

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Sentencia No.8

Bogotá D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2016-00352-00

Demandante: ÁLVARO FERNANDO ROJAS BUITRAGO

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL

Tema: Sanción Disciplinaria

Procede el Despacho, agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación; y una vez transcurrido el término de alegatos concedido a las partes, a dictar de forma escrita **sentencia de primera instancia** en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia, con base en las siguientes:

Consideraciones

Pretensiones

1. Declárense nulos los actos administrativos “Fallo de Primera Instancia del 28 de octubre de 2015”, firmado por parte del señor Teniente Coronel Dalmiro Rafael Heras Santana, en calidad de Jefe de la Oficina Control Disciplinario Interno de la Dirección General de la Policía Nacional el cual impuso la sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad general por un término de 10 años, y el fallo de segunda instancia del 29 de marzo de 2016 de la Inspección Delegada Especial de la Dirección General de la Policía Nacional, que modificó la decisión del 28 de octubre de 2015 y mantiene la declaratoria de responsabilidad disciplinaria de Álvaro Fernando Rojas Buitrago.
2. Como consecuencia de lo anterior, a título de Restablecimiento del Derecho, se ordene a la Dirección General de la Policía Nacional, reintegre de inmediato al demandante a la Policía Nacional con efectividad a la fecha de su retiro al cargo que venía desempeñando o al que le corresponda dentro del escalafón policial; el pago de todos los sueldos, primas y bonificaciones, subsidios, los aumentos y demás derechos dejados de percibir desde la fecha de desvinculación (20 de mayo de 2016) del servicio, hasta cuando sea efectivamente reintegrado al grado y cargo que le corresponda dentro del escalafón policial.
3. Que para todos los efectos legales se tenga como tiempo de servicio al Estado, el tiempo que el demandante permanezca fuera de la institución y se tenga como tiempo de cómputo en liquidación de prestaciones sociales.
4. Que la Nación - Ministerio de Defensa Nacional de Colombia - Policía Nacional reconozca y pague los daños materiales y morales causados al actor por la suma de 100 SMLMV, esto es, \$68'950.000

Hechos.

- 1.- El 21 de abril de 2015 la oficina de control disciplinario interno de la Dirección General de la Policía Nacional ordenó la apertura de la indagación preliminar 2015-56 en contra del demandante ante la queja presentada por el intendente Jhon Jairo Varón por ofrecerse a colaborar en un traslado para la ciudad de Yopal con el aval del senador con el que trabajaba si le pagaba \$3'000.000.
- 2.- El 9 de abril de 2013 el intendente le consignó \$1'200.000 a la cuenta del patrullero del banco popular No. 230260036181 para el trámite del traslado y al mes completó el pago con la entrega de \$300.000.
3. Como quiera que el traslado nunca fue concedido, el intendente le solicitó la devolución de su dinero pero este nunca fue devuelto

4.- En la audiencia del 8 de septiembre de 2015, se le endilgó el cargo de invocar influencias reales o simuladas.

5.- El 28 de octubre de 2015, se profirió el fallo de primera instancia, en donde se declararon probados los cargos y con ello la destitución e inhabilidad por el término de 10 años

6.- Anterior decisión fue confirmada a través del fallo del 29 de marzo de 2016.

Tesis del demandante: Señala que se quebranta el artículo 29 de la C.P. al expedir el acto por un cargo indebidamente formulado imputando al demandante una conducta delictuosa no probada por la jurisdicción penal. Señala que nunca se demostró que el patrullero se hubiera reunido con el intendente en el ejercicio de sus funciones, tampoco que la conducta investigada haya ocurrido con ocasión al cargo ejercido, de manera que la ilicitud de la conducta no se encuentra probada.

Se vulnera el artículo 5º de la ley 734 de 2002 puesto que la afectación del deber funcional no fue acreditado dado que el demandante no tenía la competencia para conceder el traslado solicitado por el quejoso.

Tesis de la demandada: La entidad accionada se opone a la prosperidad de las pretensiones al considerar que dada la naturaleza y funciones de la Fuerza Pública en general, y de la Policía Nacional en particular, el principio de ilicitud sustancial no puede restringirse al horario de trabajo del servidor policial, pues en virtud de los principios legales de inmediatez y obligatoriedad de intervenir, consagrados en el Código Nacional de Policía (Art. 32), y en la Ley 62 de 1993, el personal uniformado cualquiera sea su especialidad o circunstancias en que se encuentre, tiene la obligación de intervenir frente a los casos de policía. Que la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Policía Nacional abrió y adelantó, con todas las garantías constitucionales y legales, la investigación disciplinaria P-DIPON-2015-137 contra el señor Álvaro Fernando Rojas Buitrago por una queja presentada por el señor Intendente John Jairo Varón por presuntamente estar incurso en la vulneración de las conductas descritas en el numeral 9 del artículo 34 y numeral 19 del artículo 35 de la Ley 1015 de 2006, en las cuales se adecua la conducta ilícita acusada del actor.

Identificación del acto enjuiciado: Se pretende la nulidad del **fallo disciplinario de primera instancia proferido el 28 de octubre de 2015** que determina una sanción de destitución e inhabilidad general por 10 años al señor Álvaro Fernando Rojas Buitrago por la comisión de una falta gravísima y una grave a título de dolo; y **decisión de segunda instancia del 29 de marzo de 2016** proferida por la Inspección Delegada Especial DIPON que resolvió modificar lo resuelto en la primera instancia obrantes a folios 43 al 119 del expediente.

Problema jurídico: El litigio se contrae en establecer si los actos administrativos por medio de los cuales se impuso sanción disciplinaria de destitución al señor Álvaro Fernando Rojas Buitrago adolecen de nulidad por expedición con infracción de las normas en que debía fundarse, es decir, en la afectación a un deber funcional el cual no fue acreditado ni demostrado en la investigación, pues ni siquiera se encontraba trabajando para la fecha de los hechos, y falsa motivación; y en consecuencia si es procedente a título de restablecimiento del derecho su reintegro a la institución con el correspondiente pago de salarios y prestaciones desde su desvinculación y la indemnización por los perjuicios morales.

Solución al problema jurídico: No es procedente la nulidad de los actos demandados dado que la ilicitud sustancial no puede restringirse al horario de trabajo del servidor policial, pues en virtud de los principios legales de inmediatez y obligatoriedad de intervenir, consagrados en el Código Nacional de Policía (Art. 32), y en la Ley 62 de 1993, la falta de investigación penal a la conducta presuntamente delictiva atribuida es independiente el uno del otro e, investigables, procesables y sancionables con autonomía según lo ha determinado el legislador¹.

Análisis del despacho

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia del once (11) de diciembre de dos mil doce (2012), Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00012-00(IJ), Actor: Fernando Londoño Hoyos, Demandado: Procuraduría General de la Nación.

Competencia otorgada al operador judicial para modificar las sanciones impuestas por una autoridad disciplinaria²

La Constitución Política en su artículo 118³ 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 Único⁴.

Sin embargo, no concentró el control disciplinario en esa sola institución, al punto que el artículo 2° de la Ley 734 de 2002⁵ 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 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 Hernández⁶ 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 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”.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00988-01(3301-17), Actor: Ricardo Luis Ovalle Elías, Demandado: Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional.

³ 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”.

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ 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 Esneida Córdoba Ruiz.

La sentencia de unificación anteriormente mencionada⁷, 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 remplazando las que fueron demandadas a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

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 rogada⁸.

Periodo de intangibilidad relativa explícita. En este periodo el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en sentencias del 30 de marzo de 2011⁹ y del 9 de febrero de 2012¹⁰, señaló que el juicio de legalidad se restringía únicamente a las causales de nulidad invocadas en el libelo, 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 2012¹¹ 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 2014¹², 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 2016¹³, 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 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 3° 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.

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ 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

¹⁰ 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

¹¹ 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.

¹² 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.

¹³ 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.

De los elementos del debido proceso en materia disciplinaria^{14 15}

A manera de preámbulo, para definir los diversos ángulos del cargo, sea lo primero anotar que, como elementos constitutivos de la garantía del debido proceso en materia disciplinaria, entre otros, se han señalado «(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»¹⁶.

Así mismo, y por tratarse de aspectos importantes para igual propósito, la Sala ilustra de manera sucinta lo concerniente a la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad en materia disciplinaria, en los siguientes términos:

En lo que se refiere a tipicidad, es pertinente señalar, como lo ha expuesto la Corte Constitucional en reiteradas decisiones, que el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en *tipos abiertos*, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los Servidores Públicos. Por lo tanto, las normas disciplinarias tienen un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos¹⁷.

En otras palabras, a diferencia de lo que ocurre en materia criminal, donde el «tipo» es más estricto o rígido, en cuestiones disciplinarias, atendiendo los bienes jurídicos tutelados, que apuntan al estricto ejercicio de la función pública, el tipo es más amplio o flexible.

Eso explica que en materia disciplinaria, resulta difícil evitar «*la formulación de standards deontológicos de conducta a los que conectar efectos sancionatorios*»¹⁸, entendidos «*como conceptos jurídicos indeterminados y, por tanto, deberán rellenarse a través de un análisis pormenorizado y concreto de los hechos y de una calificación de los mismos desde los valores expresos en dichos conceptos jurídicos*»¹⁹.

Así las cosas, el que adelanta la investigación disciplinaria dispone de un campo amplio para establecer si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si fue cometida con dolo o con culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria o con violación de un deber de cuidado, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad, sin que ello sea una patente para legitimar posiciones arbitrarias o caprichosas.

Respecto a la antijuridicidad, que tiene que ver con el ilícito disciplinario, de nuevo la Sala acude a lo que la jurisprudencia que la Corte Constitucional ha desarrollado alrededor del tema, porque claramente ha expuesto que, a diferencia del derecho penal, la antijuridicidad en el derecho disciplinario no se basa en el daño a un bien jurídico tutelado y/o protegido, sino en el incumplimiento de los deberes funcionales del servidor público²⁰. Por esto ha explicado que la valoración de la «lesividad» de las conductas que se han consagrado como faltas disciplinarias frente al servicio público es una tarea que compete al legislador, quien ha de realizar tal apreciación al momento de establecer los tipos disciplinarios en la ley; en tal medida, no compete a la autoridad disciplinaria que aplica la ley efectuar un juicio genérico de lesividad de las conductas reprochadas -lo que ya ha realizado el Legislador-sino efectuar un juicio de

¹⁴ En el presente capítulo, la Sala se remite a las consideraciones expuestas en la sentencia de 23 de septiembre de 2015 de la Sección Segunda, Subsección A de esta Corporación, radicado 11001-03-25-000-2010-00162-00(1200-10), actor: Ángel Yesid Rivera García, demandada: la Nación-Procuraduría General de la Nación.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia del once (11) de diciembre de dos mil doce (2012), Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00012-00(IJ), Actor: Fernando Londoño Hoyos, Demandado: Procuraduría General de la Nación

¹⁶ Sentencia T-1034 de 2006, MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto). En igual sentido se puede consultar sentencia C-310 de 1997, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁷ Sobre la vigencia del sistema de tipos abiertos en el ámbito disciplinario ver -entre otras- las sentencias C-181/02, MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, y C-948 de 2002, MP Dr. Álvaro Tafur Galvis

¹⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo II, "principio de tipicidad", Madrid, Editorial Civitas, S.A.1995, pág. 177.

¹⁹ Obra citada, pág.177.

²⁰ Se puede consultar la sentencia C-948 de 2002, MP Dr. Álvaro Tafur Galvis.

antijuridicidad basado en la infracción del deber funcional, la cual -se presume- genera de por sí un desmedro, legislativamente apreciado, sobre la función pública encomendada al servidor público disciplinado²¹.

La relación de sujeción de los destinatarios de la acción disciplinaria con el Estado, requiere la existencia de controles que operan a manera de reglas, cuya infracción, sin justificación alguna, consolida la antijuridicidad de la conducta; sin que la ilicitud sustancial comprenda el resultado material, pues la ausencia de éste no impide la estructuración de la falta disciplinaria.

En cuanto a los grados de culpabilidad (dolo o culpa), la Corte Constitucional ha anotado que el legislador adoptó, dentro de su facultad de configuración, en materia disciplinaria el sistema de *numerus apertus*, porque, contrario a lo que sucede en materia penal, no se señalan específicamente qué comportamientos exigen para su adecuación tipifica ser cometidos con culpa, de suerte que, por regla general, a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, lo que apareja que sea el juzgador disciplinario el que debe establecer cuáles tipos admiten la modalidad culposa, partiendo de su estructura, del bien tutelado o del significado de la prohibición²². Por ello el máximo tribunal constitucional anota en la sentencia T-561 de 2005 (MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra), que «*el juez disciplinario debe contar, al nivel de la definición normativa de la falla disciplinaria, con un margen de apreciación más amplio que el del juez penal, que le permita valorar el nivel de cumplimiento, diligencia, cuidado y prudencia con el cual cada funcionario público ha dado cumplimiento a los deberes, prohibiciones y demás mandatos funcionales que le son aplicables; ello en la medida en que 'es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del Estado mediante la sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento'*»²³.

Régimen jurídico de la culpabilidad en el proceso disciplinario²⁴

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 código²⁵.

²¹ Al respecto se puede estudiar la sentencia C-393-2006, MP Dr. Rodrigo Escobar Gil.

²² En lo que corresponde a este aspecto, en la sentencia C-155 de 2002, MP Dra. Clara Inés Vargas Hernández, expone la Corte: «*Ahora bien, teniendo en cuenta que como mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador, el legislador en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado "NUMERUS APERTUS", en virtud del cual no se señalan específicamente cuáles comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como "a sabiendas", "de mala fe", "con la intención de" etc. Por tal razón, el sistema de numerus apertus supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuáles tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición.*

"(...) "Lo anterior en razón a que el legislador en desarrollo de su facultad de configuración adoptó un sistema genérico de incriminación denominado numerus apertus, por considerar que el cumplimiento de los fines y funciones del Estado -que es por lo que propende la ley disciplinaria (art. 17 CDU)-, puede verse afectado tanto por conductas dolosas como culposas, lo cual significa que las descripciones típicas admiten en principio ambas modalidades de culpabilidad, salvo en los casos en que no sea posible estructurar la modalidad culposa. De ahí que corresponda al intérprete, a partir del sentido general de la prohibición y del valor que busca ser protegido, deducir qué tipos disciplinarios permiten ser vulnerados con cualquiera de los factores generadores de la culpa." (Resaltado, mayúsculas y subrayas no son del texto original).

²³ [Sentencia T-1093 de 2004, MP Dr. José Manuel Cepeda espinosa].

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00988-01(3301-17), Actor: Ricardo Luis Ovalle Elías, Demandado: Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional.

²⁵ "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.

En el mismo sentido, la Sala Plena de la Corte Constitucional señaló en su jurisprudencia²⁶ 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 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 faltas²⁷ 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”.

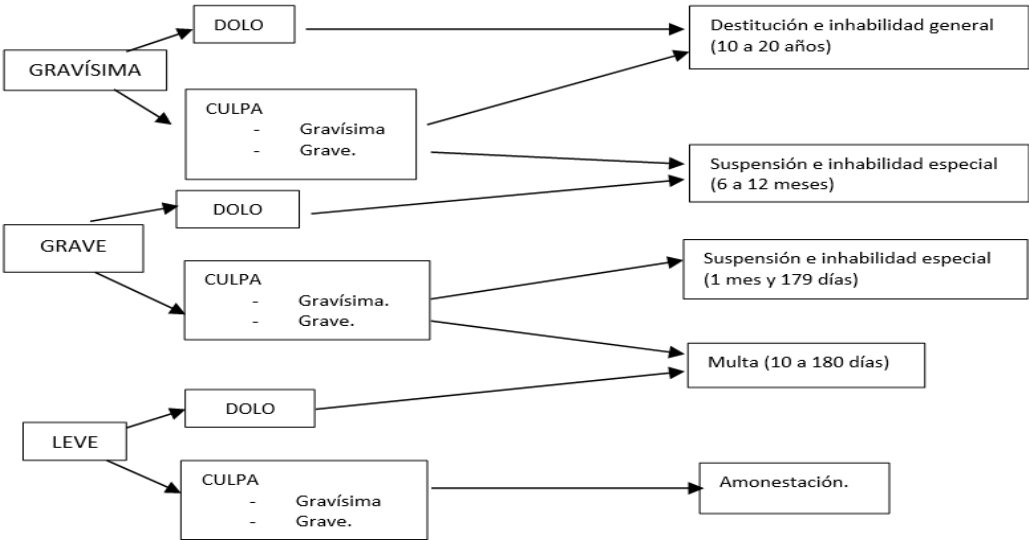
Lo anterior se puede sintetizar en el siguiente cuadro que señala la calidad de la falta, si se realizó a título de dolo, culpa gravísima o grave respecto de la conducta desplegada por el sancionado.

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”

²⁶ Sentencia C-155/02. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. Fecha: 5 de marzo de 2002. Referencia: Expediente. D-3680.

²⁷ **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.



De la prueba como garantía del debido proceso en el proceso disciplinario²⁸

El Código Contencioso Administrativo en su artículo 84, actualmente el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, estipuló como causal de anulación del acto administrativo el desconocimiento del derecho de audiencias o defensa, la cual tiene su origen en el artículo 29 de la Constitución Política²⁹, que estableció la garantía fundamental del debido proceso.

Al respecto el tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamboa ha definido el debido proceso, como aquel sistema amplio de garantías que procura, a través de la realización del derecho material, la obtención de decisiones justas, y en esa medida dentro de la variedad de elementos que lo materializan, se hallan los de ofrecer y producir pruebas y obtener decisiones fundadas o motivadas con arreglo a las pruebas legalmente obtenidas y valoradas conforme a las reglas de la lógica y la sana crítica³⁰.

Es por lo anterior que, la actividad de producción y valoración de la pruebas en las actuaciones administrativas o jurisdiccionales, se encuentran sujetas a reglas normativas que deben ser acatadas como garantía del derecho de defensa y del debido proceso, de manera que tienen que ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica porque, como ha de recordarse, las pruebas conducen, a través de la objetividad y de la abstracción, al establecimiento de aquellas realidades que han de conducir al juez o al operador disciplinario a sentenciar en uno u otro sentido.

La Corte Constitucional ha destacado la importancia de las pruebas en todo procedimiento, pues ha manifestado que solo a través de una vigorosa actividad probatoria, que incluye la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las que obran en cada trámite, puede el funcionario administrativo o judicial alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos que dan lugar a la aplicación de las normas jurídicas pertinentes, y dar respuesta a los asuntos de su competencia ciñéndose al derecho sustancial. De hecho, en sentencia C-1270 de 2000, dicha Corporación se refirió al alcance del derecho a presentar y controvertir pruebas, en el escenario de los conflictos propios del derecho laboral:

“(…) 3.2. Aun cuando el artículo 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y, por consiguiente, la estructura probatoria de los procesos, no es menos cierto que dicha norma impone a aquél la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria. En efecto, como algo consustancial al derecho de defensa, debe el legislador prever que en

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del primero (1) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 25000-23-42-000-2014-04117-01(0947-17), Actor: Cristian Farid Castillo Chávez, Demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

²⁹ “(…) **ARTICULO 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (…)”.

³⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo: Acto Administrativo, Tomo II, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2006.

los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos: i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228); y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.

3.3. Siendo el proceso un conjunto sucesivo y coordinado de actuaciones en virtud del cual se pretende, hacer efectivo el derecho objetivo, restablecer los bienes jurídicos que han sido lesionados o puestos en peligro y garantizar los derechos fundamentales de las personas, resulta razonable que el legislador haya determinado unas oportunidades dentro del proceso en donde las partes puedan presentar y solicitar pruebas, y el juez, pronunciarse sobre su admisibilidad y procedencia, e incluso para ordenarlas oficiosamente y, además, valorarlas (...).³¹

Es así que la actividad probatoria en sus distintas etapas, desde la obtención hasta la valoración de la prueba que servirá de fundamento a la imposición de una sanción disciplinaria, no debe ser ajena a lo establecido al artículo 29 de la Constitución Política, ni mucho menos a lo dispuesto en los artículos 128 y siguientes de la Ley 734 de 2002³².

Justamente, es importante recordar que la autoridad disciplinaria cuenta con una potestad de valoración probatoria amplia, que le habilita para determinar, en ejercicio de discrecionalidad razonada, cuándo obran en un determinado proceso disciplinario suficientes pruebas como para forjarse la certeza y convicción respecto de la ocurrencia –o no ocurrencia- de determinados hechos.

Dicho de otra manera, fue voluntad del Legislador el dotar a las autoridades que ejercen la potestad disciplinaria, de una facultad de valoración y apreciación probatoria –o facultad de libre formación del conocimiento del operador disciplinario- que incluye el poder para determinar cuándo se ha logrado recaudar un nivel de pruebas suficiente como para concluir con certeza y convicción que se pudo haber cometido una falta.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha definido precisado que el defecto fáctico tiene lugar “cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado (...)”³³, bajo ese contexto indicó que existían dos dimensiones de éste, uno negativo y el otro positivo. El primero tiene lugar cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa o simplemente omite su valoración³⁴, y sin razón valedera da por no

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-1270 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

³² “(...) **Artículo 128.** Necesidad y carga de la prueba. Toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. La carga de la prueba corresponde al Estado.

Artículo 129. Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba. El funcionario buscará la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto, el funcionario podrá decretar pruebas de oficio.

Artículo 130. Medios de prueba. Son medios de prueba la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, los cuales se practicarán conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario.

Los indicios se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguen do los principios de la sana crítica.

Los medios de prueba no previstos en esta ley se practicarán de acuerdo con las disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales.

Artículo 131. Libertad de pruebas. La falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos.

Artículo 132. Petición y rechazo de pruebas. Los sujetos procesales pueden aportar y solicitar la práctica de las pruebas que estimen conducentes y pertinentes. Serán rechazadas las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.

(...)

Artículo 140. Inexistencia de la prueba. La prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, se tendrá como inexistente.

Artículo 141. Apreciación integral de las pruebas. Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que ésta se fundamenta.

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

³³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-567 de 1998.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-239 de 1996.

(...)

cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela. La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en

probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente; y el segundo, se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes para la definición del caso, que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión.

Sin embargo, indistintamente del tipo de “dimensión” que se cometa, es evidente que cuando no se realiza un juicio valoratorio integral de la prueba, se incurre en una irregularidad en la actividad probatoria, la cual atenta no solo el derecho de defensa, sino también el debido proceso, ya que se infringen principios, garantías, derechos y deberes, previstos en la ordenamiento constitucional y legal, que rigen los actos probatorios y las pruebas en sus etapas de solicitud, decreto, práctica, valoración e impugnación de las mismas.

Caso concreto: Una vez revisado el expediente y a la luz de las normas y pronunciamientos jurisprudenciales precitados, el Despacho encuentra que, según los hechos probados, y los cargos propuestos contra el acto administrativo demandado por el actor señor Álvaro Fernando Rojas Buitrago hemos de precisar que:

i) Del cargo de expedición con infracción de las normas en que debía fundarse: Al considerar que el cargo por el cual profirieron destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos por diez años, en contra del demandante, dicta el haber realizado una conducta descrita en la ley como delito, sin embargo, a la fecha no se ha siquiera investigado conducta punible por parte de la jurisdicción penal ordinaria o militar, por lo que el acto administrativo a demandar fue expedido en forma irregular violentando la presunción de inocencia y debido proceso.

Con respecto a este asunto, cabe reiterar que tal como lo ha señalado el H. Consejo de Estado en múltiples pronunciamientos, la actividad administrativa disciplinaria comprende una función especializada, que se ejerce en el marco normativo del estatuto rector, entrañando una función preventiva y correctiva que busca garantizar la efectividad de los principios de moralidad, eficacia, economía y celeridad, garantizando el buen desempeño y gestión transparente en la función pública. De ahí que la actuación administrativa disciplinaria está regida por normas y procedimientos propios, en la que los principios que informan el derecho al debido proceso y a la defensa cobran significativa importancia. El acto administrativo disciplinario tiene una connotación especial dada la especificidad del derecho disciplinario. En materia disciplinaria, al igual que en lo judicial, la Constitución establece (art. 29) como principios el debido proceso, el enjuiciamiento conforme a leyes preexistentes, ante fallador competente y con la plenitud formal de los procesos. Estos criterios constitucionales implican que el procedimiento disciplinario constituye un verdadero procedimiento, con reglas propias y con un funcionario competente para adelantar su trámite. Sin perder su naturaleza disciplinaria, en cuanto dicho procedimiento es enjuiciable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, puede decirse que este procedimiento tiene una especie de “*juez natural*”, esto es, “*aquél a quien la Constitución o la ley le ha atribuido el conocimiento de un determinado asunto, está consagrado en el artículo 29 de la Constitución*”, denominado en la ley disciplinaria como “*titular de la acción disciplinaria*”. El funcionario titular de la acción disciplinaria, dada la autonomía e independencia del ejercicio de la autoridad que ejerce, puede hacer uso de las reglas de interpretación de las normas jurídicas, actuando dentro de unos límites impuestos por la Constitución y la ley, dentro del mismo criterio de autonomía funcional que el mismo legislador le autoriza³⁵.

Los hechos materia de investigación fueron dados a conocer mediante comunicación oficial número No.S-2015-002677/DIPRO - ATECI -29.25 de fecha 03 de febrero del 2015, suscrito por el señor intendente Luis Carlos Pinto Holguín Jefe de Oficina de Atención al Usuario DIPRO, quien da trámite a la queja No. 200977- 20150129 de fecha 29 de enero de 2015, presentada por el señor Intendente John Jairo Varón, informa que el Patrullero Álvaro Fernando Rojas Buitrago, adscrito a la Dirección de Protección y Servicios Especiales DIPRO grupo Protección Rama Ejecutiva Misiones Diplomáticas, para el mes de abril del año 2013 sostuvo una reunión con el quejoso donde le manifestó que le podía colaborar con su traslado del Departamento de Policía Boyacá al Departamento de Policía Casanare - Yopal, por el senador con quien laboraba si le pagaba tres millones de pesos que correspondía a la prima

cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria (...).

³⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia del once (11) de diciembre de dos mil doce (2012), Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00012-00(IJ), Actor: Fernando Londoño Hoyos, Demandado: Procuraduría General de la Nación

de instalación. El quejoso accedió y consignó a la cuenta del banco popular del patrullero investigado un millón doscientos mil pesos (fl.5).

Mediante auto del 8 de septiembre de 2015, el Jefe Oficina Control Disciplinario Interno Dirección General, al encontrar mérito en la queja citó a audiencia al Intendente John Jairo Varón, y al Patrullero Rolando Coca(fl.6-42).

Una vez recaudadas las pruebas a través de Acta No.007 del 28 de octubre de 2015 se dio lectura al fallo de primera instancia conforme el artículo 170 de la Ley 734 de 2002. Esa instancia concluyó que la situación objeto de análisis, se encuentra descrita en la Ley 1015 de 2006 en el artículo 35 como falta grave numeral 19 "*invocar influencias simuladas con el fin de obtener traslado*" y en el numeral 9 del artículo 34 como falta gravísima que dice "*realizar una conducta descrita en la ley como delito, a título de dolo, con ocasión de la función*", razón por la que se ordenó la "*destitución e inhabilidad general por un término de diez (10) años*" (fls.93, 97-98).

A través de su apoderado el sancionado interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión folios 98 a 100 del expediente; señalando que como *se puede observar en el folio 28 de la investigación el investigado no acudió con su apoderado en la audiencia donde declararon: el intendente JONH JAIRO VARÓN declarante la patrullera LIZATH CATHERINE ALARCÓN MACÍAS el sub intendente CARLOS VALENCIA GALINDO secretario ad -hoc razón por la que estos testigos nunca fueron contra interrogados*

El proceso disciplinario es nulo teniendo en cuenta que las personas que tomaron las declaraciones no eran auxiliar y sin la presencia del funcionario de instrucción aunado la hecho de que las pruebas practicadas carecen de veracidad para demostrar hechos de la investigación.

En segunda instancia, por medio del Auto No.0084/INSDE-DIPON del 29 de marzo de 2016 el Inspector Delegado Especial de la Dirección General de la Policía Nacional, dando respuesta a los argumentos de presunta la nulidad estableció que la nulidad alegada no es tal "*teniendo en cuenta que en la diligencia jurada del señor Intendente JOHN JAIRO VARON de fecha 02/07/2015 se encontró presente el señor Patrullero ALVARO FERNANDO ROJAS BUITRAGO y se le concedió el uso de la palabra para que ejerciera el derecho a la defensa*

Seguidamente explica el adquem que en el derecho disciplinario es potestativo del investigado ejercer su defensa material dentro de la actuación disciplinaria y no se requiere la compañía de un abogado que lo represente (...) aunado en desarrollo de la audiencia disciplinaria donde se escuchó a los señores Intendente ALVARO FERNANDO ROJAS BUITRAGO y Patrullero ROLANDO ANDRÉS COCA, diligencias practicadas estuvo presente la abogada MIRYAM CARLINA RUIZ RAMIREZ.

Frente al análisis de las pruebas resalta que estas no fueron amañadas como lo enuncia el togado JHON WILLIAM GARCÍA, teniendo en cuenta que las personas que participaron de la investigación tuvieron relación con los hechos objeto de investigación. (fls.116-118).

Superior determinó modificar la decisión de primera instancia, manteniendo declaratoria de responsabilidad disciplinaria del señor Patrullero Álvaro Fernando Rojas Buitrago, imponiéndole el correctivo de destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años, al encontrar probado el cargo señalado en el artículo 34 "*faltas Gravísimas*" numeral 09 imputado de "*realizar una conducta descrita en la ley como delito, a título de dolo, con ocasión de la función*"; absolviéndolo del otro cargo consignado en la decisión del 28 de octubre de 2015, tipificado en el artículo 35 "*faltas Graves*" numeral 19 "*invocar influencias simuladas con el fin de obtener traslado*" (fls.118-119).

En primer lugar es necesario destacar que la conducta sancionable debe ser **a) constitucional o legal** (Ley entendida en sentido material); **b) preexistente**, es decir, anterior al hecho que motiva la actuación o proceso correspondiente, y **c) explícita**.³⁶

Bajo ese contexto, la Ley 1015 de 2006 "Por medio de la cual se expide el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional", dispuso:

Artículo 33.*Clasificación. Las faltas disciplinarias se clasifican, en:*

1. Gravísimas.
2. Graves.
3. Leves.

³⁶ Así lo consideró la Corte Constitucional, en sentencia C- 429 de 2001.

Artículo 34. *Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:*

(...)

9. *Realizar una conducta descrita en la ley como delito, a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo.*

Del texto de la norma se desprende que, constituye falta gravísima, que al tenor del artículo 44 ibídem, da lugar a la sanción de destitución, incurrir en la conducta descrita bajo los siguientes supuestos:

- 1.- Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito.
- 2.- Que esa descripción típica consagrada en la ley sea sancionable como delito a título de dolo.
- 3.- Que la conducta descrita se cometa: i) en razón, ii) con ocasión, o iii) como consecuencia de la función o cargo, o iv) abusando del mismo.

De acuerdo con la descripción inequívoca de la falta, la aplicación de la norma disciplinaria que da lugar a la imposición de la máxima sanción, no depende de la valoración previa de un juez penal respecto de la responsabilidad que se impute al investigado. La conducta allí descrita realizada por un sujeto disciplinable da lugar a la imposición, de manera autónoma, de la sanción disciplinaria, independientemente de la penal.

El Consejo de Estado se ha ocupado de este asunto y en decisión calificada de importancia jurídica concluyó:

“De acogerse la interpretación que plantea el demandante, en el sentido de que la competencia para sancionar disciplinariamente en razón de la comisión de un delito nace sólo después de que un juez penal declare responsable al funcionario, se desconocerían los objetivos y la finalidad perseguidos por la ley disciplinaria.

También se incluiría una condición que la ley no previó, ignorando de esta manera, el principio de libertad configurativa del legislador, derivado de la competencia general prevista en el artículo 150 de la CP al Congreso, en consonancia con el artículo 124 ídem, por el cual es éste quien tiene la competencia para determinar la responsabilidad³⁷ de los servidores y la manera de hacerla efectiva, estando facultado para diseñar y graduar las faltas y sanciones correspondientes dentro de un marco de respeto por los principios superiores.

En este punto, el principio de responsabilidad jurídica de los particulares y los servidores públicos está previsto en el artículo 6 de la CP, al establecer que: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. Este principio dentro del que se enmarca el ejercicio de la función pública y al que quedan sometidas de manera imperativa todas aquellas personas que se vinculan al Estado, armoniza con las disposiciones constitucionales previstas en los artículos 121, 122, 123, 127, 128 y 209.

En lo que respecta a la sanción disciplinaria, ésta al tenor del artículo 16 de la Ley 734 de 2002 “tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública”.

Igualmente se resalta que el régimen disciplinario garantiza la efectiva observancia de los deberes que el servicio le impone a los funcionarios con el fin de asegurar el correcto funcionamiento de la administración pública. Esta finalidad en nada resulta incompatible, como tampoco se confunde con la responsabilidad penal que se derive de la conducta típicamente enjuiciable.”³⁸

Sobre el particular, al considerarlo pertinente, trajo a colación las consideraciones de la Corte Constitucional en sentencia C-427 de 1994, en la que se fijaron unas diferencias entre la responsabilidad de tipo disciplinario y la penal como consecuencia de la conducta imputable a los servidores públicos, así como sobre la definición de la naturaleza propia de las causales disciplinarias:

“(…) Es cierto que existen elementos comunes entre el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario en lo que tiene que ver con la definición y determinación de una conducta prohibida por la ley (tipicidad), en cuanto a la responsabilidad imputable al sindicado, y a la existencia de un procedimiento que asegure el debido proceso en la investigación y juzgamiento de las conductas ilícitas y la medición

³⁷ Concepto que comprende, en el ámbito del incumplimiento de los deberes que le imponen al servidor público (como a los demás sujetos disciplinables) el ordenamiento jurídico, la responsabilidad disciplinaria.

³⁸ Citada previamente, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia del once (11) de diciembre de dos mil doce (2012), Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00012-00(IJ), Actor: Fernando Londoño Hoyos, Demandado: Procuraduría General de la Nación

de las sanciones; no es menos cierto que de lo anterior no puede concluirse que se trata de unos mismos procedimientos, pues los fines perseguidos, la naturaleza de las faltas en general, y las sanciones por sus particulares contenidos, difieren unos de otros.

La prohibición legal de la conducta delictiva tiene por fin la defensa de la sociedad, mientras que la falta disciplinaria busca proteger el desempeño del servidor público, con miras al cumplimiento de la función pública.

La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en la que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio, de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron.

(...)

La naturaleza propia de las causales disciplinarias tanto en la legislación nacional como en la extranjera, no permite tener la causal, en manera alguna, en contravía de la lógica jurídica que inspira a los sistemas legales de esta clase. Pues esas causales, que interesan finalísticamente consideradas, a una lógica de tratamiento de gobierno de la función pública y del interés general, tienen en sus contenidos habituales elementos tales como las "buenas costumbres", la "moral", el "mal comportamiento social", entre otros, en los que el poder disciplinario encuentra soporte a sus decisiones. Y debe distinguirse este poder sancionatorio-disciplinario del sancionatorio-penal, pues mientras éste opera en el ámbito delincuencial, aquel lo hace en el administrativo.

(...)

Lo anterior no significa que las conductas tipificadas como falta disciplinaria, no puedan ser claramente reconocidas por el servidor público, quien además, al encontrarse en una de ellas, será juzgado conforme a la racionalidad propia de la causal, por la autoridad disciplinaria.

Sobre este aspecto de la falta disciplinaria, y utilizando criterios diferenciadores con la tipicidad de la conducta criminal, se ha pronunciado la jurisprudencia nacional en distintas oportunidades. La Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en sentencia de junio 5 de 1975, expresó:

*"Las faltas disciplinarias, en cambio, no son diseñadas con el mismo pormenor, (que las acciones delictuosas), y de ordinario se las señala en diversos ordenamientos por vía genérica, que dan margen de apreciación a quien haya de calificarlas, pudiendo éste, para bien de la función pública, decidir en algunas circunstancias si un hecho ofrece aspectos suficientemente reprobables para justificar o no (sic) un correctivo disciplinario. Este proceder se aleja del principio sobre la legalidad de los delitos. Y las represiones disciplinarias, además de latas e individualizables, según la sana crítica del juzgador, se refieren siempre a la situación del inculpaado en calidad de funcionario, de modo que apenas la afectan en relación con el servicio público, o sea con la actividad que atienda (amonestación, anotación en la hoja de vida, multa deducible del sueldo, suspensión, destitución, etc.). Obsérvese, en fin, que la represión disciplinaria es independiente de la penal, de modo que si el acto de un funcionario es a la vez de naturaleza penal y de carácter disciplinario, el sujeto infractor puede ser sancionado tanto por el delito como por la falta disciplinaria, con cada uno de los correctivos previstos en los mandatos pertinentes". (G.J. Tomos CL II y CLIII números 2393 y 2394 pgs 86 y 87)."*³⁹

En este orden de ideas, la causal descrita en el numeral 9 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, encuentra justificación dentro de la autonomía que le es propia al derecho disciplinario, y la imposición de la sanción de destitución (establecida la culpabilidad del sujeto), por haber incurrido el sujeto disciplinable en la falta gravísima descrita en la norma, no está condicionada a la existencia de un pronunciamiento del juez que declare la responsabilidad penal de la conducta. Esto en tanto, el proceso administrativo disciplinario persigue una finalidad distinta al juicio penal, atendiendo el objeto y los bienes jurídicos que se protegen en una y otra disciplina.

³⁹ Corte Constitucional MP. Fabio Morón Díaz.

Las faltas disciplinarias de acuerdo con la preceptiva constitucional contenida en el artículo 124, son definidas por el legislador y, como lo ha reiterado la Corte Constitucional: “...corresponden a descripciones abstractas de comportamientos que, **sean o no delitos**, enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas disposiciones que las consagran estatuyan, también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas”⁴⁰.

En el presente asunto, los elementos estructurales de la falta gravísima descrita en el artículo 34, numeral 9 de la 1015 de 2006, que dio lugar a la imposición de la máxima sanción disciplinaria, de manera autónoma e independiente a cualquier decisión respecto de la responsabilidad penal a que hubiere lugar, se acreditaron dentro de la actuación adelantada a instancias de la Jefatura de Control Disciplinario y posteriormente ante la Inspección General de la Policía Nacional, en los términos y condiciones que quedaron consignadas previamente, por cuanto la valoración de la conducta que efectúa la autoridad disciplinaria no comprende la verificación de un comportamiento antijurídico, sino el quebrantamiento sustancial de un deber funcional, que para el caso en particular, en su condición de servidor público, al actor le correspondía cumplir sus deberes y respetar las prohibiciones establecidas en la ley, para de esa manera salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad e imparcialidad en el ejercicio de su cargo. Por lo que concluye el Despacho que no prospera la causal alegada.

ii) Del cargo de falsa motivación: E indebida adecuación, pues el ingrediente normativo no se adecua a la conducta por la que se responsabiliza al actor, aduciendo además una incorrecta valoración probatoria.

Respecto a las alegaciones del demandante para soportar este cargo de nulidad, el Despacho se aparta del criterio expresado por la parte actora, en la medida en que, según se demostró dentro de la actuación administrativa disciplinaria adelantada en contra del ex patrullero Álvaro Fernando Rojas Buitrago, y tal como quedó consignado a lo largo de este proceso, el demandante, pese a sus argumentos de no encontrarse en servicio al momento mismo de la solicitud de dinero al intendente si lo es que tal petición se dio con ocasión a su labor en la Policía Nacional como miembro de la unidad de protección alegando influencias a las que tenía acceso por su labor exigió el dinero que finalmente le fue consignado, es decir, adecuándose a lo que la norma precisa “*cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo*” (numeral 9º artículo 34 de la Ley 1510 de 2006).

Expresamente se consignó así en las decisiones acusadas, en las que considerando que el Patrullero Álvaro Fernando Rojas Buitrago en el mes de abril de 2013, se encontraba adscrito a la Dirección de Protección y Servicios Especiales de la Policía Nacional DIPRO, laborando en el grupo de Protección a Personas Varias en el cargo de hombre de protección⁴¹, inició la conducta disciplinara en reunión sostenida en una cafetería en el barrio el Tintal en la ciudad de Bogotá, con el señor Intendente John Jairo Varón (quejoso).

Para determinar la tipicidad y antijuridicidad de la conducta, el Consejo de Estado en reciente providencia en la que estudiaba la legalidad de la sanción impuesta a un empleado de la Contraloría General de la República por hechos que ocurrieron fuera de la entidad en horas no laborales, entre funcionarios públicos, señaló:

“De allí se deriva que la falta disciplinaria se realiza por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, por extralimitación de sus funciones, pero también con ocasión de ellos⁴², concepto que se acompasa con la finalidad del derecho disciplinario, esto es, la búsqueda del interés general encausado a través de la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado, en los términos del artículo 2 de la Carta Política, cuyo tenor literal es el siguiente:

(...)

Bajo tales parámetros, la función pública envuelve el desarrollo de labores asignadas por la Constitución, la ley o el reglamento, con las cuales se pretende: i) cumplir los fines del Estado y; ii) la satisfacción del bien general. Por ende, la ejecución de la misma conlleva que quienes deben cumplirla lo hagan con respeto y acatamiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política.»

(...)

El estudio que hizo la Corte acerca de la aplicabilidad del derecho disciplinario para sancionar el comportamiento del servidor público cuando su proceder se desarrolle en un rol privado y no en ejercicio de sus funciones, es perfectamente aplicable para las demás actuaciones que tengan esta connotación, eso sí, siempre que la conducta

⁴⁰ Corte Constitucional M.P. José Gregorio Hernández Galindo

⁴¹ Folios 32-50 del expediente disciplinario.

⁴² Artículo 27 de la Ley 734 de 2002.

desplegada por el servidor público en estas condiciones tenga la virtualidad de afectar la función pública, el interés general o los fines del Estado. Aunado a lo anterior, es importante anotar que la Corte Constitucional ha señalado que sobre los servidores públicos pueden existir cargas adicionales a las que se exigen al común de los ciudadanos, en razón a que estos son la representación del Estado y los encargados de velar por el bienestar general de la comunidad, luego les corresponde con sus actuaciones ser ejemplo en cuanto al cumplimiento del ordenamiento jurídico⁴³.

(...)

Igualmente, se resalta que el disciplinado junto con las otras personas que se dirigían a la mencionada actividad se transportaban en los buses que la entidad destinó para tal fin y además que su participación sería en representación de la Contraloría General de la República, lo cual quiere decir que la conducta que desarrollara estaba dentro del ámbito institucional, de manera que su comportamiento no puede ser considerado como de la órbita privada del servidor público, como quiera que se dio en virtud de su vinculación laboral con la entidad demandada, como se anotó en precedencia y con ocasión del servicio.

(...)

Lo anterior, desvirtúa el argumento del actor, según el cual, no puede imputársele responsabilidad disciplinaria como quiera que la conducta reprochada no fue realizada en ejercicio de las funciones que le fueron asignadas como profesional universitario grado 02 en la Contraloría General de la República. Ello por cuanto, en su sentir, los artículos 6, 118, 256 numeral 3 y 277 numeral 6 de la Constitución establecen que el objeto de la norma disciplinaria es la conducta oficial y que la responsabilidad de los servidores públicos tiene relación con la existencia de límites a la atribución pública y con las funciones que desempeña (artículo 122 CP).

En efecto, de admitir el argumento según el cual solamente son disciplinables aquellas faltas cometidas en estricto desarrollo de las funciones asignadas, se desconocería el hecho de que existen deberes de mera conducta que le impone la ley al servidor público, tal como lo es el de «Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud⁴⁴ a las personas con que tenga relación por razón del servicio» establecida por el artículo 34 numeral 6 de la Ley 734 de 2002, en consonancia con las prohibiciones señaladas por el mismo régimen disciplinario en el artículo 35 numerales 185 y 686.

Adicionalmente, es claro que el artículo 27 de la mencionada Ley 734 de 2002 dispone que las faltas disciplinarias «se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones», es decir, la conducta es disciplinariamente relevante si se despliega durante una actividad que desarrolle el sujeto por virtud de una vinculación legal y reglamentaria o del ejercicio de funciones públicas que tenga a su cargo.»⁴⁵

Conforme al material obrante en el expediente, y de conformidad con la jurisprudencia precitada, considera el Despacho que las pruebas documentales y testimoniales relacionadas en las decisiones de instancia, permitieron demostrar que el señor Álvaro Fernando Rojas incurrió en la falta disciplinaria endilgada, pues se menciona en las mismas que a partir de una conversación que sostuvo con el intendente quejoso el patrullero declarante, este último le solicitó una suma de dinero para garantizar un traslado arguyendo influencias para ello, lo que a la luz del ordenamiento jurídico en materia penal constituye una conducta punible tipificada como Concusión⁴⁶, por lo que quien tiene la potestad disciplinaria y debe adelantar la investigación a fin de establecer la responsabilidad es la entidad fue quien efectivamente así lo hizo, logrando acreditar el elemento de **tipicidad** de la conducta, habida cuenta que los elementos de juicio incorporados a ese mismo proceso disciplinario permiten concluir que el señor Patrullero Álvaro Fernando Rojas solicitó dinero a fin de intervenir o participar en alguna gestión.

En consecuencia, aunque en la exacta fecha y hora de la reunión sostenida entre el demandante y el quejoso, el primero de ellos no se encontrara en servicio activo, esta situación por sí sola no desvirtúa la tipificación de la conducta disciplinable, puesto que la norma refiere “...*en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo...*”, y tal como lo enunciara el Consejo de Estado en la jurisprudencia transcrita, el que utilizara su posición en la institución como agente de protección de cierta persona de influencia, o su investidura de patrullero y por ende miembro de la institución policial para asegurarle al quejoso que podía y lograría que se realizara su traslado de Boyacá al Casanare, ya se encuadra dentro del presupuesto normativo previamente descrito; destacándose que en esta disposición disciplinaria no se hace la exigencia específica de que el investigado deba estar en servicio activo para que se aplique la conducta, pues los valores y los bienes jurídicos protegidos se afectan con la utilización de la investidura para tomar decisiones o llevar a cabo acciones que afectan la moral administrativa y su deber funcional.

⁴³ Corte Constitucional Sentencia C-280 de 1996.

⁴⁴ Expresiones subrayadas declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 de 2012.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, sentencia del diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018) SE, Rad. No.: 11001-03-25-000-2013-01092-00(2552-13), Actor: Francisco Javier Guillermo Barreto Vásquez, Demandado: Contraloría General de la República.

⁴⁶ Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal” en su **Artículo 404. Concusión**. *El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constrinja o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa decincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.*

Es pertinente esbozar que la falsa motivación alegada debe ser probada por el actor, no es suficiente que mencione que existió otro motivo diferente, por su simple parecer o especulación, sino que tiene que demostrar sobradamente la misma.

Igualmente, de los argumentos señalados en precedencia, es importante exponer que de conformidad con el principio de la carga de la prueba, que por regla general, tal como lo dispone el art. 167 del CGP., incumbe a las partes probar el supuesto fáctico normativo del cual se persigue un efecto jurídico deseado. Y atendiendo a que en el caso del llamamiento a calificar servicios por ser un acto recubierto de presunción de legalidad y con una motivación en el texto legal, le compete entonces a quien lo acusa acreditar la existencia de razones diferentes al buen servicio que a su juicio hayan determinado tal decisión de la administración.

La jurisprudencia al desarrollar la noción de carga de la prueba, también ha tenido en cuenta las consecuencias jurídicas que de ella se desprenden; así por ejemplo, ha dicho: “(...) *«no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota»* (...) *quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa. Si aquél no cumple con su onus probandi, la consecuencia que habrá de asumir será la desestimación, en la sentencia, de su causa petendi...*”⁴⁷. Razones por las que se concluye que pese a que corresponde al actor acreditar con suficiencia y certeza, que el acto de llamamiento a calificar servicios es contrario a derecho por encubrir motivos diversos al buen servicio, a fin de conseguir el amparo; en el presente caso el demandante no lo hizo.

En conclusión, en el *sub lite*, el actor no acreditó los fundamentos de sus pretensiones, lo que permite afirmar que al demandante no le asiste razón en lo pretendido con su demanda, pues no logró desvirtuar la presunción de legalidad propia de los actos administrativos, por tanto, estos continúan surtiendo sus efectos jurídicos y se considera expedido conforme a las disposiciones normativas. En consecuencia, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

Costas: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....”*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁴⁸, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”*. (Subrayas propias)

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 4 de febrero de 2010, exp. 17720.

⁴⁸ Cfr. La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

De otra parte, el Consejo de Estado⁴⁹ ha señalado que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación: *“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley” Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>⁵⁰”*

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han probado las mismas en esta instancia procesal⁵¹ y, por cuanto su actividad se ciñó a los principios de lealtad y buena fé procesal.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO.- NO CONDENAR EN COSTAS, conforme a lo expuesto en precedencia por no aparecer probadas.

TERCERO.- Una vez en firme esta sentencia, archívese las diligencias previo registro por el sistema siglo XXI

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

⁴⁹ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), Sección Cuarta con ponencia del Consejero OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, Radicación No. (20486) Actor Diego Javier Jiménez Giraldo Demandado: Dirección De Impuestos Y Aduanas Nacionales DIAN.

⁵⁰ Cfr. las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA y otros.

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 25 de mayo de 2006. Rad. 2001-04955-01 (2427-2004) “(...) sólo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas”.