



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

Consejera Ponente: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 20 de septiembre de 2018.

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación: 680012333000201400988 01 (3301-2017)
Demandante: RICARDO LUIS OVALLE ELÍAS.
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL– POLICÍA NACIONAL.
Trámite: APELACIÓN SENTENCIA - LEY 1437 DE 2011.
Asunto: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONTRA FALLOS DISCIPLINARIOS QUE SANCIONARON A UN POLICÍA CON DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL POR EL TÉRMINO DE DOCE (12) AÑOS.
Decisión: REVOCAR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA QUE MODIFICÓ LA SANCIÓN DISCIPLINARIA IMPUESTA AL DEMANDANTE Y EN SU LUGAR ANULAR LA SANCIÓN DISCIPLINARIA.

FALLO SEGUNDA INSTANCIA.

El proceso de la referencia viene con informe de la Secretaría de 6 de abril de 2018¹, y cumplido el trámite previsto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo², procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Policía Nacional – *en calidad de demandada*- contra la sentencia de 12 de diciembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda y sus fundamentos³.

Por conducto de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011⁴, el señor Ricardo Luis Ovalle Elías solicitó la nulidad de los fallos disciplinarios de 25 de noviembre y 11 de diciembre del 2013⁵ proferidos por la Oficina Control Disciplinario Interno del Departamento de Policía del Magdalena Medio y la Inspección General de la Policía Nacional, respectivamente, a través de los cuales fue sancionado con destitución e inhabilidad general por el término de doce (12) años.

¹ Folio 243 del cuaderno principal 1°.

² Ley 1437 de 2011, artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: (...).

³ Folios 2 al 14 del cuaderno principal 1°.

⁴ Ley 1437 de 2011, artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. (...).

⁵ Folios 155 del cuaderno principal 1°.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, el demandante solicitó condenar a la Policía Nacional a: i) cesar todos los efectos propios de la sanción disciplinaria, ii) reconocer y pagar sin solución de continuidad todas las sumas correspondientes a salarios, primas, reajustes o aumentos de sueldo debidamente indexadas, desde la fecha de su desvinculación y hasta que se produzca el reintegro, iii) reconocer y pagar la indemnización a la cual tenga derecho, iv) pagar las costas procesales y, v) cumplir la sentencia dentro del término establecido en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Así mismo, solicitó la suspensión provisional de los actos administrativos atacados, para que se ordene el reintegro provisional a la Policía Nacional hasta tanto se dicté una decisión judicial de fondo.

A continuación la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por el apoderado del demandante, así:

Afirmó el apoderado que el demandante prestaba sus servicios a la Policía Nacional, en el cargo de patrullero de vigilancia⁶ y asignado como conductor del CT. MEJÍA - Comandante del Primer Distrito del Departamento de Policía del Magdalena Medio DEMAM-.

Indicó que el mencionado Comandante mediante la Orden de servicio 007 de 5 de febrero de 2012⁷ le asignó al demandante la misión de brindar acompañamiento a unos vehículos que transportarían desde Barrancabermeja hasta Bucaramanga una mercancía “chatarra” de propiedad de un ciudadano.

⁶ En el Departamento de Policía del Magdalena Medio.

⁷ Se origina de una solicitud elevada por el señor César Pinilla Henao, previamente radicada ante la Policía Nacional, petición recibida por el Capitán Mejía.

Manifestó el apoderado que como consecuencia de lo anterior al demandante: **i)** se le abrió investigación penal, **ii)** le fue expedida Orden de captura No. 160513619 de 22 de agosto de 2012 por el Fiscal Primero Estructura de Apoyo de Barrancabermeja⁸ y, **iii)** fue desvinculado por retiro discrecional del servicio activo en la Policía Nacional mediante la Resolución 000310 de 25 de agosto de 2012 proferida por el Comandante de Policía del Magdalena Medio⁹; todo esto al haberse descubierto que la mercancía que había escoltado fue extraída ilegalmente de las instalaciones de la refinería ECOPETROL S.A.

Sostuvo que posteriormente en contra del demandante, por presión de los medios de comunicación la Oficina Control Disciplinario Interno DEMAM mediante: i) auto de 27 de agosto de 2012¹⁰ dio apertura a indagación preliminar, ii) auto de 27 de febrero de 2013¹¹ dio apertura a investigación disciplinaria y, iii) fallo de primera instancia¹² de 25 de noviembre de 2013 lo sancionó con destitución e inhabilidad general por el término de doce (12) años, al encontrarlo responsable de haber cometido a título de dolo, la falta gravísima consagrada en artículo 34 (numeral 27) de la Ley 1015 de 2006¹³ que consiste en ausentarse del lugar donde preste el servicio sin permiso, por cuanto *la orden de servicio 007 de 5 de febrero de 2012 proferida por el CT. MEJÍA - Comandante del Primer Distrito del Departamento de Policía del Magdalena Medio DEMAM, era ilegítima dado que éste funcionario no tenía*

⁸ Por los delitos de hurto calificado y agravado en concusión con daño informático, falsedad ideológica en documento público y otros delitos.

⁹ “Mediante la cual se resuelve retirar del servicio activo de la Policía Nacional, por voluntad de la Dirección General de conformidad con lo establecido en el artículo 4° Parágrafo 1° de la Ley 857 del 26 de diciembre de 2003 y artículo 62 del Decreto-Ley 1791 de 2000”. Folios 108 al 111 del cuaderno principal 1°.

¹⁰ Folios 24 al 26 del cuaderno principal 1°.

¹¹ Folios 36 al 40 del cuaderno principal 1°.

¹² Folio 155 CD. del cuaderno principal 1°.

¹³ “Artículo 34. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: 27. Ausentarse del lugar de facción o sitio donde preste su servicio sin permiso o causa justificada”.

competencia para expedirla¹⁴, y en consecuencia no debía haberla obedecido.

Señaló que el demandante presentó recurso de apelación contra el fallo disciplinario de primera instancia, el cual fue resuelto por el Inspector Delegado Región Cinco de Policía Nacional (E) mediante fallo de segunda instancia de 11 de diciembre de 2013¹⁵ confirmando en su integridad la sanción disciplinaria, decisión que fue notificada el 27 de diciembre de 2013¹⁶ y ejecutada el 28 del mismo mes y año.

1.2. Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante citó como vulneradas las siguientes disposiciones:

- Los artículos 4, 5, 13, 29, 53, 125, 209 y 220 de la Constitución Política.
- Los artículos 2, 3 y 36 del Código Contencioso Administrativo.

Como concepto de violación, el apoderado del demandante señaló lo siguiente:

Falsa motivación, desviación de poder y vulneración de una norma superior.

Señaló el apoderado del demandante que la investigación disciplinaria no tuvo como fin el reproche de una falta sino el afán de mostrar resultados y proteger la imagen de la entidad demandada ante la existencia de un proceso penal y una orden de captura.

¹⁴ Falta de competencia territorial, dado que el Comandante del Primer Distrito del Departamento de Policía del Magdalena Medio DEMAM no tiene competencia para ordenar traslados de personal uniformado al municipio de Bucaramanga.

¹⁵ Folios 155 CD. del cuaderno principal 1º.

¹⁶ Folio 51 del cuaderno principal 1º.

Indicó que no podía exigírsele al demandante incumplir la orden que le fue dada el 5 de febrero de 2012¹⁷ por el CT. MEJÍA, por cuanto había sido emitida por un oficial de rango superior, mediante el trámite interno correspondiente, y teniendo en cuenta que éste no estaba en condición de conocer todas las facultades y competencias del mencionado funcionario.

Vulneración del derecho al debido proceso.

Sostuvo el apoderado que al demandante se le vulneraron los derechos al debido proceso y a la defensa, en el sentido que no le fueron otorgadas las garantías del debido proceso, por cuanto la entidad demandada inició el proceso disciplinario con el objetivo de sancionar sin tener en cuenta la existencia o no de la responsabilidad del investigado.

1.2 Contestación de la demanda¹⁸.

La Policía Nacional contestó la demanda, a través de apoderado judicial, oponiéndose a las pretensiones del libelo, con los siguientes argumentos:

Manifestó que la entidad demandada es completamente autónoma de las decisiones proferidas por la Fiscalía General de la Nación¹⁹ y de la Rama Judicial²⁰, así las cosas y en vista que el accionante se encontraba inmerso en una investigación penal, era imposible que permaneciera como miembro activo de la institución policial, por ende se tomó la determinación de retirarlo del servicio por la causal de “Voluntad de la Dirección General”, de

¹⁷ Trasladándose en servicio de escolta de unos vehículos desde Barrancabermeja hasta Bucaramanga.

¹⁸ Folio 101 al 106 del cuaderno principal 1°.

¹⁹ Solicitud de orden de captura.

²⁰ Orden captura y medida de aseguramiento.

conformidad con lo señalado en el Decreto Ley 1791 de 2000 y la Ley 857 de 2003²¹.

Sostuvo que la autoridad disciplinaria garantizó el derecho a la defensa y al debido proceso del ahora demandante y más aún cuando éste lo reconoce en la demanda donde sostiene las actuaciones²² que realizó desde la apertura de la investigación disciplinaria hasta la Resolución 0309 de 24 de enero de 2014 que ejecuta la sanción impuesta.

1.3 La sentencia apelada²³.

El Tribunal Administrativo de Santander, mediante sentencia de 12 de diciembre de 2016 accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda²⁴ en el sentido de anular los actos disciplinarios de destitución y en su lugar

²¹ “Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto-ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones. ARTÍCULO 4o. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL. Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional para el caso de los Suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los Suboficiales. (...) PARÁGRAFO 1o. La facultad delegada en los Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación a que se refiere el inciso anterior se aplicará para los casos de retiro del personal Nivel Ejecutivo y agentes bajo su mando, a que se refiere el artículo 62 del Decreto-ley 1791 de 2000. PARÁGRAFO 2o. Los funcionarios competentes serán responsables por la decisión que adopten de conformidad con la Constitución y la ley”.

²² Al sancionado se le permitió ser asistido por un apoderado judicial, aportar pruebas, ampliar la declaración sobre los hechos, interrogar a los testigos y controvertir la conducta disciplinable que le fue endilgada.

²³ Folio 188 al 201 del cuaderno principal 1°.

²⁴ “Declaró la nulidad parcial de los fallos disciplinarios de 25 de noviembre y 11 de diciembre de 2013 proferidos por el Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario del Departamento de Policía del Magdalena Medio y la Inspección Delegada Regional Cinco de la Inspección General de la Policía Nacional, respectivamente, que declararon responsable al señor Ricardo Luis Ovalle Elías de la falta gravísima prevista en el artículo 34 #27 de la Ley 1015 de 2006 y le sancionaron con destitución del cargo e inhabilidad general por 12 años. Y en su lugar declarar disciplinariamente responsable al señor Ricardo Luis Ovalle Elías de haber cometido la falta disciplinaria grave a título de culpa gravísima consistente en la extralimitación de sus funciones (art. 50 del CDU y 37 de la Ley 1015 de 2006), cuando se desempeñó como escolta el 5 de febrero de 2012 en jurisdicción del Departamento de Policía de Santander, función ajena a su competencia funcional y territorial. Como sanción disciplinaria se le impone multa por el equivalente a dos (2) meses y siete (7) días de la última asignación básica percibida”.

imponer multa de 2 meses y 7 días de la última asignación básica recibida, y condenó en costas a la parte demandada, con base en los siguientes argumentos:

Señaló que el demandante no cometió a título de dolo la falta gravísima consagrada en el artículo 34 numeral 27 de la Ley 1015 de 2006 *-ausentarse del lugar de facción o sitio donde preste su servicio sin permiso o causa justificada-* que daba lugar a destitución e inhabilidad, en la medida en que no se acreditaron los elementos estructurales del tipo ni el mencionado nivel de culpabilidad.

Indicó que, por el contrario el demandante incurrió en un incumplimiento de sus deberes *-artículos 50 de la Ley 734 de 2002²⁵ y 37 de la Ley 1015 de 2006²⁶*, al realizar una función policial que no estaba asignada y por fuera de la jurisdicción del Departamento de Policía al que se encontraba adscrito, que daba lugar a la imputación de una falta grave a título de culpa gravísima que tiene como sanción multa.

Afirmó que en el presente caso, la sanción a imponer al demandante de acuerdo con la nueva tipificación y estimación de culpabilidad sería la sanción de suspensión e inhabilidad especial de 2 meses y 7 días, sin embargo como éste para el momento de la expedición del fallo disciplinario ya había sido desvinculado de la institución por retiro discrecional del servicio

²⁵ “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Artículo 50. Faltas graves y leves. Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley. (...)”

²⁶ “Por medio de la cual se expide el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional. Artículo 37. Otras faltas. Además de las definidas en los artículos anteriores, constituyen faltas disciplinarias la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, las prohibiciones, el abuso de los derechos o el incumplimiento de los deberes contemplados en la Constitución Política, los tratados públicos ratificados por el Gobierno colombiano, las leyes y los Actos Administrativos. (...)”.

activo, en aplicación del artículo 43 numeral 3° de la Ley 734 de 2002²⁷ ésta debe convertirse en multa de 2 meses y 7 días de la última asignación básica recibida.

Respecto al cargo de la vulneración a los derechos de defensa y al debido proceso, se estableció que el demandante contó con las garantías procesales expuestas en la Ley 734 de 2002, por ende la solicitud no ésta llamada a prosperar.

Finalmente, bajo el criterio objetivo, condenó en costas a la parte demandada, porque el demandante no estaba en la obligación de iniciar el proceso contencioso administrativo para obtener una sanción justa – *suspensión y no destitución*-, pues la administración pudo en el proceso administrativo disciplinario haber impuesto el menor correctivo de haber analizado con mayor atención los elementos estructurales del tipo disciplinario y de la culpabilidad imputada.

1.4 El recurso de apelación²⁸.

El apoderado de la entidad demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia de 12 de diciembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, con los siguientes argumentos:

²⁷ “Artículo 46. Límite de las sanciones. (...) La suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses. Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial. La multa no podrá ser inferior al valor de diez, ni superior al de ciento ochenta días del salario básico mensual devengado al momento de la comisión de la falta (...).”

²⁸ Folios 205 al 207 del cuaderno principal 1°.

Afirmó la entidad apelante que el *A quo* se atribuyó una facultad disciplinaria que no le correspondía, al modificar la sanción impuesta *-de destitución e inhabilidad por el término de 12 años a una multa equivalente a 2 meses y 7 días de la última asignación básica percibida-*, pues la Constitución Política le otorgó exclusivamente tal competencia a la Procuraduría General de la Nación y a los entes de control interno disciplinario de cada una de las entidades estatales, más no a los jueces de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Señaló que el *A quo* erró al determinar que el demandante debía ser sancionado por una falta grave a título de culpa grave *-y no por una falta gravísima a título de dolo como se señaló en el acto acusado-*, pues éste al conocer los reglamentos de la institución policial, sabía que la Orden de Servicio 007 de 5 de febrero de 2012, no podía ser proferida por el Comandante del Primer Distrito del Departamento de Policía del Magdalena Medio DEMAM, al no ser acorde con el manual de funciones expedido por la Policía Nacional y en consecuencia, no estaba obligado a acatarla.

1.5 Alegatos de segunda instancia.

1.5.1. Parte demandada²⁹.

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, en el sentido que el actuar del disciplinado no fue acorde a las directrices impartidas durante todo el proceso de formación y contravienen de manera concreta lo señalado en la Ley 1015 de 2006 mediante la cual se regula el régimen disciplinario de la Policía Nacional.

²⁹ Folios 236 al 242 del cuaderno principal 1°.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico.

Atendiendo a los argumentos planteados en el fallo de primera instancia y en el escrito de apelación de la parte demandada, corresponde a la Sala determinar:

- a. ¿Si, el juez contencioso administrativo, es competente para modificar las sanciones impuestas por la autoridad disciplinaria en el acto administrativo sancionatorio?
- b. ¿Si, la conducta imputada al demandante en los actos administrativos acusados, puede ser calificada como falta gravísima a título de dolo – *como lo estableció la entidad sancionadora*-; como falta grave a título de culpa grave –*como lo señaló el Tribunal A quo*-, o es atípica y en consecuencia el acto sancionatorio deber ser anulado?

2.1.1. RESOLUCIÓN DEL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO RELACIONADO CON LA FACULTAD DEL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PARA MODIFICAR LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LAS AUTORIDADES DISCIPLINARIAS.

Para resolver el primer problema jurídico planteado es necesario establecer:

- 1) El marco jurídico de las competencias otorgadas a las entidades sancionadoras y la competencia otorgada a los operadores judiciales de modificar las sanciones impuestas por las mismas, para luego analizar, 2) El cargo de apelación en concreto.

2.1.1.1. Competencia otorgada al operador judicial para modificar las sanciones impuestas por una autoridad disciplinaria.

La Constitución Política en su artículo 118³⁰ ha asignado a la Procuraduría General de la Nación el deber de vigilar la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, para lo cual la revistió de un poder preferente que le dio la facultad de iniciar cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas, tal como lo consagró el artículo 3° del Código Disciplinario Único³¹.

Sin embargo, no concentró el control disciplinario en esa sola institución, al punto que el artículo 2° de la Ley 734 de 2002³² estableció que sin perjuicio del poder preferente otorgado a la Procuraduría General, corresponde también a las oficinas de control disciplinario interno conocer de los asuntos

³⁰ **Artículo 118.** El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas”.

³¹ **Artículo 3°. Poder disciplinario preferente.** La Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas. Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia.

En virtud de la misma potestad, mediante decisión motivada, de oficio o a petición de cualquier persona, podrá avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan internamente en las demás dependencias del control disciplinario. También se procederá en la misma forma cuando se desprenda del conocimiento de un proceso.

La Procuraduría General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura son competentes a prevención para conocer, hasta la terminación del proceso, de las faltas atribuidas a los funcionarios de la rama judicial, salvo los que tengan fuero constitucional. **Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-948 de 2002;**

Las personerías municipales y distritales tendrán frente a la administración poder disciplinario preferente.

³² **Artículo 2°. Titularidad de la acción disciplinaria.** Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

El titular de la acción disciplinaria en los eventos de los funcionarios judiciales, es la jurisdicción disciplinaria.

La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta.

disciplinarios adelantados respecto de los servidores públicos de sus dependencias.

Así mismo, el artículo 1° de la Ley 1015 de 2006 –*régimen disciplinario de la Policía Nacional*- ha señalado que sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación, corresponde a los funcionarios de la Policía Nacional con atribución disciplinaria, conocer de las conductas disciplinables de los destinatarios de esta ley.

Ahora bien, a través del tiempo ha existido un extenso debate dentro del cual se discutió sobre las características del ejercicio de la potestad disciplinaria y el alcance de la revisión que a través del control de legalidad ha realizado la jurisdicción contenciosa-administrativa, lo cual ha sufrido una construcción a través del tiempo que ha permitido definir el alcance y límites de las competencias constitucionales de las autoridades a las que se ha encomendado ejercer el control disciplinario.

Podemos señalar que ese devenir ha sido concretado en la expresión del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la Sentencia de unificación del 9 de agosto de 2016. C.P.: William Hernández³³ en la cual se revisó ello y se estableció que ese control es pleno, así:

“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

³³ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P.: William Hernández Gómez. Radicado. 110010325000201100316 00. N.I. 1210-2011. Fecha: 9 de agosto de 2016. Actor: Piedad Esneda Córdoba Ruiz.

no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva”.

La sentencia de unificación anteriormente mencionada³⁴, señaló también que dando aplicación al principio de proporcionalidad estatuido en el Código Disciplinario Único, en caso de presentarse un juicio sobre la sanción y tenga que ser conocida por el juez contencioso-administrativo, *-dando aplicación al artículo 187 inciso 3° de la Ley 1437 de 2011-* éste podrá dictar, modificar o reformar nuevas disposiciones reemplazando las que fueron demandadas a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

2.1.1.2. El control jurisdiccional de los actos administrativos e incluso de los actos administrativos disciplinarios es integral y pleno.

Periodo de intangibilidad relativa. Tiene su inicio y fundamento en Ley 167 de 1941 y culmina con la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991, con fundamento en la teoría de la deferencia y de la justicia rogada³⁵.

Período de intangibilidad relativa explícita. En este periodo el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en sentencias del 30 de marzo de 2011³⁶ y del 9 de febrero de 2012³⁷, señaló que el juicio de legalidad se restringía únicamente a las causales de nulidad invocadas en el libelo,

³⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P.: William Hernández Gómez. Radicado. 110010325000201100316 00. N.I. 1210-2011. Fecha: 9 de agosto de 2016. Actor: Piedad Esneda Córdoba Ruiz.

³⁵ Para ver un recuento de estos periodos puede verse CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Consejero Ponente: DR. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ (E). Sentencia de 9 de agosto de 2016. Número de referencia: 110010325000201100316 00. Número interno: 1210-11. Demandante: Piedad Esneda Córdoba Ruiz.

³⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 30 de marzo de 2011. Número interno 2060-2010. M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Actor: Orlando Efrén Bohórquez Ibáñez

³⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 9 de febrero de 2012. Radicación: 11001-03-25-000-2009-00140-00(2038-09) Actor: Luis Erney Padilla Demandado: Procuraduría Provincial del Carmen de Bolívar. Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez

impidiendo con ello extender el control judicial al debate probatorio agotado de la actuación disciplinaria.

En este periodo también se puede observar la sentencia de 11 de diciembre de 2012³⁸ de la Sala Plena del Consejo de Estado en la cual si bien se indicó que el control de legalidad sobre los actos disciplinarios debía ser pleno, también se señaló que de todas maneras este no era una tercera instancia para debatir nuevamente las pruebas o la valoración hecha en sede de la investigación disciplinaria.

El control judicial integral de la decisión disciplinaria. El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia del 26 de marzo de 2014³⁹, consideró que el control judicial de legalidad debía avanzar hacia un análisis sustancial, en busca de la primacía de los derechos fundamentales, en particular del debido proceso por lo cual sostuvo que debía ser “pleno e integral”, el cual incluso permite por parte del juez la modulación o recomposición del acto administrativo disciplinario.

Los fundamentos básicos de los criterios esgrimidos por el Consejo de Estado en la anterior decisión, fueron apropiados por esta Corporación en la Sala Plena Contenciosa Administrativa a través de la sentencia de 9 de agosto de 2016⁴⁰, en la cual se señaló que el control judicial de los actos disciplinarios es integral de manera que abarca las causales de nulidad, la valoración de las pruebas recaudadas en el disciplinario, respecto de los

³⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo contencioso -administrativo. sentencia de 11 de diciembre de 2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación. 2005-00012. Actor Fernando Londoño Hoyos. Demandado: Procuraduría General de la Nación.

³⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 26 de marzo de 2014. Radicación 263 de 2013. Actor: Fabio Alonso Salazar Jaramillo. Demandado: PNG. Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Consejero Ponente: DR. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ (E). Sentencia de 9 de agosto de 2016. Número de referencia: 110010325000201100316 00. Número interno: 1210-11. Demandante: Piedad Esneda Córdoba Ruíz.

principios rectores de la ley disciplinaria e incluso respecto del principio de proporcionalidad motivo por el cual “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 3º del artículo 187 del CPACA que permite “[...] *estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas [...]*”.

Ahora bien, en el marco del control judicial integral de la decisión disciplinaria, surge la competencia de recomposición del acto administrativo, como una arista del alcance del control jurisdiccional de las decisiones disciplinarias.

Por lo anterior, se analizará la situación planteada en éste litigio atendiendo a un control pleno de la actuación disciplinaria.

2.1.1.3. Análisis del cargo en concreto.

La demandada señaló que la primera instancia se atribuyó una facultad disciplinaria que no le correspondía al modificar la sanción que le fue impuesta al demandante mediante los fallos disciplinarios de 25 de noviembre y 11 de diciembre del 2013 proferidos por la Oficina Control Disciplinario Interno del Departamento de Policía del Magdalena Medio y la Inspección General de la Policía Nacional, respectivamente, competencia que solo le fue otorgada a la Procuraduría General de la Nación y/o los entes disciplinarios dispuestos en cada entidad estatal.

De acuerdo con la sentencia de unificación expuesta por el Consejo de Estado, el operador judicial tiene la facultad de modificar o reformar nuevas disposiciones reemplazando las que fueron demandadas a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

De ésta forma, y una vez analizados los argumentos expuestos por la demandada, la Sala procede a establecer que el amplio control del juez administrativo sobre los actos acusados permite variar o modificar en la sentencia judicial, la calificación de la falta y así la sanción disciplinaria, todo ello con el fin de garantizar el principio de proporcionalidad entre la conducta y el grado de culpabilidad imputado al investigado.

En ese orden, es claro que de acuerdo con la sentencia de unificación mencionada en acápites previos de ésta providencia, dando aplicación al principio de proporcionalidad establecido en el artículo 18 de la Ley 734 de 2002 y 17 de la Ley 1015 de 2006, el juez contencioso administrativo tiene competencia plena para modificar la sanción disciplinaria impuesta en el acto administrativo acusado, por lo tanto es evidente que éste argumento de apelación no tiene vocación de prosperidad y en consecuencia, la Sala procederá a revisar el segundo cargo de apelación y para los efectos por tratarse de un asunto inescindible e íntimamente relacionado con el argumento de apelación, éste se analizará desde la conducta imputada al demandante su tipicidad y culpabilidad.

2.1.2. RESOLUCIÓN DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO, RELACIONADO CON LA TIPICIDAD Y CULPABILIDAD DE LA CONDUCTA IMPUTADA AL DEMANDANTE.

Para resolver éste problema jurídico, es necesario establecer: 1) El marco jurídico de la culpabilidad a la luz del proceso disciplinario, para luego analizar y, 2) El cargo de apelación en concreto.

2.1.2.1. Régimen jurídico de la culpabilidad en el proceso disciplinario.

La Ley 734 de 2002 en su artículo 13 ha establecido que en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y que las faltas sólo serán sancionables a título de dolo o culpa.

En su artículo 42 ha señalado la existencia de una clasificación de las faltas tales como: i) gravísimas, ii) graves y, iii) leves; las cuales se diferencian teniendo en cuenta que las gravísimas se encuentran taxativamente señaladas en el artículo 48, y las restantes deberán ser aplicados los criterios establecidos en el artículo 43 del mismo código⁴¹.

En el mismo sentido, la Sala Plena de la Corte Constitucional señaló en su jurisprudencia⁴² que el servidor público que cometa alguna infracción a sus deberes dando como consecuencia una falta disciplinaria, solo podrá ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente:

“Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino

⁴¹ “1. El grado de culpabilidad.

2. La naturaleza esencial del servicio.

3. El grado de perturbación del servicio.

4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.

5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.

6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.

7. Los motivos determinantes del comportamiento.

8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.

9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave. Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-124 de 2003”

⁴² Sentencia C-155/02. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. Fecha: 5 de marzo de 2002. Referencia: Expediente. D-3680.

también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos, toda vez que “el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios de derecho penal se aplican mutatis mutandi en este campo pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado”.

Ahora respecto al régimen disciplinario de la Policía Nacional, la Ley 1015 de 2006 en su artículo 11° ha establecido también que queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas serán sancionables únicamente a título de dolo o culpa.

En efecto las faltas también se encuentran divididas en: i) gravísimas, ii) graves y, iii) leves; todas señaladas en la ley; además de las mencionadas también por remisión existen otras faltas⁴³ que pueden acarrear para el personal de la policía nacional procesos disciplinarios y por ende las respectivas sanciones, tales como:

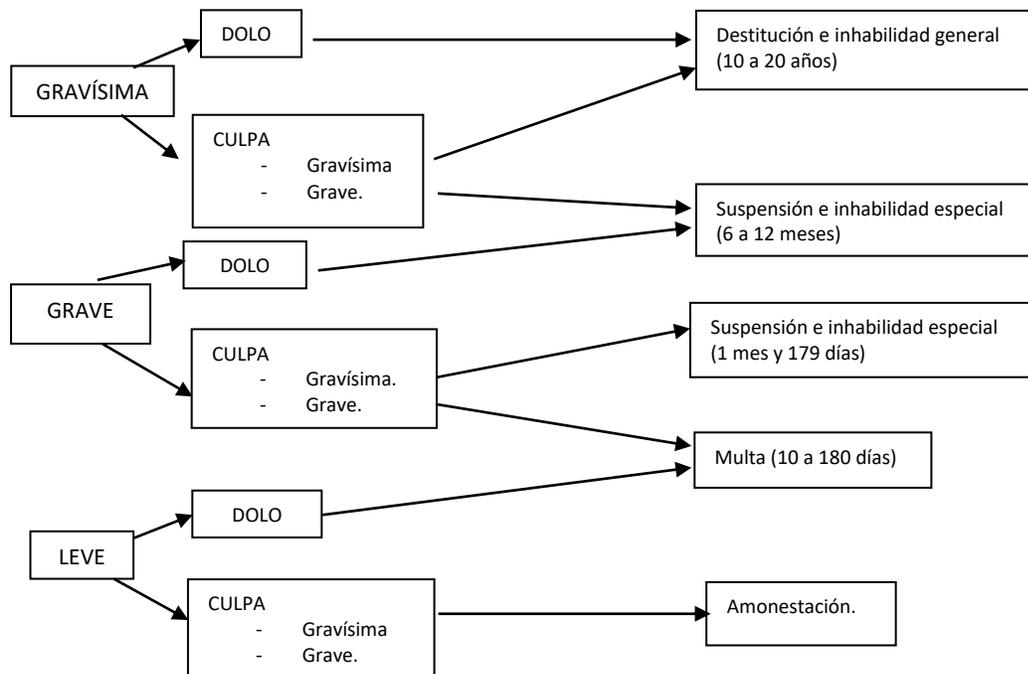
“Ley 1015 de 2006. Artículo 39. Clases de sanciones y sus límites. Para el personal uniformado escalafonado, se aplicarán las siguientes sanciones:

1. Para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima Destitución e Inhabilidad General por un término entre diez (10) y veinte (20) años.
2. Para las faltas gravísimas realizadas con culpa grave o graves dolosas, Suspensión e Inhabilidad Especial entre seis (6) y doce (12) meses, sin derecho a remuneración.
3. Para las faltas graves realizadas con culpa gravísima, Suspensión e Inhabilidad Especial entre un (1) mes y ciento setenta y nueve (179) días, sin derecho a remuneración.
4. Para las faltas graves realizadas con culpa grave, o leves dolosas, multa entre diez (10) y ciento ochenta (180) días.
5. Para las faltas leves culposas, Amonestación Escrita.

Parágrafo. Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones”.

⁴³ **Artículo 37.** Otras faltas. Además de las definidas en los artículos anteriores, constituyen faltas disciplinarias la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, las prohibiciones, el abuso de los derechos o el incumplimiento de los deberes contemplados en la Constitución Política, los tratados públicos ratificados por el Gobierno colombiano, las leyes y los Actos Administrativos.

Lo anterior se puede sintetizar en el siguiente cuadro que señala la calidad de la falta, si se realizó a título de dolo, culpa gravísima o grave respecto de la conducta desplegada por el sancionado.



2.1.2.2. Análisis del cargo en concreto.

La demandada-apelante señaló que el *A Quo* se equivocó en el argumento según el cual la conducta cometida por el demandante fue grave – *incumplimiento de deberes del cargo*- a título de culpa grave, y que por lo tanto, lo que correspondía era imponer la sanción de multa más no de destitución e inhabilidad.

Para determinar si le asiste o no razón a la entidad apelante, por tratarse de un asunto íntimamente relacionado con la imputación disciplinaria aplicada al demandante, la Sala está en la obligación de analizar todos los aspectos de la imputación disciplinaria, con base en el material probatorio relacionado en

los fallos acusados y allegado al expediente disciplinario, en el cual obra lo siguiente:

- La Orden de servicio 007 COMAM ESBAR de 5 de febrero de 2012, firmada por el CT. Marco Emilio Mejía Bustillo, *-Comandante del Primer Distrito de Policía de Barrancabermeja-*.
- Copia fotostática de las minutas de vigilancia de la Estación de Policía de Barrancabermeja.
- Orden de captura 160513619 emitida por el Fiscal Primero Estructura de Apoyo de Barrancabermeja, en contra del sancionado, por los delitos de hurto calificado y agravado en concusión con daño informático, falsedad ideológica en documento público y otros delitos.
- Comunicado Oficial 1339 ESBAR DISPO, suscrito por el CT. GOVANNY PARRA RUIZ – Comandante Estación de Policía de Barrancabermeja- quien manifiesta: *“(…) por medio del cual solicita si el señor Patrullero RICARDO LUIS OVALLE ELÍAS se encontraba de permiso para el día 05/02/12. (...) Revisado el archivo físico y magnético de la Estación de Policía Barrancabermeja, no reposan antecedentes de los permisos otorgados al antes mencionado, ya que para esa fecha cumplía funciones como conductor del señor comandante del primer distrito”.*

De las anteriores pruebas, la Sala observa que: i) al demandante le fue dada por un oficial superior la orden, de brindar acompañamiento a unos vehículos que transportaban mercancía desde el Municipio de Barrancabermeja hasta Bucaramanga, ii) las minutas de vigilancia muestran que para el día 5 de febrero de 2012 desde las 7 am hasta las 12 horas el sancionado debía prestar servicios de conductor al Comandante del Distrito Uno en el Municipio de Barrancabermeja y, iii) el actor fue privado de la libertad por la posible comisión de unos delitos de hurto calificado y agravado en concurso con daño informático y, falsedad ideológica en documento público.

Declaraciones

- César Augusto Pinilla Henao.

Diligencia de declaración del mencionado quien en uno de sus apartes manifestó: "... Si la persona que estaba de escolta que me habían asignado se llama LUIS CARLOS OVALLE..."

- PT. Duver José Velásquez Garcés.⁴⁴

"ENTREVISTA-FPJ-14- fecha 16 de Febrero de 2012.

Soy funcionario de la Policía Nacional, el día 05-02-2012 siendo aproximadamente las 22:30 horas me encontraba con mis compañeros patrullero Barbosa Wilfredo y BRAVO JOSE cumpliendo el servicio de cuarto y primer turno, realizábamos un desplazamiento hacia el sitio la leona (...) cuando en sentido fortuna a Bucaramanga transitaban dos tracto camiones, la patrulla nos regresamos a darle alcance ya que este tipo de vehículos no pueden transitar cargado sobre este eje vial, al momento de hacer la señal de pare a los tracto camiones e indagar al primer conductor, e informarle que por este sitio no se podía transitar se nos acerca una persona el cual venía en un vehículo particular tipo camioneta, este se identifica como patrullero de la policía nacional con un carnet policial y nos informa que venía realizando y acompañamiento o esas mulas que traían material de Ecopetrol se le informa a la persona que se identificó como patrullero que este tipo de vehículos no pueden transitar por esta vía a lo cual responde que este acompañamiento estaba ordenado por un señor capitán de barranca y que si gustaba nos comunicaba con él, nosotros le dijimos que llamara (...)"

- PT. José Saúl Bravo Higuera.⁴⁵

"ENTREVISTA-FPJ-14- fecha 16 de Febrero de 2012.

Soy funcionario de la Policía Nacional desde hace nueve años, siempre he estado en la Policía de Tránsito, llevó cinco meses trabajando la ruta de Bucaramanga-Barranca, para el día domingo 5 de febrero de este año yo me encontraba realizando cuarto y primer turno desde las 21:00 hasta las 7:00 horas, siendo aproximadamente las 22:30 horas me encontraba con mis compañeros patrulleros Barbosa Velazco y patrullero Velásquez Duber cumpliendo el servicio, a esa hora nos estábamos desplazando en la camioneta hacia el sector de la Leona (...) en dicho desplazamiento observamos en sentido de Barranca Bucaramanga dos tracto camiones cargadas, al momento de realizar el pare a las tracto camiones e indagar al conductor, llega una camioneta captiva Chevrolet de color negra, al momento de indagar con el conductor de la camioneta se baja un señor que iba de pasajero y se identifica como patrullero de la Policía Nacional, manifestando que él venía escoltando esa carga ya que el sector de donde procedía era punto crítico para posibles hurtos y manifestando que el señor Capitán MEJÍA lo había autorizado para realizar dicho servicio. (...)"

⁴⁴ Folio 28 del cuaderno principal 1°.

⁴⁵ Folios 29 y 30 del cuaderno principal 1°.

- PT. Wilfredo Barbosa Velasco.⁴⁶

“ENTREVISTA-FPJ-14- fecha 16 de Febrero de 2012.

Soy funcionario de la Policía Nacional desde hace ocho años, siempre he estado en Policía de Tránsito, llevo cinco meses trabajando la ruta de Bucaramanga-Barranca, para el día domingo 5 de febrero de este año yo me encontraba realizando cuarto y primer turno desde las 21:00 hasta las 7:00 horas, siendo aproximadamente las 22:30 horas me encontraba con mis compañeros patrulleros Bravo Iguera y patrullero Velásquez Duber cumpliendo el servicio, a esa hora nos estábamos desplazando en la camioneta hacia el sector de la Leona (...) en dicho desplazamiento observamos en sentido de Barranca Bucaramanga dos tracto camiones cargadas, al momento de realizar el pare a las tracto camiones como yo iba de conductor de la patrulla me quedé xxx vía los patrulleros bravo y Velásquez procedieron a indagar al conductor de las tracto camiones, los documentos del mismo, en ese momento llega una camioneta de color negra, y en ella 2 personas de género masculino, los cuales llegaron al lugar de donde nosotros estábamos y pasaron a donde el patrullero bravo, el cual hablo un tiempo corto por teléfono (...).”

- PT. Raimundo Porras Vásquez.⁴⁷

“ENTREVISTA-FPJ-14- fecha 16 de Febrero de 2012.

Yo laboré en la Policía Nacional desde hace diez años y en la Policía de Tránsito y Transporte llevó cinco años trabajando acá en Santander, desde hace como cinco meses estoy en la estación xx ahí en Lebrija, para el día 5 de febrero del presente yo realice dos turnos, segundo turno que va desde las 7:00 horas, ese día durante el cuarto primero efectuamos puesto de control en el kilómetro 59 xx 130 metros, frente a la estación de servicio translebrija, como a eso de las 23:00 horas llego una camioneta negra, cerrada de vidrios polarizados, donde venían dos personas, dos hombres, esa camioneta se orillo antes de donde estábamos parados, entonces yo y el compañero Cruz nos acercamos a donde estaba la camioneta, yo me acerque por el lado del conductor, bajaron los vidrios y el que iba de pasajero, que iba vestido de negro, un tipo gordo, bajito, de pelo negro, corte militar, se bajó de la camioneta (...) entonces este tipo dijo que venían dos mulas, una roja y una azul y dijo que traían unos intercambiadores, que ya tenían permiso y estaban autorizadas para transitar por ahí, que venían de parte de mi capitán MEJÍA (...).”

- Mauricio Alberto Montoya Guerrero.⁴⁸

“ENTREVISTA-FPJ-14- fecha 16 de Febrero de 2012.

Yo soy funcionario de la Policía Nacional desde hace ocho años, estoy adscrito a la Seccional de Tránsito y Transporte de Santander, desde hace 16 meses, en esta ruta que se llama la frontera UCOSE 99 que comprende desde el kilómetro cero límite con el magdalena medio hasta el kilómetro 18 del rio puente la paz, para el día domingo 05 de febrero del presente, yo me encontraba de servicio ese día segundo

⁴⁶ Folio 31 del cuaderno principal 1°.

⁴⁷ Folio 32 del cuaderno principal 1°.

⁴⁸ Folio 33 del cuaderno principal 1°.

turno desde las 07:00 horas hasta las 14 horas y de 21:00 a 07:00 horas, recuerdo que a eso de las 21:30 horas estábamos el Patrullero Torres Rizo y yo, en el kilómetro 16 más 500 cuando pasaron dos tracto camiones, como observamos que las mulas iban cargadas yo le dije a torres que hiciera el reporte mientras yo iba y las paraba, (...) detrás de las mulas venía una camioneta color negro, una captiva de vidrios oscuros, se veía nueva, allí se abajo una persona de la parte delantera derecha, el cual me dijo que era patrullero de la policía, me mostro el carné y que venía haciendo de escolta de esos vehículos, autorizado por el Capitán comandante del primer distrito de policía de Barrancabermeja. (...)"

Mediante éstas declaraciones se identificó al disciplinado como la persona que arribó a Bucaramanga el 5 de febrero de 2012 prestando el servicio de escolta a unos vehículos, en cumplimiento de una orden legítima y cumpliendo el servicio que le había sido encomendado para tal fecha, el cual era la de escoltar camiones fuera de su jurisdicción.

Con base en esto, los fallos disciplinarios argumentaron que la conducta típica reprochada al ahora demandante, encuadra en lo señalado en el artículo 34 numeral 27 de la Ley 1015 de 2006, que a su tenor literal indica - *ausentarse del lugar de facción o sitio donde preste su servicio sin permiso o causa justificada*-, y obedece al desplazamiento que éste realizó el 5 de febrero de 2012 desde el municipio de Barrancabermeja a la ciudad de Bucaramanga.

Si bien es cierto que la Resolución 00912 de 1° de abril de 2009 "*por medio de la cual se expide el reglamento del servicio de policía*", no atribuye ninguna facultad al comandante del distrito para otorgar servicios de apoyo y vigilancia como escoltas de una ciudad a otra, también lo es que de acuerdo a lo señalado en el Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional el sancionado al estar bajo la subordinación -*Consiste en el acatamiento de las órdenes legalmente emanadas del superior, así como el cumplimiento de los deberes y obligaciones propios del grado y de la función que le fuere asignada*- de un superior jerárquico y de cierto grado de obediencia -*Consiste*

en el cumplimiento estricto de las órdenes y disposiciones legalmente emanadas por el superior-, no tenía otra opción más que acatar la orden dada por su superior.

En este caso, se observa que el ahora actor además de cumplir las funciones propias del cargo como patrullero, también tuvo que atender y obedecer las órdenes dadas por el CT. Marco Emilio Mejía Bustillo *-Comandante del Primer Distrito de Policía de Barrancabermeja-*, por lo tanto la conducta desplegada fue realizada en cumplimiento de una orden legítima de una autoridad competente emitida con las formalidades legales, la cual constituye una causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria, al tenor del numeral 3º artículo 28 de la Ley 734 de 2002⁴⁹.

En ese orden de ideas, contrario al análisis realizado por el tribunal de primera instancia, el problema que suscita el litigio no se circunscribe a la determinación del nivel de culpabilidad de la conducta desarrollada por el demandante sino a la ilicitud sustancial de la misma en atención a la existencia de una comprobada causal de justificación que vuelve jurídica su conducta y lo absuelve de responsabilidad, motivo por el cual se revocará la sentencia apelada, para anular la sanción impuesta al demandante, por lo anterior la Sala a continuación procederá a analizar el restablecimiento del derecho.

2.1.3. SOBRE LAS PRETENSIONES DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Y DE REPARACIÓN.

⁴⁹ “Artículo 28. Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta: 3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales”.

En atención a la Jurisprudencia de esta Corporación⁵⁰ el restablecimiento del derecho implica llevar la situación de hecho presente de la parte demandante al mismo estado en que debería encontrarse si no se hubiera proferido el acto administrativo que afectó su estatus jurídico, lo cual, debe examinarse atendiendo a las pretensiones y a lo probado en el proceso.

Como se indicó en el acápite de **“La demanda y sus fundamentos”** de esta providencia el accionante⁵¹ a título de restablecimiento del derecho solicitó se condene a la entidad demandada a: **1)** cesar los efectos jurídicos de la sanción disciplinaria y **2)** pagar a) sin solución de continuidad *-con la correspondiente indexación-*, los salarios así como demás emolumentos prestacionales dejados de percibir desde el retiro hasta que se haga efectivo el reintegro, b) todos los gastos médicos, odontológicos y hospitalarios, en los cuales como consecuencia de la sanción tuvo que sufragar él y su familia y, c) *“la indemnización correspondiente”*.

A continuación la Sala procederá al realizar el análisis de las mencionadas pretensiones de restablecimiento solicitadas por el demandante en el orden antes señalado:

2.1.3.1. En cuanto a la pretensión de “cesar los efectos jurídicos de la sanción disciplinaria”.

Los actos administrativos acusados *-fallos disciplinarios de 25 de noviembre y 11 de diciembre de 2013-* impusieron al demandante sanción de destitución e inhabilidad general *-por el término de 12 años-*, la cual de conformidad con el artículo 45 numeral 1° de la Ley 734 de 2002⁵², para el

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia de 7 de marzo de 2013. Ref: Expediente N° 05001233100020000307802. N° Interno. 2223-2010 Autoridades Departamentales. Actor: Fernando Estrada Méndez.

⁵¹ Folio 2 y 3 del cuaderno principal 1°.

⁵² Artículo 45. Definición de las sanciones:

1. La destitución e inhabilidad general implica:

caso de autos, implica “*La terminación de la relación del servidor público con la administración*” y “*la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo*”, en consecuencia debe entenderse que la pretensión del demandante está referida a: i) el reintegro como servidor público –*al cargo del cual fue destituido*- y ii) la extinción de la inhabilidad general, la cual le impide el ejercicio de la función pública, aspectos que serán analizados a continuación.

2.1.3.1.1. Sobre la pretensión de reintegro, debe señalarse que, de conformidad con las pruebas del expediente, el demandante ingresó a la Policía Nacional en el cargo de patrullero y mediante la **Resolución 310 del 25 de agosto de 2012** del Comandante del Departamento de Policía Magdalena Medio⁵³ fue retirado del servicio por voluntad discrecional⁵⁴, acto que fue demandado ante la jurisdicción contenciosa administrativa, la cual mediante sentencia de segunda instancia de 10 de julio de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander⁵⁵ negó las pretensiones de la demanda, motivo por el que esa decisión administrativa está vigente y produciendo efectos jurídicos.

Ahora bien, dado que la sanción de destitución e inhabilidad general –*objeto del presente litigio*- contenida en los fallos de 25 de noviembre y 11 de diciembre de 2013⁵⁶ fue proferida y quedó en firme con posterioridad a la

a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o

b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o

c) La terminación del contrato de trabajo, y

d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.

⁵³ Folio 108 del cuaderno principal 1°.

⁵⁴ De conformidad con lo establecido en el artículo 4° parágrafo 1° de la Ley 857 del 26 de diciembre de 20063 y artículo 62 del Decreto Ley 1791 de 2000.

⁵⁵ Folio 113 del cuaderno principal 1°.

⁵⁶ Proferidos por la Oficina Control Disciplinario Interno del Departamento de Policía del Magdalena Medio y la Inspección General de la Policía Nacional, respectivamente.

desvinculación del servicio por facultad discrecional, ésta no produjo ningún efecto de remoción del cargo, en la medida en el demandante ya había sido desvinculado de la institución.

De lo anterior, también da cuenta la Resolución 309 de 24 de enero de 2014 del Director General de la Policía Nacional *“por la cual se ejecuta una sanción disciplinaria impuesta a un patrullero retirado de la Policía Nacional”*, en la que se lee lo siguiente:

“EL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL DE COLOMBIA.
(...)”

CONSIDERANDO:

(...)
Que mediante providencia que resuelve el recurso de apelación de fecha 11 de diciembre de 2013, el Inspector Delegado de la Región Cinco de Policía (E), confirma el fallo de primera instancia de fecha 25 de noviembre de 2013, suscrito por el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno del Departamento de Policía Magdalena Medio, en el que se impuso el correctivo disciplinario de Destitución e inhabilidad General para ejercer cargos públicos por doce (12) años, al señor Patrullero (R) RICARDO LUIS OVALLE ELÍAS, identificado con cédula de ciudadanía No. 85.154.213.

(...)
Que mediante Resolución No. 0310 del 25 de agosto de 2012, el señor Patrullero (R) RICARDO LUIS OVALLE ELÍAS, identificado con cédula de ciudadanía No. 85.154.213., fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional por Voluntad de la Dirección General.

(...)

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Registrar en la hoja de vida del señor Patrullero (R) RICARDO LUIS OVALLE ELÍAS, identificado con cédula de ciudadanía No. 85.154.213, el correctivo disciplinario principal consistente en destitución. Así mismo el citado policial (R) se encuentra inhabilitado para ejercer la función pública en cualquier cargo o función por el término de doce (12) años y la exclusión del escalafón o carrera, de acuerdo a lo establecido en el fallo de primera instancia de fecha 25 de noviembre de 2013, emitido por el Jefe de la Oficina Control Disciplinario Interno del Departamento de Policía Magdalena Medio y providencia de segunda instancia del 11 de diciembre de 2013, suscrita por el Inspector Delegado de la Región Cinco de Policía (E).

ARTÍCULO 2°. Enviar copia de la presente Resolución a la Oficina Control Disciplinario Interno del Departamento de Policía Magdalena Medio, para que la notifique y la remita a la División de Registro, Control de la Procuraduría General de la Nación y Archivo General.

ARTÍCULO 3°. Contra el presente acto administrativo no procede recurso alguno por tratarse de un acto de ejecución.

ARTÍCULO 4°. La presente Resolución rige a partir de la fecha de expedición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE”⁵⁷ (subrayado fuera de texto)

En ese orden de ideas, teniendo presente que los fallos disciplinarios acusados, en cuanto a la sanción de “*destitución*” no produjeron ningún efecto –*porque el demandante había sido desvinculado previamente de la institución*- no es procedente la pretensión de reintegro.

2.1.3.1.2. Sobre la pretensión de cesación de la inhabilidad general, debe señalarse que de acuerdo con la Resolución 309 de 24 de enero de 2014 del Director General de la Policía Nacional -*antes transcrita*-, la sanción impuesta al demandante en cuanto a la “*imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función*”, produjo y actualmente está produciendo efectos⁵⁸, motivo por el cual, ante la ilegalidad de los fallos disciplinarios acusados es procedente el restablecimiento del derecho, para lo cual se ordenará a la Policía Nacional suprimir de la hoja de vida del demandante así como de todo registro interno de esa institución toda anotación referida al correctivo disciplinario en cuestión y a la Procuraduría General de la Nación - División de Registro y Control y Archivo General, suprimir de inmediato todo antecedente disciplinario derivado de los fallos disciplinarios objeto del presente proceso.

2.1.3.2. En cuanto a la pretensión de pago de salarios y gastos médicos desde la ejecución de la sanción disciplinaria.

Teniendo presente lo señalado en el acápite anterior de esta providencia, en cuanto a la no procedibilidad del reintegro del demandado al cargo de

⁵⁷ Expediente cuaderno principal N°1, folio 46.

⁵⁸ Consultado el Sistema de Información de Registro de Sanciones e Inhabilidades de la Procuraduría General de la Nación, se observa que la sanción disciplinaria objeto del presente proceso aún está registrada y vigente. <https://www.procuraduria.gov.co/portal/Antecedentes-disciplinarios.page>

patrullero de la policía nacional, por cuanto los actos disciplinarios acusados no fueron los que lo retiraron del servicio, debe indicarse que igualmente resulta improcedente el pago de salarios y demás emolumentos dejados de percibir en el mencionado empleo público, porque la causa de esa situación no son los actos sancionatorios, sino la **Resolución 310 del 25 de agosto de 2012** del Comandante del Departamento de Policía Magdalena Medio⁵⁹ que lo desvinculó por voluntad discrecional⁶⁰.

En cuanto a la pretensión de pago o reembolso de gastos médicos, odontológicos y hospitalarios, suyos y de su núcleo familiar, derivados de la sanción disciplinaria, debe señalarse que en la demanda no obra ningún argumento que sustente o explique esta pretensión ni en el expediente se observa prueba alguna que permita acreditar su existencia y menos aún la relación de causalidad con los actos acusados.

2.1.3.3. En cuanto a la pretensión pago de “la indemnización correspondiente”.

Debe señalarse que, en la demanda no obra argumento alguno ni en el expediente se observa prueba que permita establecer el contenido y alcance de la pretensión de indemnización recamada por el demandante, siendo esto indispensable para su análisis y prosperidad, como elemento de una posible reparación del daño en los términos del artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, de acuerdo con el cual *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, (...); también podrá solicitar que se le repare el daño.”*

⁵⁹ Folio 108 del cuaderno principal 1°.

⁶⁰ De conformidad con lo establecido en el artículo 4° parágrafo 1° de la Ley 857 del 26 de diciembre de 2006 y artículo 62 del Decreto Ley 1791 de 2000.

En ese orden de ideas, siendo el daño *–para efectos de su reparación–* un elemento que debe ser argumentado y probado por el demandante, por cuanto en el medio de control de nulidad y restablecimiento su reparación comprende una pretensión eminentemente subjetiva, le corresponde al demandante indicar que en que consiste éste, cuál es su extensión así como probar su existencia y relación de causalidad con el acto administrativo viciado de nulidad.

Así las cosas, ante la falta de argumentación y de prueba en relación con la pretensión bajo análisis y teniendo presente que: i) no le corresponde al juez establecerla ni probarla de oficio y ii) los actos acusados no causaron ningún daño en la relación laboral del demandante con la policía nacional porque ésta había terminado antes de su expedición, tal pretensión debe ser negada.

Finalmente observa la Sala que el tribunal de primera instancia condenó en costas a la entidad demandada aplicando una tesis objetiva *–pues no se refirió a la conducta desplegada por la demandada en el curso del proceso judicial–*, por lo cual se precisa que esta no puede ser impuesta por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro de un proceso judicial adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para adoptar esa decisión, se debe establecer y estar comprobado en el proceso, que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena. Además, las costas deben estar probadas en el proceso, lo que quiere decir, que no pueden ser impuestas de manera automática, esto es, sin que se realice un debido análisis que conduzca determinar su ocurrencia.

En el *sub lite*, no se observa que la demandada haya reflejado un interés más allá de la simple defensa de la legalidad del acto administrativo acusado

y/o la existencia factores, tales como, la temeridad y la mala fe, lo que conlleva a que se revoque la condena en costas, establecida en la providencia apelada.

Por lo anterior, la Sala revocará en su totalidad la sentencia de 12 de diciembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander⁶¹, que modificó la sanción de destitución e inhabilidad general contenida en los actos administrativos acusados y en su lugar se procederá a anular en su totalidad la sanción disciplinaria impuesta al demandante.

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

III. FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 12 de diciembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que anuló parcialmente los actos administrativos acusados, modificó la sanción impuesta al señor Ricardo Luis Ovalle Elías y condenó en costas a la entidad demandada.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de los fallos disciplinarios de 25 de noviembre y 11 de diciembre del 2013 proferidos por la Oficina Control Disciplinario Interno del Departamento de Policía del Magdalena Medio y la Inspección General de la Policía Nacional, respectivamente, que sancionaron

⁶¹ Mediante la cual se modificó la sanción de destitución e inhabilidad por el término de 12 años al encontrarlo responsable de haber cometido a título de dolo, la falta gravísima consagrada en artículo 34 (numeral 27) de la Ley 1015 de 2006 y en su lugar modificar la sanción a multa de 2 meses y 7 días de la última asignación básica recibida al encontrarlo responsable de haber incurrido en una extralimitación de funciones, conducta típica de una falta grave o leve, señalada en los artículos 50 de la Ley 734 de 2002 y 37 de la Ley 1015 de 2006.

al señor Ricardo Luis Ovalle Elías, con destitución e inhabilidad general por el término de doce (12) años.

TERCERO: ORDENAR a la Policía Nacional, suprimir de la hoja de vida del demandante toda anotación referida al correctivo disciplinario derivado de los fallos disciplinarios objeto del presente proceso y, **POR SECRETARIA** enviar copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación - División de Registro y Control y Archivo General, para que suprima el correspondiente antecedente disciplinario.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase. La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS