a la **PERSONERÍA DE BOGOTÁ D.C.** a que por los mismos medios de comunicación utilizados para divulgar la sanción, informe

a la ciudadanía sobre la decisión de nulidad y restablecimiento del derecho e favor de la accionante.

SÉPTIMA: Que se condene a la **PERSONERÍA DE BOGOTÁ D.C.** al pago de costas y agencias en derecho, conforme lo dispone el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

OCTAVA: Que las anteriores sumas se actualicen al momento de la sentencia teniendo en cuenta el IPC más los intereses legales a que haya lugar.

NOVENA: Que se condene al pago de los intereses corrientes bancarios vigentes desde la ejecutoria de la sentencia, y por los primeros seis (6) meses, y en los doce (12) meses restantes el doble de los intereses bancarios, a título de moratorios, como lo dispone el artículo 192 y 195 del C.P.A. y C.A.”

c. Normas violadas.

La parte demandante citó como normas vulneradas los artículos 13, 29 y 355 de la Constitución Política; el artículo 138 del C.P.A.C.A.; los artículos 15, 48 (numeral 31) y 94 de la Ley 734 de 2002; el artículo 96 de la Ley 489 de 1998; y los Decretos 777 y 1403 de 1992.

d. Concepto de violación.

Con cita de la normatividad precitada y jurisprudencia aplicable al caso², el apoderado demandante aborda aspectos como el tipo disciplinario en blanco, los requisitos para imputaciones por desconocimiento de los principios de la contratación estatal, la competencia del juez contencioso administrativo para conocer de los actos administrativos expedidos en materia disciplinaria, la regulación legal y jurisprudencial de los convenios de asociación (diferentes a los convenios de cooperación) y su finalidad, así como aspectos procesales del proceso disciplinario para ilustrar los cargos de nulidad que hacen ilegales los fallos acusados.

Aduce que los actos administrativos cuestionados incurren en violación de las garantías propias del debido proceso y la igualdad, y los principios de *in dubio pro disciplinado*, presunción de inocencia, proporcionalidad de la sanción y demás que

² Corte Constitucional C-692 de 2008, C-242 de 2010, C-577 de 2005, entre otras. Consejo de Estado-Sección Cuarta del 29 de enero de 2016 Radicado: 47001-23-31-ooo-2012-00102-01. Consejo de Estado, Sección Segunda del 25 de enero de 2018. Radicado: 1001-03-25-000-2012-00357-00 (1358-2). Consejo de Estado- Sección Tercera del 4 de junio de 2008. Radicado: 32867, entre otras.

rigen la contratación estatal; abuso y desviación de poder, falta de competencia, defecto procedimental por darle trámite verbal, defecto fáctico por falta de valoración imparcial y falta de evidencia probatoria, toda vez que la Personería de Bogotá considera -de manera subjetiva- que un convenio de asociación contiene una contraprestación directa a favor de la entidad y que, aun cuando se trate de una contratación directa, es ineludible la pluralidad de oferentes en el proceso de contratación.

Al respecto considera que dicha postura es errónea teniendo en cuenta que este tipo de convenios es un acuerdo de voluntades para cumplir objetivos sociales, culturales o de colaboración estratégica (como lo señala el H. Consejo de Estado en sentencia del 23 de mayo de 2012 dentro del radicado 22828) y no está establecido en la norma requisitos mínimos respecto a solicitud de propuestas o pluralidad de oferentes, máxime cuando en el periodo de administración de su prohijada ninguna autoridad administrativa (Entes de Control, Administración Distrital, o Comité de Contratación) ni miembros de la comunidad manifestaran la obligación o necesidad de cambiar la modalidad de contratación para la ejecución de ese presupuesto de inversión para la población LGBTI por lo que, como así lo venía realizando su predecesora, continuó haciéndolo de la misma manera.

Que en este caso, la Alcaldesa Local de Rafael Uribe Uribe suscribió el Convenio de Asociación 119 de 2012 con fundamento en la ley, que fue suscrito con una entidad sin ánimo de lucro, de reconocida idoneidad y con el fin de cumplir la misión de la Alcaldía Local e impulsar un programa de interés público conforme con los planes de desarrollo del orden distrital y local, en el que no hubo intercambio o venta de bienes o servicios ni ningún contenido patrimonial y, en este caso el operador disciplinario no estableció que hubiese un interés diferente al interés general y que con la actuación se haya causado algún daño.

Que los principios de transparencia y selección objetiva alegados por la Personería, se concretaron en la selección del ejecutor de reconocida idoneidad, situación que no fue reprochada por el operador disciplinario, cuyo estudio se apoyó en las reglas propias de los contratos estatales regulados por la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007, que no resultan aplicables.

Fundamenta la vía de hecho, el defecto orgánico por falta de competencia y el abuso y desviación de poder porque el juez natural para analizar la legalidad del contrato es el juez contencioso administrativo a través del medio de control de

controversias contractuales y en este caso la Personería de Bogotá, abrogándose un poder que no le corresponde, en lugar de acudir al juez natural del contrato, optó por abrir investigación disciplinaria para obtener la nulidad del contrato, bajo la equivocada premisa de vigilar la conducta de la demandante como servidora pública, incluso atribuyéndole una responsabilidad objetiva indicando en el fallo de primera instancia que aun cuando la contratación haya sido fijada en el plan anual y haya sido sometida al análisis del Comité de Contratación, debió ser nuevamente considerada para hacerle las modificaciones respecto a la modalidad de la contratación, sin referirse a la conducta individual de quienes participaron en la etapa precontractual y contractual y que dichas decisiones del citado Comité se toman por mayoría y, por ende, son obligatorias.

En cuanto al defecto procedimental y violación del debido proceso sostiene que la entidad demandada no observó las formas propias del juicio, pues a su parecer el proceso debió adelantarse mediante el procedimiento ordinario ya que la falta endilgada no se encuentra dentro de las causales del procedimiento verbal y la sentencia invocada por el operador de segunda instancia (C-242 de 2010) para la aplicación de este último procedimiento no hace referencia al inciso 4 del artículo 175 de la Ley 734 de 2002 (sino del 3°), sin embargo, prescinde de la etapa de investigación para formular directamente el pliego de cargos, circunstancia que afecta el debido proceso y, consecuentemente, el derecho de defensa y contradicción.

Aunado a ello manifiesta que en otros procesos disciplinarios adelantados contra DIANA MABEL MONTOYA REINA, por la celebración de Convenios de Asociación se han expedido sendos autos de apertura de investigación disciplinaria en los Radicados 501356-2015; 581517-2016; 309169-2016; 310714-2016; 310716-2016; 315315-2016; 353621-2017 y 353622-2017 con lo que la autoridad disciplinaria se contradice en sus argumentos configurando así también la falsa motivación para adelantar el procedimiento verbal.

Respecto a la valoración probatoria dentro del proceso disciplinario reprocha el hecho de que la entidad solo enunció el material probatorio y analizó los testimonios recolectados de forma parcial y descontextualizada, sin analizar o determinar las razones por las cuales fue desvirtuado todo el haz probatorio y aquellas por las cuales los demás servidores públicos que intervinieron en el estudio y aprobación de dicho convenio no fueron investigados, además, cuando no obra prueba en el

proceso disciplinario que con dicho convenio se haya otorgado un auxilio o donación a favor de la Corporación VOLVER A LA GENTE.

En cuanto a los principios de presunción de inocencia, igualdad, proporcionalidad de la sanción e *in dubio pro disciplinado* apoya su ocurrencia teniendo en cuenta que se utilizó un lenguaje dubitativo y afirmativo al mismo tiempo, de un lado, y por otro, porque no se probó el elemento volitivo aplicando con ello una responsabilidad objetiva, tanto que se debió sancionar no a título de dolo sino de culpa. Y consecuentemente, no aplicó en debida forma el artículo 18 del Código Único Disciplinario por cuanto la sanción debe estar ligada a la culpabilidad que se logre demostrar en el proceso disciplinario, entre otros argumentos.

II. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

a. Argumentos de la defensa.

Con cita de normas constitucionales, legales y jurisprudencia aplicable al caso³, la PERSONERÍA DE BOGOTÁ, D.C., en uso del derecho de defensa y contradicción, a través de su apoderada judicial LEYLA LIZARAZO VALENCIA, dio contestación a la demanda en la cual se opuso a todas las pretensiones y se pronunció frente a los hechos de la misma, señalando en primera medida que los tópicos argüidos por la demandante en el presente medio de control fueron analizados en las decisiones disciplinarias y luego procedió a realizar un resumen de las actuaciones adelantadas dentro del proceso disciplinario (fls.281 a 291).

Como argumentos de defensa señala que en este caso se acataron las reglas propias de la naturaleza y la estructura del proceso disciplinario; que se optó por el procedimiento verbal ya que se reunieron los requisitos del artículo 162 y del último inciso del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, con observancia del debido proceso y derecho de defensa, pues, la demandante contó con las garantías y medios procesales para oponerse a la imputación, presentar y refutar las pruebas, solicitar nulidades e impugnar las decisiones, máxime cuando la autoridad disciplinaria de primera instancia analizó las evidencias defensivas de la demandante, concluyendo que el plan de desarrollo distrital y la modalidad de contratación previamente establecida solo constituye “una guía informativa para los operadores jurídicos” y

³ Ley 734 de 2002, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 777 de 1992 y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1710 de 2006 y 1626 de 2005, entre otras.

teniendo en cuenta su deber funcional como ordenadora del gasto y titular de la actividad contractual, le correspondía estar actualizada y asumir la verificación del procedimiento y suscripción del contrato frente a la normatividad contractual y la modalidad del contrato, de ser necesario, hacer las modificaciones pertinentes.

Que la autoridad disciplinaria de primera instancia hizo un juicioso análisis de la figura del convenio y coligió -con base en los Conceptos 1710 de 2006 y 1626 de 2005 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado-, que con el Convenio 119 de 2012 se fijaron obligaciones recíprocas que desnaturalizan la figura del convenio de asociación, lesionan los principios de la función contractual y materializan un beneficio para la Alcaldía Local de Rafael Uribe Uribe -obtención de un propósito propio de su gestión institucional- al establecer como una de las obligaciones la de facilitar los bienes y servicios necesarios para el cumplimiento del “acuerdo de voluntades”, que si bien no ingresaron al dominio de la entidad, estos se proporcionaron para cumplir con el negocio jurídico pactado.

Sostiene que el reproche a la actuación de la investigada radica en que acudió a la modalidad excepcional para desarrollar un proyecto propio de la competencia de la Alcaldía Local desconociendo los principios de la contratación estatal, y al fijarle a la Corporación VOLVER A LA GENTE la obligación de proveer una serie de elementos, entidad que no fue escogida de un proceso de selección que garantizara una pluralidad de oferentes sino de una invitación exclusiva de la Alcaldía, y que la ilicitud sustancial se ve reflejada en la violación del artículo 209 Constitucional y la moralidad administrativa.

Que como la disciplinada era consciente de la ilicitud de su actuación, adelantó el proceso en 3 días, de manera negligente e imprudente aduciendo razones de conveniencia y utilidad, sustrayéndose de adelantar un proceso de selección objetiva y, por ello, se le imputó el cargo a título de “culpa gravísima” por la violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, que conlleva a la destitución e inhabilidad por 10 años.

Respecto a las nulidades dentro del proceso disciplinario sostiene que fueron resueltas por el operador disciplinario de segunda instancia así: i) Indebida notificación de la indagación preliminar, no procede porque como las diligencias se iniciaron por noticia disciplinaria y en ese momento se desconocía el autor de la falta, la misma se adelantó en averiguación de responsables. ii) Improcedencia para citar a audiencia pública, no procede por cuanto se dieron los presupuestos para omitir la investigación

disciplinaria, de que trata el numeral 3 del artículo 175 de CDU y iii) No vinculación de los miembros del Comité de Contratación que participaron en los estudios previos del convenio, no procede porque la responsabilidad disciplinaria es individual y la imputación se dirige hacia quien suscribió el Convenio.

Ahora, frente a los otros cargos de nulidad por incongruencia entre el auto de imputación de cargos y el fallo, la solicitud de pruebas, la falta de análisis de los fundamentos del recurso de apelación contra el fallo, entre otras disquisiciones, la apoderada de la demandada señala que ya la segunda instancia disciplinaria se pronunció al respecto.

Respecto a la falta de competencia aduce que, siendo la Personería un Organismo de Control es el juez natural del proceso disciplinario y sus fallos son verdaderos actos de justicia material en ejercicio de la función preventiva y correctiva del Estado, frente a los cuales debe realizarse un juicio de validez y no de corrección y, por ende, el juez de la legalidad del acto debe verificar si la interpretación del operador disciplinario se enmarcó dentro de los parámetros de la hermenéutica jurídica o si excedió los límites de la actividad disciplinaria; advirtiendo que las diferencias interpretativas entre lo decidido por el titular de la acción disciplinaria y el juez contencioso administrativo no constituyen por sí mismas razones para invalidar la decisión administrativa mientras que esté debidamente motivada.

En consecuencia, considera que los actos disciplinarios proferidos deben mantener su presunción de legalidad, más aún cuando la carga argumentativa y probatoria sobre la ilegalidad está a cargo del demandante y, finalmente, propone la excepción genérica.

III. DEL TRÁMITE PROCESAL.

Una vez remitida del Tribunal Administrativo de Cundinamarca por falta de competencia, la demanda fue admitida por este juzgado mediante auto del 4 de marzo de 2019 (fls. 267-268), fue notificada a la PERSONERÍA DE BOGOTÁ, a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO (fls. 271-275), frente a la cual la entidad demandada constituyó apoderado para la defensa de los intereses de la entidad (fls. 296 y ss.).

En la audiencia inicial se saneó el proceso, se fijó el litigio a resolver conforme a la situación fáctica y como no hubo excepciones previas o mixtas por resolver,

seguidamente en dicha audiencia, se declaró fallida la etapa conciliatoria ante la postura del Comité de Conciliación de la entidad demandada, luego se decretaron las pruebas documentales a que hubo lugar, fijando fecha y hora para realizar la audiencia de pruebas.

En la audiencia de pruebas se verificó el recaudo de las pruebas decretadas, se corrió traslado a las partes, se les otorgó el valor probatorio que establece la ley y se declaró clausurado el periodo probatorio. Finalmente, en dicha audiencia se corrió traslado a los apoderados de las partes y al agente del Ministerio Público para que alegaran de conclusión por escrito que se surtieron dentro de los 10 días siguientes luego de finalizada la audiencia, fecha a partir del cual el proceso quedó al despacho para proferir sentencia por escrito.

El apoderado del extremo demandante, al rendir su disquisición final, concluyó que la interpretación de la Personería en este caso, introduce nuevos requisitos a los convenios de asociación que desconocen la hermenéutica de la autoridad contenciosa administrativa, ya que la jurisprudencia aludida ha señalado que el impulso de programas y actividades de interés público encaminadas al beneficio directo de la comunidad se puede hacer con intervención de particulares, por ende, en aplicación de la Ley 489 de 1998, se debe acceder a las pretensiones. En lo demás reitera el marco jurídico y jurisprudencial de los convenios de asociación y demás disquisiciones expuestas en la demanda.

Por su parte en su alegación de cierre, la PERSONERÍA DE BOGOTÁ, D.C., insiste en que quedó demostrado en el proceso judicial las decisiones disciplinarias se encuentran ajustadas a derecho y acordes con las normas constitucionales, legales y disciplinarias, sin que se vislumbre violación al debido proceso o al derecho de defensa de la disciplinada; a folios 378 a 389 reitera lo expuesto en la contestación frente a las razones que tuvo el operador disciplinario para proferir los fallos condenatorios.

Reafirma que el control disciplinario es una manifestación de la función administrativa y el *ius puniendi* del Estado⁴ cuyo objeto es el de prevenir y sancionar aquellas conductas de los servidores públicos que contraríen sus deberes funciones y el ordenamiento jurídico, cuyo control de legalidad le corresponde al Juez

⁴ Se apoya en la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado –Sección Segunda, Subsección “A” del 5 de septiembre de 2012, dentro de radicado 11001-03-25-000-2010-00177 (1295-10).

contencioso administrativo en sede judicial⁵ de forma integral, acorde con dispuesto por la Sala Plena del H. Consejo de Estado en la SU del 9 de agosto de 2016⁶ e insiste en la legalidad de los actos acusados ya que los fallos fueron juiciosos en responder y analizar ampliamente los argumentos de la accionante reiterando lo expuesto en la contestación de la demanda.

Concluye que en las otras providencias invocadas por la demandante (Alcaldesa Local de Tunjuelito y Alcalde Local (E) de Fontibón, se archivaron las diligencias bien sea porque se pudo acreditar que los bienes abastecidos se encontraban sujetos a la disposición de la entidad, o porque la actuación irregular no llegó a perfeccionarse y con las demás investigaciones en su contra queda en evidencia que la demandante instauró la figura excepcional del convenio de asociación en una práctica usual, entre otras disquisiciones.

Por otro lado, la delegada del Ministerio Público en su alegato conclusivo, luego de exponer los antecedentes jurídicos y hechos relevantes del caso, expuso que según la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 9 de agosto de 2016⁷ el control que se debe hacer sobre los actos administrativos de carácter disciplinario debe ser de manera integral con la revisión legal y constitucional de las actuaciones surtidas en aquella instancia.

Frente al caso concreto, la Delegada de la Procuraduría General de la Nación indicó la normativa que define los convenios de asociación y la posición del H. Consejo de Estado, la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá y la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en sentencias del 25 de enero de 2018⁸ y del 28 de noviembre de 2017⁹, y decisión del 20 de marzo de 2017¹⁰, respectivamente. Consideró que el objetivo del Convenio en cuestión al aunar esfuerzos y recursos técnicos con la Corporación VOLVER A LA GENTE es la sensibilización y visibilización de los derechos de la población LGBTI a través de encuentros, talleres, capacitaciones y/o mesas de trabajo para el fortalecimiento institucional de

⁵ Trae a colación las sentencias C-095 de 1998 de la H. Corte Constitucional y del Consejo de Estado, radicados 11001 03 25 000 2013 00117 00 (0263-13) y 11001 03 25 000 2005 00012 00.

⁶ Radicado 11001 03 25 000 2011 00316 (1210-11).

⁷ Consejo de Estado. Sala Plena. Radicado: 11001 03 25 000 2011 00316. C.P. William Hernández Gómez (E). Actor: Piedad Esneda Córdoba Ruiz.

⁸ Consejo de Estado-Sección Segunda – Subsección “A” Radicado 11001 03 25 000 2012 00357 00 (1358-12) Actor: Martha Isabel Uribe Escobar contra la Nación-Procuraduría General de la Nación. M.P. Gabriel Valbuena Hernández. 25 de enero de 2018.

⁹ Tribunal Superior de Bogotá - Sala Penal. M.P Alberto Poveda Perdomo.

¹⁰ Aprobada en Acta de Sala N°15. Radicado 161-6389 (IUS 2012-360445 IUC-2012-652-559538).

esta población; motivo por el cual “la contratación cuestionada correspondía a un proyecto de interés público en beneficio de la comunidad” concretado en la atención, protección y fortalecimiento de los derechos de una población discriminada por su orientación sexual cuya función le corresponde a la Alcaldía Local de Rafael Uribe Uribe, pero, que también puede ser desarrollada conjuntamente con entidades sin ánimo de lucro, acorde con el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Considera la destacada Delegada del Ministerio Público que como el Convenio de Asociación pluricitado tuvo como fin el desarrollo de una actividad de interés general acorde con el plan nacional y seccional de desarrollo, y para proteger y atender a una población vulnerable esto implicaba la ejecución de diversos componentes, su suscripción estaba autorizada por la ley, máxime cuando el aporte fue 70% de la Alcaldía y 30% a cargo de la Corporación. Que se cumplieron a cabalidad los requisitos del artículo 355 Constitucional, el artículo 96 la Ley 489 de 1998, y los Decretos 777 y 1403 de 2003, siendo este el régimen aplicable y no las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, es decir, que la demandante no estaba obligada a realizar ningún proceso de selección para este tipo de proceso contractual. Y, que dicho convenio constituyó una verdadera alianza de esfuerzos públicos y privados en pro de la atención integral a este sector poblacional, advirtiendo al suscrito que, en virtud del principio *pro homine*, frente a una situación en la que existan dos interpretaciones jurídicas se exige al juez escoger la más favorable a la persona, por ende, considera que los actos administrativos deben declararse nulos, entre otras consideraciones.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

a. Del caso a debatir.

Se controvierte en esta oportunidad la legalidad de los fallos disciplinarios de primera instancia 0902 del 10 de octubre de 2017 y de segunda instancia 100 del 19 de febrero de 2018, proferidos por el Personero Delegado para la Coordinación de Asuntos Disciplinarios y la Personera de Bogotá, respectivamente, dentro del Radicado IE501355-2015, mediante los cuales se declaró disciplinariamente responsable a DIANA MABEL MONTOYA REINA de la falta gravísima de “Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley, tipificada en

el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, y se le sancionó con destitución del cargo e inhabilidad general por el término de 10 años, a título de culpa gravísima.

b. Tesis de la parte demandante.

Los actos administrativos acusados se encuentran viciados de nulidad por violación del debido proceso, carencia de competencia, desviación y abuso de poder por la errada interpretación de la ley e indebida recolección y valoración de las pruebas que sirvieron de fundamento a los fallos disciplinarios, entre otros fundamentos.

c. Tesis de la parte demandada.

Los actos administrativos objeto de censura deben seguir gozando de la presunción de legalidad porque la Personería de Bogotá, en concordancia con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, no incurrió dentro de la actuación disciplinaria en ningún tipo de vicio procedimental o sustancial alegado por la parte actora.

d. Acervo probatorio recolectado.

Se allegó al proceso, en legal forma con la demanda, la contestación y en la etapa probatoria, las siguientes documentales en medios físicos y magnéticos, entre otras:

- Convenio 119 del 20 de diciembre de 2012 suscrito entre el Fondo de Desarrollo Local de Rafael Uribe Uribe y Corporación VOLVER A LA GENTE Procesos de Comunicación Participativa para el Desarrollo Comunitario de los Trabajadores.
- Expediente disciplinario IE501355-2015 adelantado en contra de DIANA MABEL MONTOYA REINA, que contiene el auto de audiencia inicial y pliego de cargos, y los fallos de primera y segunda instancia, con notificaciones y constancia de ejecutoria, entre otras providencias (fls. 56-148 y CD a fl. 318, Cuaderno 2).
- Resolución 022 del 5 de abril de 2018, por la cual se ordena la ejecución de la sanción disciplinaria impuesta a DIANA MABEL MONTOYA REINA (fls. 148-150 y CD fl. 373).
- Resolución 565 del 17 de septiembre de 2009, por la cual se conforma el Comité de Contratación para las Alcaldías Locales (fls. 151-154).

- Manual de Contratación Local de la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía de Bogotá (fls. 155-195).
- Fallo de primera instancia dentro de los Procesos Disciplinarios ER49522-2015 e IE12457-13 adelantado contra los Alcaldes Locales de Tunjuelito y Fontibón, respectivamente, con decisión absolutoria, entre otros (fls. 196-238, 299-316 y 334-371).
- Autos de Apertura de investigación disciplinaria contra DIANA MABEL MONTOYA REINA, dentro de los Radicados 501356-2015; 581517-2016; 309169-2016; 310714-2016; 310716-2016; 315315-2016; 353621-2017 y 353622-2017 (CD fl. 318).
- Hoja de vida de la demandante, que contiene sus nombramientos, posesiones, certificaciones laborales y académicas, cargos desempeñados, entre otros actos administrativos (fl. 51-52, 241-248 y CD fl. 373).
- Certificación de funciones del Alcalde Local 030, Grado 05 -Localidades y periodos laborados por DIANA MABEL MONTOYA REINA, expedida por la Directora de Gestión del Talento Humano de la Secretaría Distrital de Gobierno de Bogotá el 8 de junio de 2018 y Manual de Funciones (fls. 53-55).
- Manual Especifico de funciones de la Planta de Empleo de la Alcaldía de Bogotá, contenido en la Resolución 313 de 2006 (CD fl. 318, cuaderno 1, pág. 265).
- Acta de Conciliación prejudicial fallida, celebrada ante la Procuraduría 10 Judicial II para Asuntos Administrativos (fl. 249-251), entre otras documentales.

e. Problema jurídico por resolver.

¿La demandante al suscribir el Convenio Especial de Asociación 119 de 2012, para aunar esfuerzos y recursos en pro de la sensibilización y visibilización de los derechos de la población LGBTI, incurrió en alguna ilegalidad o irregularidad que amerite ser sancionada disciplinariamente?

g. Solución al problema jurídico.

Para resolver el problema jurídico formulado se procurará honrar las normas constitucionales y legales vigentes aplicables al caso, el precedente judicial de la H.

Corte Constitucional y el H. Consejo de Estado existente sobre la materia, los valores, principios, directrices, derechos y demás reglas que desarrollen los fines y funciones del Estado Social del Estado señalados en el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 31, 53, 83, 92, 92, 93, 94, 95, 113, 117, 118, 121, 122, 123, 124, 150, 209, 224, 228, 229, 230, 322, 339 y 355 de la Constitución Política de 1991, de los cuales destacamos este último:

“...Artículo 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.”

Acorde con la sentencia C-712 de 2002 de la H. Corte Constitucional, en armonía con la transcripción anterior, “el ámbito propio del artículo 355, en sus dos incisos, el primero, en cuanto prohíbe explícitamente las donaciones y auxilios y, el segundo, que permite la celebración de contratos para el cumplimiento de actividades de interés público, acordes con los planes de desarrollo, con personas jurídicas privadas, sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, es el de la acción benéfica del Estado, de las actividades de fomento que dentro de un Estado Social de Derecho corresponden como función propia, insoslayable, a la organización estatal. Se trata de apoyar la acción de organizaciones de origen privado, que en ejercicio de la autonomía de iniciativa para el desarrollo de las más variadas actividades que las personas realizan en sociedad (Constitución Política, art. 38), buscan la satisfacción de finalidades no simplemente lucrativas....

Como se puntualiza en la sentencia C- 543 de 2001, el artículo 355 Constitucional, cuando en el segundo inciso alude a la celebración de contratos, hace énfasis en que el objeto de los mismos es el desarrollo de actividades de interés público, acordes con los planes de desarrollo, y para asegurar que la acción de fomento (benéfica como la ha denominado la jurisprudencia de la Corporación) se cumpla adecuadamente, exige que las instituciones privadas con las cuales se hayan de celebrar sean precisamente de aquellas que conforme a la ley tengan el carácter de instituciones sin ánimo o fin lucrativo (las personas jurídicas, fundaciones y asociaciones, reguladas por el Código Civil - Título XXXVI- y disposiciones complementarias) que además, ostenten reconocida idoneidad en el ámbito donde

conforme a sus respectivas reglas estatutarias, desarrollan las actividades de beneficio común....”

De otra parte, se tendrán en cuenta los postulados del debido proceso y la presunción de inocencia, inmersos en el bloque de constitucionalidad ratificado por Colombia, que tienen su origen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), diciembre 10 de 1948); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado a través de la Ley 74 de 1968), y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José ratificado a través de la Ley 16 de 1972), bajo el entendido que toda persona tendrá derecho a las garantías judiciales mínimas de ser oída públicamente, a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos, y a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley, en tratándose de las garantías procesales; y de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, entre otras.

Por su parte el Legislador Colombiano al promulgar la Ley 734 de 2002 “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, en donde se le atribuye la potestad disciplinaria al Estado y la titularidad de la acción disciplinaria a los funcionarios con potestad disciplinaria de las entidades estatales para investigar las conductas de sus empleados, sin perjuicio del poder preferente que tiene la Procuraduría General de la Nación; estableció como principios rectores, entre otros:

Artículo 4°. Legalidad. El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización

Artículo 5°. Ilícitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.

Artículo 6°. Debido proceso. El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público.

Artículo 9°. Presunción de inocencia. A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado.

Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla.

Artículo 12. Celeridad de la actuación disciplinaria. El funcionario competente impulsará oficiosamente la actuación disciplinaria y cumplirá estrictamente los términos previstos en este código.

Artículo 13. Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

Artículo 17. Derecho a la defensa. Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente.

A su vez, dicha ley establece un régimen de faltas incluidas el desconocimiento de los deberes, prohibiciones y la incursión *per se* en las faltas señaladas en dicha norma, dentro de las cuales señala taxativamente las gravísimas que pueden cometer los servidores públicos, así como su procedimiento:

Artículo 175. El procedimiento verbal se adelantará contra los servidores públicos en los casos en que el sujeto disciplinable sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta, cuando haya confesión y en todo caso cuando la falta sea leve.

También se aplicará el procedimiento verbal para las faltas gravísimas contempladas en el artículo 48 numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 47, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 62 de esta ley.

En los eventos contemplados en los incisos anteriores, se citará a audiencia, en cualquier estado de la actuación, hasta antes de proferir pliego de cargos.

En todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia.”

Respecto al derecho disciplinario, la H. Corte Constitucional en sentencia C-721 de 2015¹¹ destacó:

¹¹ Corte Constitucional. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 (parcial) de la Ley 1437 de 2011. Expediente D-10744. Actores: Daniel Londoño de Vivero y Aura Ximena Osorio Torres. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. 25 de noviembre 2015.

“3.6. EL ALCANCE Y LA ORIENTACIÓN DEL DERECHO DISCIPLINARIO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

3.6.1. Concepto y alcance constitucional

La potestad punitiva del Estado agrupa el conjunto de competencias asignadas a los diferentes órganos para imponer sanciones de variada naturaleza jurídica^[53]. La potestad sancionadora de la administración es una de sus manifestaciones^[54] y comprende diversas disciplinas o especies como el derecho penal, el derecho contravencional, el derecho correccional, el derecho de juzgamiento político -impeachment- y el derecho disciplinario^[55].

El Derecho disciplinario se ha definido como “el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo”^[56].

De esta manera, comprende^[57]: **(i)** el poder disciplinario, es decir, la facultad que hace parte del poder sancionador del Estado, en virtud de la cual aquél está legitimado para tipificar las faltas disciplinarias en que pueden incurrir los servidores públicos y los particulares que cumplen funciones públicas y las sanciones correspondientes y **(ii)** el derecho disciplinario, en sentido positivo, comprende el conjunto de normas a través de las cuales se ejerce el poder disciplinario, mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan^[58].

En virtud de lo anterior, la jurisprudencia de esta corporación ha reconocido que este sistema normativo regula^[59]:

(i) Las conductas -hechos positivos o negativos- que pueden configurar falta juzgable disciplinariamente. Es así, como la violación de los deberes, de las prohibiciones o de las inhabilidades o incompatibilidades, a que están sujetos los funcionarios y empleados públicos, es considerado por el respectivo estatuto disciplinario como falta disciplinaria^[60].

(ii) Las sanciones en que pueden incurrir los sujetos disciplinados, según la naturaleza de la falta, las circunstancias bajo las cuales ocurrió su comisión y los antecedentes relativos al comportamiento laboral^[61].

(iii) El proceso disciplinario, esto es, el conjunto de normas sustanciales y procesales que aseguran la garantía constitucional del debido proceso y regulan el procedimiento a través del cual se deduce la correspondiente responsabilidad disciplinaria.”

El derecho disciplinario como parte del derecho punitivo del Estado, se caracteriza por su cercanía al derecho penal, en cuanto debe someterse a los mismos principios que informan éste último^[62]. Sin embargo, reviste características propias y específicas que ameritan un tratamiento diferencial, entre otras razones, al carácter flexible y menos riguroso que tiene la aplicación de los principios de legalidad y tipicidad en el ámbito del derecho administrativo^[63].

Dicha especificidad en lo que tiene que ver con el derecho disciplinario ha sido objeto de consideración por esta Corporación en numerosas ocasiones^[64], en las que se ha referido particularmente a tres aspectos que, por lo demás, revisten especial importancia para el examen de los cargos planteados por los accionantes, ellos son **(i)** la imposibilidad de transportar integralmente los principios del derecho penal al derecho disciplinario; **(ii)** el incumplimiento de los deberes funcionales como fundamento de la responsabilidad disciplinaria y **(iii)** la vigencia en el derecho disciplinario del

sistema de sanción de las faltas disciplinarias denominado de los números abiertos, o numerus apertus, por oposición al sistema de números cerrados o clausus del derecho penal”^[65].

3.6.2. Fundamentos constitucionales

El fundamento del derecho disciplinario se encuentra especialmente en los artículos 1º, 2º, 6º, 92, 122, 123, 124, 125, 150.2, 209 y 277 de la Carta Política^[66].

3.6.2.1. Es una herramienta fundamental para el cumplimiento de los fines del Estado (arts. 1º y 2º de la Constitución)

El derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionador, cuya concepción hoy en día debe estar orientada por los principios del Estado social y Democrático de Derecho previstos en el artículo 1º de la Constitución, garantizando el respeto a las garantías individuales pero también los fines del Estado determinados en el artículo 2º Superior y para los cuales han sido instituidas las autoridades públicas^[67].

En este sentido, la realización de los fines del Estado demanda tanto la existencia de unos presupuestos institucionales mínimos como la disponibilidad de múltiples instrumentos y medios de orden jurídico y fáctico. Entre los primeros se encuentra la noción de función pública en sus diferentes ámbitos, y entre los segundos es pertinente destacar las medidas de estímulo, al lado de los mecanismos de prevención y corrección de conductas oficiales contrarias a derecho y al servicio mismo^[68].

(...)

3.6.3. Las finalidades del derecho disciplinario en el Estado Social de derecho

En un Estado Social de Derecho el Derecho disciplinario no es un mero instrumento para controlar la conducta de los servidores públicos, sino que constituye un instrumento que permite el establecimiento de deberes orientados constitucionalmente a garantizar el cumplimiento de los fines del Estado y el derecho de los ciudadanos al correcto funcionamiento de la administración pública:

“En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública”^[80].

Bajo este entendido, el derecho disciplinario tiene dos finalidades esenciales que se encuentran estrechamente vinculadas: (i) desde el punto de vista interno permite asegurar el cumplimiento de los deberes del cargo de los funcionarios públicos, mientras que (ii) desde el punto de vista externo busca garantizar el cumplimiento de los fines del Estado y de los principios de la función pública:

(...)

3.7.2. Los principios constitucionales del Derecho disciplinario

Teniendo en cuenta la naturaleza específica que conserva el derecho disciplinario, no obstante participar de los mismos principios que irradian el derecho penal, éstos no tienen igual alcance^[103]. El derecho disciplinario no es equiparable en su totalidad a la regulación que se aplica en el derecho

penal; empero algunas instituciones de este no son extrañas al primero, una muestra de ello es el derecho al debido proceso, principio que debe observarse en todas las actuaciones sancionatorias[104].

3.7.2.1. El derecho fundamental al debido proceso

Según lo establece el artículo 29 de la Constitución Política, el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas[105]. En atención a su naturaleza, las garantías propias del debido proceso no tienen en el proceso disciplinario el mismo alcance que las que se desarrollan por la justicia penal. Así lo ha reconocido este Tribunal, cuando ha manifestado que “en el ámbito administrativo y, específicamente, en el derecho disciplinario, la jurisprudencia constitucional ha establecido que las garantías constitucionales inherentes al debido proceso, mutatis mutandi, se aplican a los procedimientos disciplinarios, dado que éstos constituyen una manifestación del poder punitivo del Estado[106]. Sin embargo, su aplicación se modula para adecuar el ejercicio del poder disciplinario a la naturaleza y objeto del derecho disciplinario[107] y, especialmente, al interés público y a los principios de moralidad, eficacia, economía y celeridad que informan la función administrativa”[108].

En la misma línea, la jurisprudencia se ha referido también a los siguientes elementos o principios, derivados del artículo 29 superior y aplicables a todas las actuaciones disciplinarias[109]: “(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la reformatio in pejus.”[110]

A partir de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado desde sus inicios el mínimo de aspectos inherentes a la noción de debido proceso, cuya vigencia es indispensable en todo tipo de actuación disciplinaria. Esos criterios, que se traducen en deberes de la autoridad disciplinaria, son los siguientes[111]:

“i) La comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas pasibles de sanción[112]; ii) La formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias[113]; iii) El traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados[114]; iv) La indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos[115]; v) El pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente[116]; vi) La imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y [117] vii) La posibilidad de que el encartado pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones.” [118]

(...)

3.7.3. Los criterios de proporcionalidad y razonabilidad

3.7.3.1. Si bien la Corte ha admitido que el control de constitucionalidad en materia disciplinaria resulta de una intensidad menor que en materia

penal[138], al determinar la gravedad de las faltas[139] y la magnitud de las sanciones, el legislador debe orientarse por criterios de proporcionalidad y razonabilidad[140]. En ese orden de ideas, la jurisprudencia ha exigido que la sanción sea razonable y proporcional “a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición”[141].

3.7.3.2. En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma[142], los cuales como ya se expresó están constituidos por: **(i)** el cumplimiento de los deberes del cargo y **(ii)** el aseguramiento de los fines del Estado y de los principios de la función pública como la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad:

“Por lo anterior, la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron y se concluye que el derecho disciplinario, como modalidad del derecho administrativo sancionador, pretende regular la actuación de los servidores públicos con miras a asegurar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función pública, y que, para tal cometido, describe mediante ley una serie de conductas que estima contrarias a ese cometido, sancionándolas proporcionalmente a la afectación de tales intereses que ellas producen”[143].

3.7.3.3. La Corte Constitucional ha analizado en numerosas ocasiones el principio de proporcionalidad en materia sancionatoria, estableciendo que el mismo hace parte de las garantías esenciales del debido proceso y que constituye un límite esencial para el legislador: (...)

Por su parte, el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación del 9 de agosto de 2016¹² se pronunció respecto al juicio de legalidad de la Rama Judicial frente a las decisiones disciplinarias, así:

“En conclusión: El control judicial de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria, es integral.

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

- Respecto de las causales de nulidad.

¹² Consejo de Estado, Sala Plena. Expediente 11001 03 25 000 2011 00316 00 (1210-11). Demandante: Piedad Esneida Córdoba Ruiz. C.P. William Hernández Gómez (E).

Ahora bien, el juez de lo contencioso administrativo tiene competencia para examinar todas las causales de nulidad previstas en el artículo 137 de la Ley 1437. Si bien, prima facie, el juicio de legalidad se guía por las causales de nulidad invocadas en la demanda, también es cierto, que en virtud de la primacía del derecho sustancial, el juez puede y debe examinar aquellas causales conexas con derechos fundamentales, con el fin de optimizar la tutela judicial efectiva, de máxima importancia al tratarse del ejercicio de la función pública disciplinaria que puede afectar de manera especialmente grave el derecho fundamental al trabajo, el debido proceso, etc.

Afirma Rafael Ostau De Lafont Pianeta lo siguiente: “[...] La concepción del Estado Social de Derecho entonces, trasciende sin abandonar el control de legalidad para inducir al juez en general y particularmente al juez contencioso como un juez garante de la tutela efectiva de los derechos ciudadanos. Le impone al juez no solamente entonces ocuparse de si el acto, la actuación, o la gestión de la administración debe verificarse en cuanto a su contexto de adecuación al ordenamiento jurídico. Sino que además de ello debe preocuparle al juez el que sus decisiones propendan por proteger y garantizar la protección de los derechos de los administrados. [...]”³⁶ En ejercicio del juicio integral, tal y como acontece en el presente caso, el juez de lo contencioso administrativo puede estudiar la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que soportan la imposición de la sanción disciplinaria. Así las cosas, en esta sentencia de unificación se precisa el alcance del control judicial integral que tiene el juez de lo contencioso administrativo, cuando se trate de actos sancionatorios disciplinarios, de todo aquello que tenga vinculación con las causales de nulidad invocadas y los derechos fundamentales allí involucrados.

- Respecto de la valoración de las pruebas recaudadas en el disciplinario.

De las causales de nulidad que regula el artículo 137 de la L. 1437, se destacan cuatro de ellas, porque tendrían relación directa con la valoración probatoria bajo los parámetros de un juicio integral, a saber: (i) violación del derecho de audiencias y de defensa, que vincula el derecho al debido proceso regulado en el artículo 29 Constitucional que consagra el derecho a presentar pruebas, solicitarlas o controvertirlas. (ii) Infracción de las normas en que debe fundarse el acto administrativo. Cuando el acto administrativo no se ajusta a las normas superiores a las cuales debía respeto y acatamiento³⁷, resulta lógico deducir que en el evento en que la decisión disciplinaria contraría los principios y reglas ya estudiadas que regulan la actividad de recaudo y valoración probatoria, establecidas en el artículo 29 de la Constitución y en las normas citadas de la Ley 734 de 2002, estará viciada por no sujetarse a las normas sustanciales y procesales que son imperativas para el operador disciplinario. (iii) Falsa motivación, se configura cuando las razones de hecho o de derecho que se invocan como fundamento de la decisión no corresponden a la realidad. Motivación que constituye un principio rector en el artículo 19 de la L. 734. El juicio integral permite controlar la valoración de la prueba porque sólo a partir de su objetiva y razonable ponderación, se puede colegir si el acto disciplinario se encuentra debidamente motivado.

- Respecto de los principios rectores de la ley disciplinaria.

Este control judicial integral, permite que el juez de lo contencioso administrativo pueda y deba examinar en la actuación sancionatoria el estricto cumplimiento de todos los principios rectores de la ley disciplinaria, esto es, la legalidad, ilicitud sustancial, debido proceso, reconocimiento de la dignidad humana, presunción de inocencia, celeridad, culpabilidad, favorabilidad, igualdad, función de la sanción disciplinaria, derecho a la defensa, proporcionalidad, motivación, interpretación de la ley disciplinaria, aplicación de principios e integración normativa con los tratados internacionales sobre

derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia³⁸ .

- Respeto del principio de proporcionalidad.

Se hace una especial referencia al principio de proporcionalidad previsto en el artículo 18 de la Ley 734, según el cual, la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida y la graduación prevista en la ley. En los casos en que el juicio de proporcionalidad de la sanción sea parte de la decisión judicial, el juez de lo contencioso administrativo dará aplicación al inciso 3.º del artículo 187 del CPACA³⁹ que permite “[...] estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas [...]”.

El juez de lo contencioso administrativo está facultado para realizar un “control positivo”, capaz de sustituir la decisión adoptada por la administración, lo que permite hablar de “[...] un principio de proporcionalidad sancionador, propio y autónomo de esta esfera tan relevante del Derecho administrativo, con una jurisprudencia abundante y enjundiosa, pero de exclusiva aplicación en dicho ámbito.[...]” ⁴⁰ , lo cual permite afirmar que “[...] el Derecho Administrativo Sancionador ofrece en este punto mayores garantías al inculpado que el Derecho Penal [...]” ⁴¹ .

Ahora bien, cuando el particular demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo lo hace en defensa de sus intereses y no de la ley. En consecuencia, el juez debe atender la realidad detrás del juicio disciplinario administrativo puesto que “[...] si la esfera subjetiva se torna en centro de gravedad, el interés del particular adquiere un protagonismo que la ley no ha querido obviar, elevando al grado de pretensión, junto con la anulatoria, a la solicitud de restablecimiento de la situación jurídica individual [...]”⁴² .

- Respeto de la ilicitud sustancial.

En el mismo sentido, el juez administrativo está facultado para hacer el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad respecto de la ilicitud sustancial, de tal suerte que si el caso lo exige, se valoren los argumentos que sustentan la afectación sustancial del deber funcional y las justificaciones expuestas por el disciplinado.

Todo lo anterior no implica que desaparezca la exigencia prevista en el ordinal 4.º del artículo 162 de la Ley 1437, que regula el contenido de la demanda, esto es, el deber de invocar los fundamentos de derecho de las pretensiones, las normas que se consideran trasgredidas y de explicar el concepto de violación, porque como bien se indicó en la sentencia de la Corte Constitucional (C-197 de 1999) dicha carga procesal de la parte demandante, es legítima y proporcionada.

○ **Recapitulación de las reglas de unificación:**

Conforme a lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unifica los siguientes criterios interpretativos de la competencia del juez administrativo cuando se trate de actos administrativos de carácter sancionatorio, regulado en la Ley 734 de 2002. Veamos:

1. La jurisdicción de lo contencioso administrativo ejerce el control judicial integral ⁴³ de los actos administrativos sancionatorios, proferidos por los titulares de la acción disciplinaria regulada en la Ley 734, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva.

2. El control que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, constituye el recurso judicial efectivo en los términos del ordinal 1.º del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.(...)”

De otro lado, cuando el Congreso de la República expidió la **Ley 489 de 1998**¹³, en la cual permite a las entidades estatales, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, celebrar convenios de asociación para el cumplimiento de los cometidos estatales y, a su vez, establece los requisitos para su celebración, así:

Artículo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo **podrán**, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, **asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación** o la creación de personas jurídicas, **para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.**

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

a) Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;

b) Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas;

c) La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad;

d) La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares;

e) La duración de la asociación y las causales de disolución.
(...)”

¹³ Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

Que a su vez el **Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014** “Prosperidad para Todos”, expedido mediante la Ley 1450 de 2011, si bien no contempla la protección integral al sector LGBTI en la formulación de planes específicos dentro de la política nacional, dentro de sus 3 ejes transversales o en los 3 pilares de esos ejes, lo cierto es que el objetivo final del Gobierno al plantear el Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014, es la igualdad de oportunidades para la prosperidad social y como una de las estrategias para conseguir esa igualdad es la importancia de la “igualdad de género y la garantía de las libertades de la población LGBTI”, entre otros segmentos específicos de la población.

Que el **Decreto Ley 1421 de 1993**¹⁴ señala en su artículo 152 que el Distrito Capital podrá celebrar contratos especiales con entidades sin ánimo de lucro en aras de impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes distritales y locales de desarrollo, sujetos a los reglamentos del Gobierno Nacional.

Que para la fecha de suscripción del Convenio de Asociación *sub lite* se encontraba vigente el **Plan Distrital de Desarrollo 2012-2016** “Bogotá Humana”, expedido mediante el Acuerdo Distrital 489 del 12 de junio de 2012, destaca dentro de los objetivos del plan la reducción de la desigualdad y la discriminación social, económica y cultural y los principios de igualdad, equidad y diversidad para promover el empoderamiento social y la población LGBTI y en general de los grupos poblacionales discriminados y segregados; también establece *in extenso* las políticas encaminadas a la protección de este sector, sin perjuicio de todos los programas en los que incluye a esta población, al respecto señala:

“(…) **Artículo 11.** PROGRAMA LUCHA CONTRA DISTINTOS TIPOS DE DISCRIMINACIÓN Y VIOLENCIAS POR CONDICIÓN, SITUACIÓN, IDENTIDAD, DIFERENCIA, DIVERSIDAD O ETAPA DEL CICLO VITAL.

El propósito de este programa es transformar condiciones, actitudes y comportamientos que generan percepción de discriminación para disminuir la exclusión, la segregación y la marginación de pueblos afrodescendientes, palenqueros raizales, indígenas y Rrom, poblaciones y grupos poblacionales minoritarios tradicionalmente vulnerados.

Brindar atención integral a personas adultas, mayores de 18 años con limitaciones y a sus familias, a través de procesos de inclusión familiar, productiva y social, para lograr su reconocimiento, la construcción de un proyecto de vida semi-independiente y la disminución de los factores de discriminación, a través de centros de atención. Para ello se fomentarán y adoptarán medidas que garanticen condiciones de equidad e igualdad a todas las personas, prevengan y eliminen toda forma de discriminación. también se emprenderán acciones interinstitucionales coordinadas que garanticen la prevención y protección de las poblaciones discriminadas y

¹⁴ Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

vulnerables, en condiciones de riesgo por razones de identidad de género, orientación sexual, etnia, procedencia territorial, ciclo vital; y se promoverán acciones para la reducción de formas de estigmatización de poblaciones y territorios afectados por imaginarios de violencia, delincuencia y conflictividades. Se hará especial énfasis en acciones para sectores LGTBI, jóvenes en riesgo, personas vinculadas a la prostitución y problemáticas de seguridad asociadas con los habitantes de calle.

(...)

Los proyectos prioritarios de este programa son:

3. Ejercicio pleno de derechos de las personas LGBTI. Este proyecto apunta a realizar transformaciones culturales y sociales, para potenciar el desarrollo humano de las personas LGBTI, creando condiciones que generen oportunidades y espacios en la ciudad para el ejercicio pleno de sus derechos, en condiciones de equidad e inclusión. En concordancia con lo anterior se ejecutarán también acciones encaminadas a transformar prácticas institucionales que generan barreras para el desarrollo de las capacidades de personas de los sectores LGBTI, las cuales restringen sus libertades y posibilidades de elección en la ciudad. De esta manera se asegurará el reconocimiento, respeto, promoción y sostenibilidad de las acciones para la garantía plena de los derechos de personas de los sectores LGBTI, en todos los niveles de la Administración Distrital.

(...)

8. Bogotá reconoce y apropia la diversidad y la interculturalidad.

Promover el reconocimiento de la diversidad cultural y el fortalecimiento de las oportunidades para el diálogo intercultural y la construcción colectiva de lo público. Se fomentará el reconocimiento y la visibilización de la diversidad cultural y la construcción de agendas de los pueblos, grupos étnicos y sectores sociales para la transformación en las percepciones y comportamientos discriminatorios y la promoción de nuevas formas de expresión, convivencia y gobernabilidad de la ciudad.

(...)

artículo 13. PROGRAMA BOGOTÁ, UN TERRITORIO QUE DEFIENDE, PROTEGE Y PROMUEVE LOS DERECHOS HUMANOS.

Este programa busca promover la defensa, protección y difusión de los derechos humanos con enfoques diferenciales de orientación sexual, identidad de género, pertenencia étnica y cultural, condición de discapacidad, víctimas del conflicto armado y ciclo vital: niños, niñas, adolescentes, jóvenes, adultos y personas mayores, mediante el fortalecimiento de capacidades institucionales y de la sociedad civil. El incremento de la participación representativa y vinculante en las entidades encargadas del tema, así como la ampliación del acceso a la justicia formal, no formal y comunitaria, de manera que se generen espacios de confianza, se trabaje en el fortalecimiento de políticas públicas orientadas a garantizar los derechos de todas y todos, se acaten las leyes y normas que propenden por su cumplimiento y se optimicen las actitudes y comportamientos a favor de un mejoramiento de la situación de los derechos humanos en la ciudad.

(...)"

Que con base en lo anterior, la Alcaldía Local Rafael Uribe Uribe, estableció dentro de su plan de Desarrollo Local, Económico, Social y de Obras Públicas 2009-2012. Bogotá Positiva ¹⁵ el Proyecto 537 de "Fortalecimiento de las agendas sociales de grupos étnicos, raizales y comunidad diversa", marco dentro del cual se suscribió el pluricitado convenio de asociación.

¹⁵ Acuerdo Local 02 del 4 de septiembre de 2008.

Ahora, como la actuación disciplinaria *sub judice* finalmente se fundó en la presencia de irregularidades en la suscripción del Convenio de Asociación entre el Fondo de Desarrollo Local de la Alcaldía local Rafael Uribe Uribe, representado por la Alcaldesa Local, con la Corporación Volver a La Gente -entidad privada sin ánimo de lucro-, por desconocer el Régimen General de Contratación de la Administración Pública¹⁶, cuyo objeto era aunar esfuerzos en pro de la visibilización y sensibilización de los derechos de la población LGBTI y, al concluir que este objeto contractual constituye una de las exclusiones previstas a la regla general de los convenios de asociación, pues, según la autoridad disciplinaria, el aporte económico realizado por la Corporación es una contraprestación directa que recibió la Alcaldía Local De Rafael Uribe Uribe al adquirir un suministro de bienes y se liberó de sus obligaciones, entre otras consideraciones, se observará que, en desarrollo del artículo 355 Constitucional, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto Reglamentario 777 de 1992**, modificado por el **Decreto 1403 de 1992** y por el **Decreto 2459 de 1993**¹⁷, vigentes hasta el 2017 por haber sido derogados por el artículo 11 del Decreto 92 de 2017, y que sobre su regulación y los casos de exclusión de aplicación de este tipo de contratos, establecían:

“Artículo 1. Contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro para impulsar programas y actividades de interés público. Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios **con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público**, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la **contratación entre los particulares**, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983.

Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a cien salarios mínimos mensuales deberán publicarse en el Diario Oficial o en los respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial. Adicionalmente, deberán someterse a la aprobación del Consejo de

¹⁶ “Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Ley 1474 de 2011 y demás reglamentación”.

¹⁷ **Artículo 1°** Los contratos que se celebren en desarrollo de lo dispuesto por el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política, deberán someterse a lo establecido por los Decretos 777, con excepción de su artículo 3°, y 1403 de 1992.

Los programas y actividades que se impulsen a través de dichos contratos deberán estar acordes a nivel nacional con el presupuesto de rentas y de apropiaciones de la Nación, y a nivel departamental, distrital o municipal, con el respectivo plan de desarrollo.

Artículo 2° Los contratos a que se refiere este Decreto que celebren la Nación o los establecimientos públicos nacionales no requerirán de la aprobación del Consejo de Ministros.

Artículo 3° El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Ministros aquellos contratos que celebren la Nación, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas, cuando dichas entidades descentralizadas pertenezcan al orden nacional, y la cuantía del contrato sea igual o superior a cinco mil salarios mínimos mensuales. (Inciso subrogado por el inciso 1o. del artículo 1o. del Decreto 1403 de 1992)

Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La entidad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado. (Inciso subrogado por el inciso 2o. del artículo 1o. del Decreto 1403 de 1992).

Artículo 2. Exclusiones. Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto:

1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes.

(...)

PARÁGRAFO. Para efectos del presente Decreto se consideran entidades públicas, además de las otras previstas por la Constitución y la ley, a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas. (Parágrafo adicionado por el artículo 3o. del Decreto 1403 de 1992).

Artículo 3. Sujeción a los planes, programas y proyectos que apruebe el Conpes. En razón de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 341 de la Constitución Política, durante los años 1992, 1993 y 1994 los contratos a que se refiere el presente Decreto se sujetarán a los planes, programas y proyectos que hayan sido aprobados o que en futuro llegue a aprobar el Conpes o quien haga sus veces a nivel territorial, y a los respectivos presupuestos.

(...)

Respecto a este tipo especial de contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro, la H. Corte Constitucional en sede de constitucionalidad de las normas que desarrollan el artículo 355 superior ha mantenido la misma posición señalada en sentencia C-372 de 1994¹⁸, reiterada en sentencias C-543 de 2001¹⁹, C 712 de 2002²⁰ y C- 324 de 2009²¹, entre otras, dentro de la cual la primera señala:

¹⁸ Corte Constitucional. Expediente D-520. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 6o. del Decreto 130 de 1976, "Por el cual se dictan normas sobre Sociedades de Economía Mixta". Actora: María Isabel Ceballos Del Fresno. Tema: Los auxilios y donaciones del artículo 355 de la C.N. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa 25 de agosto de 1994.

¹⁹ Corte Constitucional. Expediente D-3163. Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 20 y 33 (parciales) de la Ley 9 de 1991, el artículo 4 de la Ley 66 de 1942, el artículo 2 de la Ley 11 de 1972 y el artículo 10 del Decreto 2078 de 1940. Actor: Carlos Alberto Maya Restrepo. M.P. Álvaro Tafur Galvis. 23 de mayo de 2001.

“(…)4. La posibilidad de que el Estado pueda participar junto con los particulares en actividades de interés público o social.

... De lo visto se puede colegir que la primacía de los principios y derechos contenidos en la Constitución, requiere de una distribución de competencias en forma participativa y coordinada entre el Estado y los asociados, pues así como al primero le corresponde cumplir con unos mandatos imperativos previstos en la Carta Política, a los segundos se les asigna el deber de colaborar con las autoridades y con sus conciudadanos para alcanzar esas mismas metas. Se trata, entonces, de un trabajo conjunto con un fin común: la consecución de los fines esenciales del Estado, esto es, del bienestar y la prosperidad de todos. El Estado social de derecho impone, pues, un mayor interés de los ciudadanos en procura de un interés colectivo. Estas metas, como se señaló, se alcanzan algunas veces en forma separada, es decir, el Estado y los particulares ocupándose cada uno de sus propias tareas. Pero en otras oportunidades, los caminos que han de recorrer unos y otros se entrecruzan de forma tal que la colaboración armónica permite el logro de unos fines específicos. Esta situación es permitida y avalada por la propia Constitución. En efecto, la Carta Política no sólo señala la obligación ciudadana de cumplir con los deberes previstos en el artículo 95, sino que además facilita la participación comunitaria en algunas tareas que, en principio, le corresponde asumir al Estado. Uno de esos caminos es el inciso segundo del artículo 335 (sic) superior que establece (...)

Los contratos a que hace relación la norma en comentario, permitidos con el fin de obviar los inconvenientes surgidos por la prohibición de decretar auxilios y donaciones, deben reunir las siguientes condiciones, a saber: **a) Que con ellos se trate de impulsar programas y actividades de interés público, ya que si la causa es pública su destino debe ser proporcionado a ella; b) que esos programas y actividades sean acordes con el plan nacional y los planes sectoriales de desarrollo. Nótese que la obligación se refiere a que el contrato esté "acorde", esto es, que esté conforme o en consonancia con las prioridades que en materia de gasto público establezca el Plan Nacional de Desarrollo (v.gr. educación, salud, saneamiento ambiental, agua potable, etc.), sin que ello signifique esos contratos deban hacer parte o deban estar incorporados a dicho Plan; 3) Que los recursos estén incorporados en los presupuestos de las correspondientes entidades territoriales; y, 4) Que se celebren con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.**

El espíritu del Constituyente en este caso es claro: se establece un mecanismo jurídico para que las entidades de derecho privado, que reciban aportes del Estado y que persigan un fin de interés público o social -como es el caso de las fundaciones creadas en virtud del artículo 60. del Decreto 130 de 1976- cuenten con la posibilidad de seguir realizando las loables actividades que contribuyen al bienestar general. Es así como los contratos a los que se refiere el inciso segundo del artículo 355 superior, constituyen una garantía para la sociedad sobre el adecuado manejo de los dineros y bienes públicos, evitándose el riesgo de una desviación del interés público hacia el interés

²⁰ Corte Constitucional. Expediente D-3953. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º, 2º y 8º de la Ley 709 de 2001, “por medio de la cual se autoriza a la asamblea departamental del Guaviare para emitir la estampilla Pro-Hospitales del Departamento del Guaviare.” Actor: Gerardo José Sojo Jiménez. M.P. Álvaro Tafur Galvis. 3 de septiembre de 2002.

²¹ Corte Constitucional. Expediente D-7442. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º (parcial) de la Ley 36 de 1981. Demandante: Alexander Duque Acevedo. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. 13 de mayo de 2009.

hedonista. Por ello, el inciso comentado cambia el criterio de liberalidad por el de justicia, en el sentido de establecer un vínculo jurídico que obligue a la persona natural o jurídica que recibe los aportes, a cumplir con los términos del contrato y, a la vez, a someterse al control efectivo del Estado, tanto previo, de ejecución y posterior, con lo que se asegura el cumplimiento de la justicia distributiva, y la prevalencia del interés general. Además, debe señalarse que si las entidades sometidas a un régimen de derecho privado -como las fundaciones mixtas de que trata la norma acusada- no se vinculan y retribuyen a la sociedad de alguna forma, se contradiría en forma manifiesta el inciso primero del artículo 355 de la Carta, que prohíbe decretar donaciones o auxilios a tales entidades. La razón de ello es sencilla: si los bienes públicos tienen una destinación de interés general, propio -se insiste- de la justicia distributiva, entonces la norma acusada permite un contrasentido, pues el interés general se regularía con criterios privados, los cuales son propios, no de la ya referida justicia distributiva, sino de la conmutativa, es decir, de la que regula los intereses privados. (...)"

En el mismo sentido, el H. Consejo de Estado ha desarrollado una clara línea de interpretación de cual se destaca el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado del 30 de mayo de 2017²² -emitido antes del fallo de primera instancia- en el cual distingue entre convenio de asociación y contrato de apoyo como modalidades de contratación especial para desarrollar políticas gubernamentales, y también definió lo que se entiende como contraprestación directa, en los siguientes términos:

"... Los contratos estatales establecidos en el inciso segundo del artículo 355 del ordenamiento superior, se han considerado especiales por sus características y se han denominado comúnmente "contratos de apoyo a programas y actividades de interés público" o simplemente "contratos de apoyo". El Gobierno Nacional ejerció la facultad conferida por el artículo 355 constitucional, de reglamentación directa de la contratación especial prevista en ese artículo y con base en ella, expidió el Decreto 777 del 16 de mayo de 1992, "Por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política", modificado después por los Decretos 1403 de 1992 y 2459 de 1993. El Decreto 777 de 1992 reguló entonces, los contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro para impulsar programas y actividades de interés público, o más sencillamente, los contratos de apoyo. El artículo 1º de este estableció los requisitos y formalidades generales de tales contratos. (...) La Sala se ha pronunciado en varias oportunidades, sobre la reglamentación de los contratos de apoyo, contenida en el Decreto 777 de 1992 y sus modificatorios. Así, por ejemplo, en el Concepto No. 1129 del 16 de septiembre de 1998 se refirió a la característica de que las entidades públicas de los niveles nacional, departamental, distrital y municipal pueden celebrar dichos contratos "con recursos de los respectivos presupuestos" y deben tener como fin impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo. En el evento que impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, no constituyen contratos de apoyo, sino que se encuentran excluidos del régimen de estos, por disposición del numeral 1º del artículo 2º del citado decreto. (...) En síntesis, los organismos y entidades públicos de los niveles nacional, departamental, distrital y municipal pueden celebrar los contratos de apoyo de programas y actividades de interés público, establecidos

²² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación: 11001-03-06-000-2016-00221-00(2319) C.P.: Édgar González López. Actor: Ministerio del Interior

por el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución y reglamentados por el Decreto 777 de 1992 con sus modificatorios, los cuales tienen las siguientes características generales: 1. Deben constar por escrito (art. 1º Decreto 777/92). 2. Se deben sujetar a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, y la normativa del citado decreto (art. 1º ib.). 3. Pueden incluir las cláusulas exorbitantes o mejor, excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias (art. 1º ib.). 4. Se deben celebrar con recursos de los respectivos presupuestos, y por tanto, deben contar con el Certificado de Disponibilidad Presupuestal antes de la celebración del contrato, y después, con el Registro Presupuestal (arts. 7º y 14 ib.). 5. Se deben celebrar con entidades privadas sin ánimo de lucro, de reconocida idoneidad, entendida esta como “la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato” (art. 1º inciso tercero ib., modificado por el art. 1º Decreto 1403/92). Entidades constituidas por lo menos con seis (6) meses de antelación a la celebración del contrato, con su personería jurídica vigente y cuya duración no sea inferior al término del contrato y un (1) año más (arts. 12 y 13 ib.). 6. Se deben realizar con la finalidad de impulsar programas y actividades de interés público (art. 1º ib.). 7. Tales programas y actividades deben estar acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo (art. 355 Constitución). 8. Si el contrato es celebrado por una entidad descentralizada, debe contar con la autorización del representante legal de la entidad territorial respectiva o su delegatario en materia contractual (art. 4º ib., modificado por el art. 4º Decreto 1403/92). La misma autorización se requiere cuando una entidad fiduciaria deba celebrar el contrato por cuenta de una entidad pública (art. 5º Decreto 1403/92). 9. Se deben pactar garantías adecuadas de manejo y cumplimiento (art. 5º ib.). 10. Un interventor debe verificar la ejecución y cumplimiento del contrato (art. 6º ib.). 11. No hay vínculo laboral entre la entidad pública y el personal del contratista (art. 8º ib.). 12. En caso de incumplimiento del contratista, la entidad pública puede dar por terminado unilateralmente el contrato y exigir el pago de los perjuicios (art. 15 ib.).

(...) En el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, se prevé que los convenios de asociación se deben celebrar de acuerdo con el artículo 355 de la Constitución, y la Corte Constitucional en la sentencia citada, señala en qué consiste la referencia a la norma constitucional, para decir que no podrán consistir en auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado y se deberán celebrar con entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo. Sin embargo, se advierte que en el primer inciso del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se fijaron legalmente dos variantes, consistentes en que la norma dice expresamente que se podrán celebrar convenios de asociación “con personas jurídicas particulares”, lo cual significa que se refiere tanto a las personas jurídicas privadas con ánimo de lucro, vale decir, las sociedades comerciales, como a las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, y dispone que tales convenios se realizan “para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas (se alude a las entidades estatales) la ley”, de forma que el ámbito de aplicación legal de los mencionados convenios de asociación es más amplio que el establecido por el artículo 355 de la Constitución y reglamentado por el Decreto 777 de 1992 y sus decretos modificatorios. En una necesaria interpretación de la norma, habrá que entender que el segundo inciso cuando alude al artículo 355 de la Carta, está regulando los convenios de asociación celebrados con las entidades privadas sin ánimo de lucro, en los términos y con los requisitos descritos en ella. Por lo tanto, los convenios o contratos de asociación celebrados con otros contratistas diferentes a los previstos en la norma constitucional, se regularán, como regla general, por lo dispuesto en el primer inciso de este artículo 96, y por el Estatuto General de Contratación de la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, salvo norma legal especial en contrario. (...)

El Decreto 92 de 2017 constituye una nueva reglamentación de los llamados contratos de apoyo, la cual se empezará a aplicar desde el 1º de junio del presente año, y desarrolla los ámbitos de autonomía atribuidos por la Constitución bajo una interpretación restrictiva, como lo ha señalado la Corte Constitucional. En cuanto a los demás aspectos, este reglamento estará sujeto al principio de jerarquía normativa, en este caso, a las normas legales del Estatuto de Contratación.

(...) La consulta pregunta acerca de la diferencia entre los contratos de apoyo reglamentados por el Decreto 777 de 1992 y los convenios de asociación. Se pueden establecer las siguientes diferencias: 1ª) Los contratos de apoyo se celebran con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro. Los contratos de asociación se celebran con personas jurídicas privadas con o sin ánimo de lucro. 2ª) Los contratos de apoyo se celebran para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo. Los contratos de asociación se pueden celebrar con esa finalidad, pero también para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones asignadas legalmente a las entidades estatales. 3ª) Los contratos de apoyo se celebran con cargo al respectivo presupuesto de la entidad pública. En los contratos de asociación se deben determinar, como señala el inciso segundo del citado artículo 96, los “aportes” tanto de la entidad pública como de la persona jurídica particular. Se trata de dos modalidades especiales de contratos estatales: los contratos de apoyo reglamentados por el Decreto 777 de 1992 y sus decretos modificatorios y los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, sin que la diferencia sea por el origen de sus normas, sino por sus características y elementos normativos, debiéndose entender que las exclusiones (que no prohibiciones, como dice la cuarta pregunta) mencionadas en los numerales 1º y 5º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992, son para los contratos que este reglamenta: los contratos de apoyo.

(...) La consulta indaga en qué consiste “la contraprestación directa” mencionada en el numeral 1 del artículo 2º del Decreto 777 de 1992. Esta norma establecía lo siguiente: “Artículo 2º. Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto: 1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes. (...)”. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la palabra “Contraprestación” como “Prestación que debe una parte contratante por razón de la que ha recibido o debe recibir de la otra” y “Prestación” como “Cosa o servicio que alguien recibe o debe recibir de otra persona en virtud de un contrato o de una obligación legal”, de manera que una contraprestación directa en este caso, es el bien, obra o servicio que recibe directamente la entidad pública por causa de un contrato celebrado con una persona privada sin ánimo de lucro, lo cual significa que dicho contrato se encuentra excluido del régimen de los contratos de apoyo establecido por el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución y reglamentado por el Decreto 777 de 1992 y sus decretos modificatorios. (...) Se pregunta en este punto si el cumplimiento de una meta del plan de desarrollo de una entidad pública, podría considerarse como una contraprestación directa. La respuesta es afirmativa en la medida en que se beneficia directamente la entidad pública con dicha prestación realizada por la entidad privada sin ánimo de lucro.

Y, como la adecuación a los fines y la proporcionalidad a los hechos que sirven de causa a una decisión en materia disciplinaria no pueden ser apreciados en abstracto, sino que la medida de ello la brinda, entre otros elementos, la observancia de los derechos fundamentales establecidos, la actuación del servidor público y la tipificación

de la conducta como falta disciplinaria, ello implica un juicio de legalidad sobre la actuación disciplinaria buscando que sea realmente una herramienta del Estado para garantizar la obediencia, moralidad, disciplina, el comportamiento ético y la eficiencia de los servidores públicos en aras del cumplimiento de los fines del Estado y de la misma Institución.

De manera que, siendo incuestionable que los fallos disciplinarios constituyen actos administrativos expedidos con fundamento en la atribución legal del poder disciplinario del Ministerio Público, le corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa realizar un control judicial integral de la potestad disciplinaria ejercida por el operador natural de la sanción, es decir, que no es una extensión o tercera instancia del proceso disciplinario para hacer una nueva valoración de las pruebas sino solamente para verificar el cumplimiento de las garantías básicas procesales y derechos constitucionales del debido proceso, presunción de inocencia, o resolución de la duda en la recolección y práctica del acervo probatorio y la valoración que se haga del mismo.

Del caso concreto.

De la demanda y la fijación del litigio surtida en la audiencia inicial, se desprende que se acude a esta jurisdicción con el fin de obtener la nulidad de los fallos de primera y segunda instancia emitidos por la Personería de Bogotá, mediante los cuales sancionaron disciplinariamente a DIANA MABEL MONTOYA REINA con destitución del cargo de Alcaldesa Local de Rafael Uribe Uribe e inhabilidad general y, en consecuencia, se elimine el registro de la sanción y la inhabilidad para ejercer cargos públicos impuesta, así como la indemnización de los perjuicios por el daño antijurídico causado con la sanción.

Como la parte actora sostiene que la Personería de Bogotá carece de **competencia funcional** -defecto orgánico- para atacar la legalidad del contrato ya que el juez natural para analizarla es el juez contencioso administrativo a través del medio de control de controversias contractuales al abrir investigación disciplinaria para obtener la nulidad del contrato, entre otras consideraciones, colige este juez que aun cuando la contratación haya sido fijada en el plan anual, haya sido sometida al análisis del Comité de Contratación, no hayan sido investigados los miembros de dicho Comité, se haya considerado por la autoridad disciplinaria que el contrato no se rige por normas especiales sino por el estatuto general de la contratación, o no se haya compartido el precedente jurisprudencial invocado para sustentar la

imputación de cargo, entre otros aspectos, de ningún modo modifica o altera la competencia asignada por la Constitución (artículo 118) y la Ley (inciso final del artículo 3 de la Ley 734 de 2002) al ente de control distrital *sub lite* para investigar la conducta ejecutada por la demandante respecto de la celebración del convenio pluricitado, por ende, el defecto alegado no está llamado a prosperar.

Ahora, con relación al **debido proceso y el derecho defensa y contradicción**, el haz probatorio allegado legalmente al proceso permite colegir que la investigación disciplinaria IE-501355-2015 bajo examen, se origina en el informe que presentó el Personero Delegado para la Coordinación de Personerías Locales de la Personería de Bogotá por presuntas irregularidades en la escogencia de la modalidad de contratación a través del Convenio de Asociación 119 de 2012 y, por otro lado, que la **indagación preliminar** se adelantó en averiguación de responsables -mediante Auto 937 del 31 de julio de 2015- en la cual se determinó que la funcionaria implicada en los hechos denunciados podría ser la aquí demandante; en consecuencia, en el auto de pruebas 1238 del 21 de octubre de 2015 de la indagación preliminar, se vinculó formalmente a DIANA MABEL MONTOYA REINA, con oficio de citación para notificación del 28 de octubre de 2015. Que si bien no tiene constancia de notificación personal ni edicto, lo cierto es que la demandante solicitó copia del expediente y tuvo acceso al mismo desde el 10 de noviembre de 2015. Por tanto, se concluye que una vez identificada dentro de la indagación preliminar como presunta responsable de la falta, MONTOYA REINA fue vinculada y se notificó de la actuación por conducta concluyente, máxime cuando los oficios de pruebas fueron enviados a su despacho y confirió poder a su abogado de confianza el 4 de febrero de 2016²³.

Que se practicaron las pruebas pertinentes que dieron lugar a la apertura de la **investigación disciplinaria** en contra de DIANA MABEL MONTOYA REINA -por medio del Auto 0011 del 16 de enero de 2017- por “presuntas irregularidades surgidas con ocasión de la celebración del Convenio de Asociación 119...” y en particular por la figura jurídica o modalidad de la contratación que utilizó para cumplir con las funciones de la entidad pública; actuación en la cual se le imputó el **cargo único** consistente en que:

“**DIANA MABEL MONTOYA**, en su condición de Alcaldesa Local de Rafael Uribe Uribe, pudo ver comprometida su responsabilidad disciplinaria al haber suscrito el Convenio de Asociación 119 de 2012, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva que informan la actividad contractual, puesto que la ejecución del objeto contractual comprendía el

²³ Ver CD fl. 318, cuaderno 2, págs. 213, 247, 249 y 291.

aprovisionamiento de bienes y elementos, y a su vez, con el mismo se desarrollaba un cometido estatal, configurándose una clara contraprestación en favor de la alcaldía, situación a la que solo pudo arribarse a través de las modalidades de selección previstas por el legislador.” y a su vez, se resolvió adelantarla mediante el procedimiento verbal, formulándose el respectivo cargo.

Que en el citado auto la autoridad disciplinaria decidió adelantar el **procedimiento verbal** y citar a audiencia pública por considerar que se configuraba la regla señalada en el último inciso del artículo 175 de la Ley 734 de 2002 ya que estaban dados los requisitos sustanciales para formular cargos, esto es “(i) que esté objetivamente demostrada la falta y (ii) que exista prueba que comprometa la responsabilidad de la persona disciplinada²⁴; motivo por el cual al respecto se advierte al apoderado demandante que, de conformidad con la Sentencia **C -242 de 2010**²⁵ de la H. Corte Constitucional, entre otras²⁶, la posibilidad de variar el procedimiento inicial para faltas de trámite ordinario en aras de la celeridad, eficiencia y economía procesal, no viola los derechos al **debido proceso, defensa y contradicción, o de igualdad**.

De modo que, respecto a la censura que hace la parte actora en aspectos procesales o procedimentales adelantados por la autoridad disciplinaria de primera y segunda instancia, este juez encuentra que la Personería de Bogotá actuó acorde con los valores, principios, directrices tanto constitucionales como legales, así como lo señalado por el precedente jurisprudencial y, en la medida que el auto mencionado fue notificado mediante Edicto 152 fijado el 10 de febrero de 2017 y, finalmente, se llevaron a cabo las audiencias públicas con presencia del defensor, sin que la parte actora haya logrado demostrar las flagrantes faltas al debido proceso en que ocurrió la autoridad disciplinaria.

Tampoco se evidencia con la investigación disciplinaria adelantada por la Personería de Bogotá en primera y segunda instancia que esta hubiese tenido como origen o trasfondo un acto de **abuso o desvío de poder, persecución o discriminación** en contra de MONTROYA REINA como quiera que la actuación *sub examine* no permite establecer el móvil que llevó a dichas autoridades a adelantar una actuación disciplinaria al margen del fin establecido en el ordenamiento jurídico constitucional y legal, pues, estima este juez, no es suficiente acudir a inferencias

²⁴ Ver C. 242 de 2010.

²⁵ Corte Constitucional. Expediente D-7852. Demanda de inconstitucionalidad: del artículo 175, Ley 734 de 2002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único.” Demandante: Diego Alberto Zuleta García. M. P.: Mauricio González Cuervo. 7 de abril de 2010.

²⁶ Ver C-370 de 2012 y C-512 de 2013.

lógicas para probar su existencia sino que se requiere que la parte actora hubiese suministrado o mostrado los hechos indicadores que permiten verificar tal situación.

En todo caso, como el cargo que finalmente le efectuó la Personería de Bogotá a DIANA MABEL MONTOYA REINA en la investigación disciplinaria se fundó en el desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva y de la exclusión prevista en el numeral 1 del artículo 2 del Decreto Reglamentario 777 de 1992, modificado por el Decreto 1403 de 1992 y por el Decreto 2459 de 1993, vigentes para la época de los hechos -que reglamenta el artículo 355 Constitucional- al suscribir el Convenio de Asociación 119 de 2012 entre el Fondo de Desarrollo Local de la Alcaldía local Rafael Uribe Uribe con la Corporación VOLVER A LA GENTE, al concluir que este objeto contractual constituye una de las excepciones previstas a la regla general de los convenios de asociación, pues, el aporte económico realizado por la Corporación es una “contraprestación directa” que recibió la Alcaldía Local de Rafael Uribe Uribe para el suministro de bienes, elementos y servicios (honorarios, valor de aportes a salud y pensión, kits para trabajo, papel periódico, marcadores, libretas, carpetas, etc.), entre otros aspectos, liberándose de sus obligaciones y acudiendo a un intermediario de la Administración para satisfacer necesidades propias de la entidad, este juez se pregunta ¿La interpretación que hizo el operador disciplinario de las normas contractuales precitadas en el *sub judice* es la correcta? Yendo un poco más allá ¿Es legítimo que la autoridad disciplinaria imponga en sus decisiones un único criterio de interpretación correcta de la legislación contractual estatal, cuando sobre el asunto no existe precedente judicial unificado? ¿Se honra el principio de legalidad cuando los operadores disciplinarios en sus decisiones acuden a conceptos o la disanalogía para efectos de realizar procesos de adecuación típica, ilicitud sustancial, culpabilidad y, por ende, imponer sanciones de carácter disciplinario?

En ese sentido el despacho reiterará en esta oportunidad la tesis de que la autoridad disciplinaria, en ausencia de precedente judicial aplicable al caso, carece de legitimidad para definir en un proceso disciplinario la interpretación única, exclusiva o correcta de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias; en este evento, sobre la normatividad correcta aplicable en determinados procesos de contratación estatal ya que debe observar que esa potestad en principio está en cabeza del legislador (numeral 1 del artículo 150 constitucional), en la H. Corte Constitucional (numeral 4 del artículo 241 y 243 constitucionales) y en el H. Consejo de Estado (en los términos del condicionamiento que le efectuara la H. Corte Constitucional al artículo 10 del CPACA en la sentencia C-634 de 2011).

En otras palabras el operador disciplinario no debe, en una actuación disciplinaria, entre varias interpretaciones posibles de una disposición legal imponer o definir cuál es la interpretación correcta porque desconoce infundadamente los principios de la **buena fe** con la que deben actuar las autoridades; afecta la **celeridad** administrativa de las autoridades porque las obliga, no solamente a seguir el precedente judicial constitucional y contencioso administrativo para adelantar procesos de contratación estatal, sino también a verificar el proceder de la autoridad disciplinaria²⁷ y, en especial, si estas decisiones están en consonancia con el precedente judicial vigente; se afecta gravemente el derecho a la **igualdad** porque una misma situación fáctica puede tener resultados disciplinarios diversos; para el caso, ¿Todas las investigaciones disciplinarias que se surtieron porque las autoridades celebraron convenios de asociación para adelantar políticas de protección de la población en Bogotá, o en todo el país, tuvieron el mismo resultado? Pregunta que lamentablemente no puede ser resuelta de forma generalizada, sin embargo, existe evidencia de otros fallos (aportados al proceso) en los que la misma entidad absolvió a otros alcaldes y otros en los que la Procuraduría General de la Nación absolvió de responsabilidad disciplinaria a un alcalde municipal en Tunja, en segunda instancia²⁸.

Es decir, el **principio de legalidad** que rige el proceso disciplinario, no autoriza al operador disciplinario que previo la existencia de un precedente judicial consolidado o la emisión de sentencias de unificación jurisprudencial que definan cuál es la interpretación exclusiva y excluyente de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias respecto a cómo debe ser interpretado determinado tópico, en este caso, respecto a si los convenios de asociación para la protección de los derechos de una población discriminada en aras de la igualdad y equidad de género deben regirse por la legislación *especial* del Decreto 777 de 1992 y sus modificaciones, o por la *general* de la contratación estatal contenida en Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, porque se expone a emitir decisiones disciplinarias dispares sobre un mismo asunto.

El que en esta oportunidad el operador disciplinario, para efectos de estructurar el cargo único formulado a DIANA MABEL MONTOYA REINA, se apoyó básicamente

²⁷ Obsérvese que para el momento de celebrarse el convenio de asociación bajo estudio no existían decisiones disciplinarias ejecutoriadas que indicaran su improcedencia.

²⁸ Ver Procuraduría General de la Nación, Radicación: 161 – 6389 (IUS - 2012 – 360445 IUC-2012-652-559538). Disciplinado: Fernando Flórez Espinosa y José Fernando Camargo Beltrán.

en conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado como el 1616 de 2005, el 1710 de 2006 o el 1911 del 2008 y lo establecido en algunas cláusulas contractuales del convenio de marras, no puede significar que en definitiva esa interpretación sea la única o la correcta ya que esta no encuentra mayor respaldo en el concepto emitido por la misma Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado del 30 de mayo de 2017, antes transcrito en extenso, máxime cuando dichos conceptos no son vinculantes (inciso 2 del artículo 112 del CPACA), y la sentencia del 28 de mayo de 2015 de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado²⁹, destaca que resulta crucial para determinar si nos encontramos frente a un convenio de asociación establecer si la **prestación** a cargo del contratista está encaminada directamente al beneficio de la comunidad.

De manera que el concepto de “**contraprestación directa**” aplicado en el *sub judice* fue mal interpretado o utilizado por el operador disciplinario porque desnaturalizó el convenio de asociación de marras al no darle trascendencia al hecho que el convenio no representaba para la Corporación VOLVER A LA GENTE ni para la Alcaldía Local de Rafael Uribe Uribe utilidad o ganancia alguna -no había *animus lucrandi*-, es decir, no se trataba de un contrato oneroso en el que la Corporación por apoyar a la Administración, cumplir con unas obligaciones, o colaborar con la prestación de un servicio a cargo de la Alcaldía Local, haya recibido a cambio de tal labor suma alguna a título de “contraprestación”, máxime cuando esta debía aportar en especie la suma de \$8.303.030.00, representados en Diseños y Artes finales de las piezas de comunicación, producción de referentes fotográficos y dispositivos de pedagogía social; aspectos esenciales o centrales de contrato de *ut supra*.

En ese sentido la Personería de Bogotá cometió el grave error de confundir que la Corporación al apoyar la **prestación** de un servicio que beneficia a la población LGBTI de esta localidad, y la sensibilización y visibilización de sus derechos, o hacer aportes con tal fin, estaba recibiendo una **contraprestación** por un servicio prestado si se observa lo expuesto y el Concepto de la Sala de Consulta del Servicio Civil del 30 de mayo de 2017, emitido antes del fallo de primera instancia.

De manera que el operador disciplinario en el *sub judice* no honró el principio de legalidad al desestructurar el convenio, porque tomó algunas cláusulas individual y aisladamente pactadas, para inferir que se debieron celebrar diversos contratos onerosos y, por esa vía, llegó a la conclusión de que los encuentros, talleres, mesas

²⁹ Radicado 2005 4718.

de trabajo, piezas comunicativas, obtención de espacios físicos, contratación de recurso humano, refrigerios, materiales de trabajo e instrucción de personal etc., -actividades que componen el objeto contractual- no pueden operar a través de convenios de asociación o contratos de apoyo, por tanto, con su interpretación nos pretende llevar a que la implementación de la política gubernamental para el ejercicio pleno de los derechos de las personas LGBTI se deba realizar mediante la celebración de contratos onerosos, fragmentados y sin la colaboración que pueden prestar las entidades sin ánimo de lucro, quienes están dispuestas a contribuir con importantes recursos.

Dicha interpretación jurídica no se comparte por el suscrito juez, ya que la autoridad disciplinaria *sub judice* confunde **prestación** con **contraprestación**, desconoce la reglamentación especial que tiene ese tipo de alianzas con entidades sin ánimo de lucro, y el efecto inútil que se le debe dar a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias examinadas. Es decir, no probó que se tratara de un convenio de asociación simulado y lo desestructuró indebidamente para llegar a esa conclusión, en lenguaje metafórico, se dedicó mirar árboles olvidándose del bosque.

En la medida que le correspondía a la autoridad dentro de la actuación disciplinaria probar el carácter oneroso del convenio *sub lite*, o que la Corporación VOLVER A LA GENTE recibió algún tipo de contraprestación, beneficio o ganancia -pues en ninguna cláusula del convenio se estableció el reconocimiento de pago de suma alguna como contraprestación a los servicios prestados, o el cumplimiento o ejecución de las obligaciones pactadas, o las donaciones realizadas a favor Distrito Capital-, pues solo se limitó a discriminar los elementos adquiridos -básicos para llevar a cabo las actividades programadas- y que este juez considera que el hecho que le correspondiera a la Corporación VOLVER A LA GENTE realizar la coordinación técnica de las gestiones como contratar personal capacitado y de apoyo para cumplir con sus obligaciones, adquirir bienes y enseres para atender las capacitaciones (alimentación, kits de trabajo, etc.), entre otros, no pueden ser tomados como actividades con las cuales se estaba lucrando la Alcaldía ni la misma Asociación, porque son simplemente gastos o costos que se generaban para poner en funcionamiento el programa, por tanto, esos costos o gastos no son ninguna "contraprestación directa" a favor del ente territorial involucrado o la Asociación, que por cierto, está dedicada a procesos de comunicación participativa para el desarrollo comunitario de los trabajadores.

Los aportes que en especie debía hacer la Corporación pluricitada, según los compromisos del convenio de apoyo objeto de análisis, bajo ningún punto de vista son una “contraprestación directa” a favor del ente estatal en cita, ya que son una **contribución** o **donación** a favor del Distrito Capital y nunca una retribución por los servicios prestados por la Corporación VOLVER A LA GENTE; circunstancia que por demás permite demostrar el carácter gratuito del convenio celebrado por la demandante en representación de la Alcaldía Local de Rafael Uribe Uribe. Es un verdadero despropósito inferir que las contribuciones o donaciones que hacen las fundaciones o corporaciones sin ánimo de lucro a favor de los entes territoriales a través de los convenios de asociación son una “contraprestación directa”.

En consecuencia, en el presente evento la Personería de Bogotá carecía de los elementos fácticos, probatorios, jurídicos y jurisprudenciales para concluir que el convenio de asociación *sub judice* debía ser celebrado bajo las reglas de la legislación general para la celebración de contratos estatales, y no la especial alegada en las decisiones disciplinarias por el extremo activo, porque el concepto de “contraprestación directa” no fue semánticamente utilizado de forma correcta; por ende, como el cargo único formulado a DIANA MABEL MONTOYA REINA en la investigación disciplinaria presenta graves errores de hecho y derecho que dejan sin fundamento el proceso de adecuación típica, la ilicitud sustancial de la conducta y el grado de culpabilidad endilgado, por contera, se configura la causal de **falsa motivación**.

Así, acorde con la situación fáctica y el acervo probatorio legalmente allegado al proceso, en las decisiones de primera y segunda instancia *ut supra*, las autoridades disciplinarias erraron al imputarle a la entonces Alcaldesa Local de Rafael Uribe Uribe la falta disciplinaria de “Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal” de que trata el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por la suscripción del Convenio de Asociación 119 de 2012 con desconocimiento de la ley y quebranto de los principios de la función administrativa y selección objetiva por estar demostrado que no constituyen la falta disciplinaria imputada, según las consideraciones efectuadas.

Son las anteriores disquisiciones las que llevan a este juez, en esta oportunidad, a que se acojan en buena medida los argumentos expuestos por quienes representan los intereses de la parte actora y el Ministerio Público, toda vez que cuestionaron el

fundamento legal de la imputación efectuada a la demandante, ya que se logró establecer que las valoraciones conclusivas que hicieron los operadores disciplinarios del acervo probatorio recolectado en el proceso *ut supra*, tanto en primera como segunda instancia, ante la ausencia de un precedente judicial consolidado o unificado sobre la normatividad aplicable, no están acordes al contexto de los hechos y el derecho; razón por el cual los actos acusados se encuentran viciados de nulidad por **falsa motivación**, ya que no se observa incumplimiento de las funciones de la Alcaldesa Local de la Localidad Rafael Uribe Uribe, ni violación a los principios rectores de la función administrativa con la suscripción del convenio de asociación pluricitado, entre otros aspectos.

En consecuencia, se ordenará la **nulidad** de los actos administrativos acusados, incluyendo el de ejecución y, **a título de restablecimiento del derecho**, la eliminación del registro de la sanción de destitución del cargo de Alcalde Local, Código 030, Grado 05 de la Alcaldía Local de Rafael Uribe Uribe, e inhabilidad general por el término de diez (10) años de DIANA MABEL MONTOYA REINA ante las autoridades competentes como la Personería de Bogotá, la Procuraduría General de la Nación y la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., entre otras.

Como de los hechos y pretensiones de la demanda se establece que cuando se ejecutó la sanción de destitución la demandante no estaba vinculada como empleada pública, se infiere que es la razón por el cual no se suplicó, a título de restablecimiento del derecho, el reintegro al cargo y el pago de perjuicios materiales -pago de salarios y prestaciones dejados de devengar por la demandante-, máxime cuando su formación profesional y experiencia laboral le permitían desempeñarse en el sector privado o como profesional independiente una vez se desvinculó de la administración distrital.

Sin embargo, como se reclamó en las pretensiones de la demanda el reconocimiento y pago de **perjuicios morales**, para tasarlos se tendrá como referente la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 de la Sala Plena de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado³⁰, causa por el cual como la sanción de destitución e inhabilidad general por diez (10) años para ejercer cargos públicos tuvo como sustento una falsa motivación, se afectó públicamente la dignidad, honra, buen nombre y acceso a cargos públicos de DIANA MABEL MONTOYA REINA al momento de ejecutarse la

³⁰Radicación 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251), C. P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Actor: Ana Rita Alarcón Vda. de Gutiérrez y Otros. Demandado: Municipio de Pereira. Referencia: Acción de Reparación Directa.

decisión disciplinaria, razón por el cual se condenará a la Personería Distrital a reconocer y pagarle la suma de treinta (30) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de materializar el pago en consideración a que, a la fecha, no se ha agotado totalmente el periodo de inhabilidad.

Igualmente, como parte del resarcimiento de los perjuicios morales, con carácter simbólico, se ordenará a la Personería de Bogotá convocar a una rueda de prensa en la que ofrezca disculpas públicas por haber sancionado a DIANA MABEL MONTOYA REINA, por la celebración del Convenio de Asociación 119 de 2012, con base en motivos falsos, y publicar en la página web de la entidad la presente sentencia, una vez cobre ejecutoria, durante un (1) año, dado lo peticionado por el extremo activo en las pretensiones de la demanda.

La demandada deberá dar aplicación a lo ordenado en el inciso 3 del artículo 192 y el inciso 4 del artículo 195 del C.P.A.C.A., siempre que se estructuren los supuestos fácticos allí establecidos.

Dado que no aportó documentos, dictámenes y demás medios probatorios sobre la afectación a la salud (tristeza, depresión o congoja) y la vida de relación de MONTOYA REINA, y en especial su nexo causal con las sanciones impuestas, no se condenará a la demandada por dichos perjuicios.

Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP., no se condenará en costas a la parte vencida porque las pretensiones de la demanda han prosperado de manera parcial.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Treinta Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, D.C. – Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

RESUELVE:

Primero.- Declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en el Fallo Disciplinario de Primera Instancia 0902 del 10 de octubre de 2017, proferido por el Personero Delegado para la Coordinación de Asuntos Disciplinarios; el Fallo Disciplinario de Segunda Instancia 100 del 19 de febrero de 2018, emitido por la Personera de Bogotá, mediante los cuales se declaró probado el cargo único

formulado a DIANA MABEL MONTOYA REINA en calidad de Alcaldesa Local de Rafael Uribe Uribe; y la Resolución 022 del 5 de abril de 2018, por el cual la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, D.C., ejecutó la sanción disciplinaria, de conformidad con lo expuesto.

Segundo.- Ordenar, a título de restablecimiento del derecho, a la PERSONERÍA DE BOGOTÁ, D.C., eliminar el registro que tenga de la sanción de destitución e inhabilidad general por diez (10) años impuesta a DIANA MABEL MONTOYA REINA, identificada con C.C. 52149537. En ese mismo sentido deberá actuar la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, D.C., de conformidad con expuesto en esta sentencia.

Tercero.- Por Secretaría del Juzgado, oficiar a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación para que inscriba esta decisión en el Sistema de Información de Registro de Sanciones e Inhabilidades (SIRI) y, en consecuencia, elimine la anotación de las sanciones disciplinarias impuesta a DIANA MABEL MONTOYA REINA, identificada con C.C. 52149537 dentro de la investigación con Radicado IE501355-2015, conforme con lo expuesto en esta providencia.

Cuarto.- Ordenar, a título de indemnización de perjuicios morales, a la Personería de Bogotá reconocer y pagar a DIANA MABEL MONTOYA REINA la suma de treinta (30) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de materializar el pago por concepto de perjuicios morales, por los motivos considerados en esta sentencia.

Quinto.- Ordenar, como parte del resarcimiento de los perjuicios morales, a la Personería de Bogotá realizar una rueda de prensa con los fines señalados en la parte motiva, y publicar en la página web de la entidad presente sentencia, ambas actuaciones a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de la misma, acorde con lo expuesto.

Sexto.- Ordenar a la demandada dar aplicación a lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 192 y numeral cuarto del artículo 195 del C.P.A.C.A.

Séptimo.- Sin condena en costas.

Octavo.- Denegar las demás súplicas de la demanda.

Noveno.- Ejecutoriada esta sentencia, por Secretaría del Juzgado, remítase a la demandada para su cumplimiento como lo indican los incisos finales de los artículos

192 y 203 del C.P.A.C.A., expídase copia auténtica de la sentencia con constancia de ejecutoria de la presente providencia y del poder a las partes, con los fines legales pertinentes. Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si lo hubiere y, archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR DOMINGO QUINTERO ARGÜELLO

Juez

KMRJ

Firmado Por:

OSCAR DOMINGO QUINTERO ARGUELLO

JUEZ

**JUEZ - ORAL 030 DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA
D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

9e5a54c3be81c3846358d11b7284d48d8fe8d3ed17b8b56e41c2e1a29d5063ee

Documento generado en 31/07/2020 08:34:41 a.m.