JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52)
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Proceso:	**110013342-052-2017-00286-00**
Demandante:	**LUIS ARMANDO BANDERA NOVA**
Demandado:	**NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL**
Asunto:	**Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Sentencia de primera instancia –Disciplinario**

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el señor Luis Armando Bandera Nova en contra de la Nación –Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Luis Armando Bandera Nova, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los fallos proferidos los días 13 de abril de 2016 y 17 de agosto de 2016, mediante los cuales el Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional responsabilizó disciplinariamente al actor y le impuso una destitución e inhabilidad por el término de 11 años y se confirmó la decisión, respectivamente.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación –Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional:

Reintegrar al demandante al servicio activo de la Policía Nacional al cargo que corresponda en antigüedad al día de su reintegro, teniendo en cuenta el escalafón al momento del retiro del servicio.

Eliminar de la hoja de vida los antecedentes disciplinarios impuestos como consecuencia de la investigación disciplinaria.

Reconocer y pagar a favor del demandante los salarios, primas, subsidios, prestaciones legales y extralegales que correspondan al cargo de intendente de la Policía Nacional, dejados de percibir desde el momento en que se ejecutó el retiro hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro en cumplimiento de la sentencia que así lo ordene.

Reconocer y pagar las sumas por concepto de gastos médicos, odontológicos, hospitalarios y asistenciales para él y su familia en que incurrió por el tiempo que estuvo desvinculado.

Declarar para todos los efectos legales, prestaciones sociales y tiempo de servicio que no hubo solución de continuidad en el servicio prestado desde la fecha en que fue retirado del servicio activo hasta que sea efectivamente reintegrado a la Policía Nacional.

Reconocer y pagar el daño antijurídico causado como es el lucro cesante presente y futuro.

Reconocer y pagar la suma de $8.770.000 por concepto de daño patrimonial correspondiente a los perjuicios materiales causados como lucro cesante presente, representados en los salarios dejados de percibir.

Ajustar los anteriores valores con base en los porcentajes del índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

Cumplir la sentencia en los términos dispuestos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 450 a 453):

El actor ingresó a la Policía Nacional en el grado de patrullero el 6 de octubre de 2006, de conformidad con la Resolución 04986 del 22 de septiembre de 2006. Por lo tanto acumuló un total de 9 años, 11 meses y 20 días.

El 19 de octubre de 2014, el demandante se encontraba adscrito a la Tercera Estación de Policía Santafé, realizando un segundo turno en las instalaciones de la URI de menores –Centro Transitorio Amigoniano.

En el recinto de menores se encontraba privado de la libertad Rafael Junior Galván Buitrago de 16 años de edad, por los hechos de hurto a personas en el centro de Bogotá, quien ya había sido privado de la libertad los días 18 de marzo de 2014, 19 de junio de 2014, 21 de septiembre de 2014 y 16 de octubre de 2014.

El actor en cumplimiento de sus funciones en el establecimiento de reclusión de menores recibió sin evidenciar algún tipo de lesión en su humanidad a Rafael Junior Galván Buitrago, de parte del patrullero Edgar Felipe Hernández Rairan, quien le manifestó que el menor se había fugado por los techos y que fue recapturado al llegar a las instalaciones de la Secretaría de Salud Distrital.

El Capitán Iván Josué Quitián Cubides remitió medio magnético a la Oficial Jefe de Protección y Servicios Especiales MEBOG el 22 de octubre de 2014, que contiene un video de la cámara de seguridad de la Secretaría Distrital de Salud, que da cuenta de una agresión a un adolescente por parte de los uniformados, entre ellos el Patrullero Edgar Felipe Hernández Rairan y los uniformados con identificación en las chaquetas correspondientes a los números 114517, 88047 y 35578.

El 29 de octubre de 2014, la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Bogotá dio apertura a la indagación preliminar bajo el número P-MEBOG-2014-267 en contra del personal por establecer.

El Jefe de Grupo de Intendencia de la Policía Metropolitana de Bogotá envió correo electrónico el 29 de octubre de 2014, por el cual señaló que la chaqueta

con número 35578 corresponde al patrullero Luis Armando Bandera Nova, por lo tanto se vinculó a la investigación disciplinaria al demandante.

El Jefe de Control de la Oficina avoca conocimiento de la indagación preliminar el 1º de noviembre de 2014 y notifica la decisión al señor Bandera Nova el 5 del mismo mes y año.

Mediante auto No. 056 del 5 de agosto de 2015, la Oficina de Control Interno cita al actor para comparecer a la audiencia dentro de la investigación disciplinaria No. COPEC4-2015-18 y lo acusa de transgredir el numeral 18 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, que al tenor dispone: *"Causar daño a la integridad de las personas como consecuencia en el exceso del uso de la fuerza".*

La audiencia disciplinaria se inició el 11 de septiembre de 2015, la cual fue reanudada el 23 del mismo mes y año, en la cual fueron escuchados los alegatos de las partes.

El 28 de septiembre de 2015, la Oficina de Control Interno profirió fallo disciplinario de primera instancia, en el cual se resolvió declarar responsable disciplinariamente al actor y por ende, se le impuso una sanción de destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos de 11 años.

Contra la anterior decisión se presentó recurso de apelación ante la segunda instancia a cargo del Inspector Delegado, quien manifestó que el auto del 5 de agosto de 2015, por el cual se citó al actor a la audiencia no cumplió con los requisitos del artículo 162 de la Ley 734 de 2002, teniendo en cuenta que no se encontraba la prueba que demostrara la responsabilidad del investigado y que acreditara de manera médica o pericial el uso excesivo de la fuerza que generara daños al menor Rafael Junior Galván Buitrago.

El 29 de enero de 2016, el Jefe de la Oficina de Control Interno de la Policía Nacional citó mediante auto al actor a diligencia No. 15, en cual acusó al señor Bandera de cometer la falta consagrada en el numeral 9º del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, según el cual *"Realizar una conducta descrita en la ley como delito, a título de dolo, cuando se cometa con ocasión de la función."*

El día 15 de marzo de 2016, se inició audiencia disciplinaria en contra del señor Bandera Nova, la cual se dio por terminada el 30 del mismo mes y año, para dar lugar a la audiencia de alegaciones adelantada el 7 de abril de 2016.

El Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Policía Metropolitana de Bogotá profirió fallo de primera instancia el 13 de abril de 2016, mediante el cual decidió declarar responsable disciplinariamente al demandante y le impuso una destitución e inhabilidad por el término general de 11 años para ejercer cargos públicos.

Contra la anterior decisión se interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto previo alegatos de las partes ante el Inspector Especial Delegado de la Policía Metropolitana de Bogotá, quien profirió fallo de segunda instancia el 17 de agosto de 2016, en el sentido de confirmar la decisión.

El Director General de la Policía Nacional expidió la Resolución No. 06075 del 22 de septiembre de 2016, por medio de la cual se resolvió retirar del servicio activo de la Institución al señor Bandera Nova, la cual se notificó al demandante el 12 de octubre de 2016.

La parte actora radicó solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación el 16 de enero de 2017, la cual fue declarada fallida el 1° de marzo del mismo año.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita los artículos 1, 2 y 29 de la Constitución Política, artículos 6, 8, 18, 19 y 165 de la Ley 734 de 2002 y los artículos 5, 15, 17, 18 y 21 de la Ley 1015 de 2006.

Señaló que de conformidad con el artículo 165 de la Ley 734 de 2002, el pliego de cargos se puede variar siempre y cuando se encuentre concluida la etapa probatoria y hasta antes del fallo de primera instancia, en caso de que se encuentre un error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente.

Así las cosas, adujo que se citó al actor para adelantar audiencia mediante auto del 5 de agosto de 2015, en la cual se acusó de haber transgredido el numeral 18 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, esto es, por *"Causar daño a la integridad de las personas como consecuencia en el exceso del uso de la fuerza"*, la cual se mantuvo en el fallo de primera instancia.

No obstante lo anterior, indicó que al remitirse en segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión, el Inspector Delegado consideró que no se cumplía con los requisitos del artículo 162 de la Ley 734 de 2002, por el hecho de que no se encontraba demostrada objetivamente la falta y que no existía en el expediente prueba que comprometiera la responsabilidad del investigado, conllevando a la nulidad de la investigación disciplinaria desde el auto de citación por vulneración al debido proceso y derecho de defensa del investigado.

En ese sentido, el apoderado de la parte actora adujc que el hecho de que falten pruebas que relacionen el cargo endilgado con los hechos objeto de investigación obedecen a un error en la calificación jurídica, ante lo cual no es procedente declarar la nulidad, puesto que tal decisión tuvo como resultado disfrazar una variación en el pliego de cargos, por ende, según su dicho lo procedente era absolver al demandante de responsabilidad alguna ya que no existía prueba que demostrara su participación en los hechos.

Además, resaltó que si bien el artículo 144 de la Ley 732 de 2002, faculta al fallador de segunda instancia a declarar la nulidad de manera oficiosa, lo cierto es, que la causal de nulidad invocada resulta infundada y solo busca corregir el error cometido en primera instancia al realizar una calificación jurídica de la falta disciplinaria sin pruebas que la sustentaran.

Manifestó, que de conformidad a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia *"no basta con que el acto sea arbitrario, también debe ser injusto y la injusticia del acto debe buscarse en la afectación ocasionada con el acto caprichoso" es decir que se trata de un delito de resultado, no es de mera conducta"*.

Por lo tanto, precisó que en el caso del actor se exigía un resultado, que no es otro que causar daño a la integridad física de una persona, pero que de conformidad a lo

dispuesto en segunda instancia, no existían las pruebas que así lo demostraran, lo que da a concluir que no concurrió un medio de prueba que demostrara el resultado exigido para la configuración de este tipo penal.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación –Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 12 a 17 del cuaderno 2).

El apoderado de la Nación -Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Adujo, que los actos administrativos contenidos en los fallos de primera y segunda instancia, acusados en el asunto de la referencia fueron expedidos por la entidad que representa en cumplimiento estricto de las normas y procedimientos legales que regulan el proceso disciplinario para los miembros de la Policía Nacional.

Por lo anterior, afirmó que no existe infracción en las normas en que debía fundarse las decisiones disciplinarias, ni expedición irregular del mismo, por el contrario adujo que se expidieron conforme a la normatividad que los regula, en garantía de los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y del principio de publicidad.

Explícitamente argumentó que se respetó el derecho fundamental al debido proceso, en consideración a que en la investigación adelantada en contra del señor Bandera Nova se desarrollaron todas las etapas procesales, en observancia de los presupuestos procesales de existencia, validez y eficacia, tal y como lo ha determinado el Consejo de Estado.

Afirmó que la entidad que representa realizó una valoración de lo que se encontraba en el expediente, lo cual le permitió dentro de sus facultades legales estudiar la graduación de la culpabilidad disciplinaria.

Por lo tanto, resaltó que el fallador hizo uso de todos los elementos probatorios para decidir en primera y segunda instancia que el actor incurrió en una falta disciplinaria, objeto de sanción.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) *"Acto administrativo ajustado a la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia"*, al señalar que los actos administrativos atacados se expidieron atendiendo los presupuestos de existencia, validez y eficacia procesal; (ii) *"Indebida acumulación de pretensiones"*, la cual fue resuelta en la etapa de excepciones de la audiencia inicial adelantada el 18 de septiembre de 2018 (Fls. 30-36) y (ii) *"Excepción INNOMINADA"*, en el sentido de que se declare la prosperidad de excepción alguna que se encuentre probada en el asunto de la referencia de conformidad al numeral 3º del artículo 175 y del numeral 6º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: La denominada excepción acto administrativo ajustado a la constitución, la ley y la jurisprudencia, encuentra el Despacho que tales consideraciones no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito, pues la finalidad de éstas es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 18 de septiembre del año 2018 (Fls. 30 a 36 del cuaderno No. 2), las partes alegaron de conclusión.

El apoderado de la parte actora, manifestó que no existe prueba del cargo endilgado por el cual se inició proceso disciplinario, por ende se encuentra vulnerado el debido proceso del señor Bandera Nova, lo que según su dicho da lugar a concluir que existió un error en la calificación de la falta endilgada.

Por su parte, el apoderado de la entidad demandada adujo que el actor infringió la norma, teniendo en cuenta que excedió el uso de la fuerza pública sobre la humanidad de un menor vulnerando de esta manera su integridad física, siendo

este un bien jurídicamente tutelado, actuación que se enmarca en el abuso de autoridad por catalogarse como un acto arbitrario o injusto.

De otra parte, indicó que el uniformado en uso de sus funciones debió mantener la disciplina que caracteriza a la Institución Policial, razón por la cual, el comportamiento desplegado por el demandante fue el detonante para proferir los actos causados en el presente proceso y que se presumen legales.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo por este Despacho el 18 de septiembre de 2018 (Fls. 30 a 36 del cuaderno No. 2), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

- ¿Con la expedición de los fallos proferidos los días 13 de abril de 2016 y 17 de agosto de 2016, mediante los cuales se responsabilizó disciplinariamente al actor y se le impuso una destitución e inhabilidad por el término de 11 años y se confirmó la decisión al resolver un recurso de apelación, respectivamente, se desconoció el debido proceso o si por el contrario se hallan ajustados a la Ley?

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia auténtica de documental que refiere a la investigación adelantada en contra de los patrulleros Luis Armando Bandera Nova, Edwin Hernán Concha

Castro, Edgar Felipe Hernández Rairan y Febriany Ariza Portillo, por hechos ocurridos el 19 de octubre de 2014 (Fls. 2-3).

2.2. Copia auténtica del Oficio No. S-2014-028598 del 22 de octubre de 2014, por el cual el Jefe Seccional de Servicio Especiales de la Policía Metropolitana de Bogotá remitió al Comandante Operativo de Apoyo Especializado el oficio del Jefe del Grupo de Infancia y Adolescencia, mediante el cual informa los hechos ocurridos el 19 de octubre de 2014, referentes a las agresiones físicas causadas al menor Rafael Junior Galván Buitrago por parte de unos uniformados (Fl. 4).

2.3. Copia auténtica del Oficio No. S-2014-028341 del 22 de octubre de 2014, por medio del cual el Jefe Grupo de Protección a la Infancia y Adolescencia tramita ante la Jefe Seccional de Protección de Servicios MEBOG la novedad referente a una agresión causada a un adolescente por parte de funcionarios de la Policía Nacional (Fl. 5).

2.4. Copia auténtica de documental por medio de la cual la Directora Administrativa de la Secretaria Distrital de Salud remitió al Jefe del Grupo de Protección de Infancia y Adolescencia MBOG las imágenes y videos captados por el Centro Distrital de Salud el 19 de octubre de 2014 (Fls.6-8).

2.5. Copia auténtica de documental que refiere al carácter de testigo documental que le otorgó la Nación –Ministerio de Defensa Nacional al DVD para ser utilizado como prueba magnética dentro de la etapa preliminar de la investigación (Fl. 49).

2.6. Copia auténtica del auto proferido por la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Bogotá el 29 de octubre de 2014, por medio del cual se dio apertura a la indagación preliminar en contra de un personal por establecer, con ocasión a la agresión ejercida sobre la humanidad de un menor de edad que se fugó del Centro de Detención Preventivo ubicado en la carrera 32 con calle 12, por personal perteneciente a la Policía Nacional el 19 de octubre de 2014 (Fls. 10-12).

2.7. Copia auténtica del correo electrónico remitido por un Funcionario de Control Disciplinario Interno MEBOG el 29 de octubre de 2014, mediante el cual solicitó al

Grupo de Intendencia de la Policía Metropolitana de Bogotá que se informe la identificación del personal policial al que le pertenecen las chaquetas relacionadas con los números 114517, 88047 y 35578 (Fl. 13).

2.8. Copia auténtica del Oficio No. 0728 del 29 de octubre de 2014, mediante el cual el Funcionario de Oficina de Control Disciplinario Interno MEBOG solicitó al Director de Contrato Vigilancia Acosta LTDA, informar el nombre de los guardas de vigilancia que presenciaron los hechos ocurridos el 19 de octubre de 2014 (Fl. 14).

2.9. Copia simple del correo electrónico por el cual el Jefe de Grupo de Intendencia de la Policía Metropolitana de Bogotá indicó al Funcionario de Control Disciplinario Interno MEBOG que los números de las chaquetas corresponden a los patrulleros Edwin Hernán Concha Castro, Fabriany Ariza Portillo y Luis Armando Bandera Nova (Fls.15)

2.10. Copia auténtica de documental expedida por el Director de Contrato de Seguridad de Vigilancia Acosta Ltda. a través del cual atendió la solicitud de la Oficina de Control Disciplinario Interno MEBOG, en el sentido de relacionar las personas que presenciaron los hechos del 19 de octubre de 2014 (Fl. 25), que se pasan a citar:

NOMBRE	CARGO	UBICACIÓN DENTRO DEL DISPOSITIVO
Jairo Huertas Huertas	Supervisor	Supervisor de turno
Aidee Acero Prieta	Vigilante	Filtro Edificio Administrativo
John Montañez Motta	Vigilante	Filtro Vehicular 32
Edwin Guillermo Sánchez Ibáñez	Técnico Operador Medios Tecnológicos	Centro de Seguridad y Control

2.11. Copia auténtica de documentales que contienen la información laboral de los uniformados Luis Armando Bandera Nova, Edwin Hernán Concha Castro, Edgar Felipe Hernández Rairan y Fabriany Ariza Portillo (Fls.17-20).

2.12. Copia auténtica de auto proferido por la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Bogotá el 30 de octubre de 2014, a través del cual se resolvió abrir indagación preliminar en contra de los patrulleros Luis

Armando Bandera Nova, Edwin Hernán Concha Castro, Edgar Felipe Hernández Rairan y Fabriany Ariza Portillo (Fls.21-23).

2.13. Copia auténtica del auto proferido por la Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno MEBOG el 31 de octubre de 2014, por el cual se resolvió *"Remitir por competencia la indagación preliminar radicada en el Sistema Jurídico de la Policía Nacional como P-MEBOG-2014-267, a la oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Bogotá con el fin de que se avoque el conocimiento de la misma, dando la continuidad a la recolección del material probatorio, bajo la ritualidad de la ley 734 de 2002 "Código Disciplinario Único".*

2.14. Copia auténtica del Oficio de fecha 1° de noviembre de 2014, por el cual se remitió al Jefe CODIN COSEC 4 la indagación preliminar con No. 2014-267, adelantada en contra de unos patrulleros de la Policía Nacional entre ellos el señor Bandera Nova (Fl. 27).

2.15. Copia auténtica de la providencia del 1° de noviembre de 2014, por la cual el Jefe de Control Disciplinario Interno COSEC 4 avocó por competencia el conocimiento de la indagación preliminar con número P-MEBOG-2014-267 (Fl.28).

2.16. Copia auténtica de la diligencia de notificación personal del señor Edgar Felipe Hernández Rairan el 4 de noviembre de 2014, del auto que dio apertura a la indagación preliminar No. 2016-267 (Fl.29).

2.17. Copia auténtica de la cédula de ciudadanía del señor Edgar Felipe Hernández Rairan (Fl. 30).

2.18. Copia auténtica de la diligencia de notificación personal del señor Fabriany Ariza Portillo el 4 de noviembre de 2014, del auto que dio apertura a la indagación preliminar No. 2016-267 (Fl.31).

2.19. Copia auténtica de la cédula de ciudadanía del señor Fabriany Ariza Portillo (Fl. 32).

2.20. Copia auténtica de la diligencia de notificación personal del señor Edwin Hernán Concha Castro el 4 de noviembre de 2014, del auto que dio apertura a la indagación preliminar No. 2016-267 (Fl.33).

2.21. Copia auténtica de la cédula de ciudadanía del señor Edwin Hernán Concha Castro (Fl. 34).

2.22. Copia auténtica de correo electrónico del 3 de noviembre de 2014, por medio del cual el Intendente de la Inspección Delegada Especial MEBOG solicitó que se efectúe la notificación personal a los patrulleros Edwin Hernán Concha Castro, Edgar Felipe Hernández Rairan, Fabriany Ariza Portillo y Luis Armando Bandera Nova en cumplimiento de lo ordenado en el auto de apertura de la indagación preliminar No. P-MEBOG-2014-267 (Fls. 35-38).

2.23. Copia auténtica de la diligencia de notificación personal del señor Luis Armando Bandera Nova el 5 de noviembre de 2014, del auto que dio apertura a la indagación preliminar No. 2016-267 (Fl.39).

2.24. Copia auténtica de correo electrónico del 7 de noviembre de 2014, por medio del cual el Intendente de la Oficina de Control Disciplinario Interno MEBOG comunicó al patrullero Edwin Hernán Concha Castro que el 10 de noviembre de 2014, se escucharan en diligencia los testimonios de Jairo Huertas Huertas, Aidee Acero Prieto, Jhon Montañez Motta y Edwin Guillermo Sánchez Ibáñez (Fl. 40).

2.25. Copia auténtica de correo electrónico del 7 de noviembre de 2014, por medio del cual el Intendente de la Oficina de Control Disciplinario Interno MEBOG comunicó al patrullero Edgar Felipe Hernández Rairan que el 10 de noviembre de 2014, se escucharan en diligencia los testimonios de Jairo Huertas Huertas, Aidee Acero Prieto, Jhon Montañez Motta y Edwin Guillermo Sánchez Ibáñez (Fl. 40 A).

2.26. Copia auténtica de correo electrónico del 7 de noviembre de 2014, por medio del cual el Intendente de la Oficina de Control Disciplinario Interno MEBOG comunicó al patrullero Fabriany Ariza Portillo que el 10 de noviembre de 2014, se escucharan en diligencia los testimonios de Jairo Huertas Huertas, Aidee Acero Prieto, Jhon Montañez Motta y Edwin Guillermo Sánchez Ibáñez (Fl. 41).

2.27. Copia auténtica de correo electrónico del 7 de noviembre de 2014, por medio del cual el Intendente de la Oficina de Control Disciplinario Interno MEBOG comunicó al patrullero Luis Armando Bandera Nova que el 10 de noviembre de 2014, se escucharan en diligencia los testimonios de Jairo Huertas Huertas, Aidee Acero Prieto, Jhon Montañez Motta y Edwin Guillermo Sánchez Ibáñez (Fl. 42).

2.28. Copia auténtica de Oficio del 7 de noviembre de 2014, por medio del cual el Intendente de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Nacional solicitó al Director del Contrato de Seguridad de Vigilancia Acosta Ltda se facilite la comparecencia de Jairo Huertas Huertas, Aidee Acero Prieto, Jhon Montañez Motta y Edwin Guillermo Sánchez Ibáñez a diligencia de declaración programada para el 10 de noviembre de 2014 (Fl. 43).

2.29. Copia auténtica de la declaración rendida por el señor Jairo Daniel Huertas Huertas el 10 de noviembre de 2014 (Fls. 44-45).

2.30. Copia auténtica de la declaración rendida por la señora Haydee Acero Prieto el 10 de noviembre de 2014 (Fl. 46-47).

2.31. Copia auténtica de la declaración rendida por el señor John Alexander Montañez Motta el 10 de noviembre de 2014 (Fl. 48-49).

2.32. Copia auténtica de la declaración rendida por el señor Edwin Guillermo Sánchez Ibáñez el 10 de noviembre de 2014 (Fl. 50-52).

2.33. Copia auténtica de escrito presentado ante el Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario Cosec 4 el 10 de noviembre de 2014, por el medio del cual el patrullero Edgar Felipe Hernández Rairan autorizó la expedición del proceso P-MEBOG-2014 y del video (Fl.53).

2.34. Copia auténtica del auto proferido el 10 de noviembre de 2014, por medio del cual la Inspección Delegada Especial MEBOG –Oficina de Control Disciplinario Interno decretó y ordenó la práctica de la declaración del menor Rafael Junior Galván Buitrago de 16 años de edad (Fls. 54-55).

2.35. Copia auténtica de la diligencia de notificación personal efectuada el 11 de noviembre de 2014 al señor Luis Armando Bandera Nova, del auto por medio del cual se decretó y ordenó la práctica de la declaración del menor Rafael Junior Galván Buitrago de 16 años de edad (Fl.56).

2.36. Copia auténtica de la diligencia de notificación personal efectuada el 12 de noviembre de 2014 al señor Fabriany Ariza Portillo, del auto por medio del cual se decretó y ordenó la práctica de la declaración del menor Rafael Junior Galván Buitrago de 16 años de edad (Fl.57).

2.37. Copia auténtica de la diligencia de notificación personal efectuada el 12 de noviembre de 2014 al señor Edwin Hernán Concha Castro, del auto por medio del cual se decretó y ordenó la práctica de la declaración del menor Rafael Junior Galván Buitrago de 16 años de edad (Fl.58).

2.38. Copia auténtica de solicitud presentada por el señor Edwin Hernán Concha Castro el 12 de noviembre de 2014, a través de la cual solicitó copia del proceso que cursa en su contra y del video con el fin de ejercer su derecho de defensa (Fl.59).

2.39. Copia auténtica de constancia secretarial del 12 de noviembre de 2014, por la cual se autoriza la expedición de las copias solicitadas por el patrullero Concha (Fl.60).

2.40. Copia auténtica de escrito del 14 de noviembre de 2014, por medio del cual se solicitó al Grupo Interdisciplinario del Centro Especializado El Redentor la comparecencia del menor Rafael Junior Galván Buitrago con el fin de practicar prueba testimonial (Fl.61).

2.41. Copia auténtica de la diligencia de notificación personal efectuada el 12 de noviembre de 2014 al señor Edgar Felipe Hernández Rairan, del auto por medio del cual se decretó y ordenó la práctica de la declaración del menor Rafael Junior Galván Buitrago de 16 años de edad (Fl.62).

2.42. Copia auténtica de escrito presentado a la Coordinadora del Centro Zonal Especializado de la Localidad de Puente Aranda el 28 de noviembre de 2014, por medio del cual solicitó la asignación de un defensor de familia para practicar la diligencia en la que se recepcionará el testimonio del menor Rafael Junior Galván Buitrago (Fls.63-64).

2.43. Copia auténtica de escrito presentado a la Coordinadora del Centro Zonal Especializado de la Localidad de Puente Aranda el 28 de noviembre de 2014, por medio del cual solicitó la asignación de un defensor de familia para practicar la diligencia en la que se recepcionará el testimonio del menor Rafael Junior Galván Buitrago (Fls.63-64).

2.44. Copia auténtica de entrevista realizada por empleados del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al adolescente Rafael Junior Galván Buitrago el 11 de diciembre de 2014 (Fls. 65-69).

2.45. Copia auténtica de concepto psicológico del adolescente Rafael Junior Galván Buitrago emitido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF (Fl.70).

2.46. Copia auténtica del Oficio No. S-2014-016521 del 11 de noviembre de 2014, a través del cual el patrullero Fabriany Ariza Portillo informó al Jefe de Control Interno Disciplinario que no fue participe de los hechos ocurridos el 19 de octubre de 2014, en atención a que para esa fecha se encontraba laborando en el Área de Control Portuario y Aeroportuario de la Dirección de Antinarcóticos y para el efecto anexa salida de guarnición, memorando 4798 y orden del día No. 197 (Fls. 71-76).

2.47. Copia auténtica de constancia del 22 de diciembre de 2014, por medio de la cual se corrió traslado de la declaración rendida por el adolescente Galván a los patrulleros Luis Armando Bandera Nova, Edwin Hernán Concha Castro, Fabriany Ariza Portillo y Edgar Felipe Hernández Rairan (Fl.77).

2.48. Copia auténtica de auto proferido por la Inspección Delegada Especial MEBOG –Oficina de Control Disciplinario Interno COSEC 4 el 21 de diciembre de

2014, por el cual decretó y ordenó la práctica de unas pruebas con el fin de esclarecer los hechos en la etapa de indagación preliminar (Fls.78-80).

2.49. Copia auténtica de la diligencia de notificación personal efectuada el 22 de diciembre de 2014 al señor Edwin Hernán Concha Castro, del auto por medio del cual se decretó y ordenó la práctica de pruebas (Fl.81).

2.50. Copia auténtica de la diligencia de notificación personal efectuada el 22 de diciembre de 2014 al señor Edgar Felipe Hernández Rairan, del auto por medio del cual se decretó y ordenó la práctica de pruebas (Fl.82).

2.51. Copia auténtica de la diligencia de notificación personal efectuada el 22 de diciembre de 2014 al señor Fabriany Ariza Portillo, del auto por medio del cual se decretó y ordenó la práctica de pruebas (Fl.83).

2.52. Copia auténtica de la diligencia de notificación personal efectuada el 22 de diciembre de 2014 al señor Luis Armando Bandera Nova, del auto por medio del cual se decretó y ordenó la práctica de pruebas (Fl.84).

2.53. Copia auténtica de los correos electrónicos del 10 de febrero de 2015, mediante los cuales el Funcionario CODIN COSEC 4 solicitó fotocopia de la minuta de vigilancia o de servicios del 19 de octubre de 2014, en la que se indique los turnos segundo y tercero en los que se encuentren relacionados los patrulleros Edgar Felipe Hernández Rairan, Luis Armando Bandera Nova y Edwin Concha Castro (Fls. 85-88).

2.54. Copia auténtica del Oficio No. S-2015-004 del 16 de febrero de 2015, mediante el cual el Responsable del Archivo de la Estación Tercera Santafé remitió 3 copia del libro destinado como minuta de vigilancia del Cai Telecom (Fls. 89-92).

2.55. Copia auténtica del Oficio del 22 de abril de 2015, por el cual el Jefe de la Oficina de Talento Humano Kennedy remite minuta de vigilancia o de servicio del 19 de octubre de 2014, correspondiente al segundo y tercer turno prestado por el patrullero Edwin Concha Castro (Fls.93-96).

2.56. Copia auténtica de correo electrónico del 23 de abril de 2015, por el cual se remite la minuta de vigilancia del 19 de octubre de 2014, correspondiente al grupo de responsabilidad penal para adolescentes MEBOG (Fls.97-101).

2.57. Copia auténtica de la declaración rendida por el señor Iván Josué Quitian Cubides el 23 de abril de 2015 (Fls.102-104).

2.58. Copia auténtica del auto proferido por el Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario el 5 de agosto de 2015, por medio del cual se citó a los patrulleros Luis Armando Bandera Nova, Edwin Hernán Concha Castro y Edgar Felipe Hernández Rairan para celebrar audiencia pública dentro del proceso disciplinario (Fls. 105-142).

2.59. Copia auténtica de correo electrónico del 29 de agosto de 2015, a través del cual se solicitó a la Oficina de Control Interno Disciplinario MEVIL realizar la diligencia de notificación al señor Edwin Hernán Concha Castro del proveído del 5 de agosto de 2015 (Fl.143).

2.60. Copia auténtica del Oficio No. S-2015-349 del 6 de agosto de 2015, por medio del cual el Jefe de Control Disciplinario Interno comunicó a la Procuraduría General de la Nación el inicio de la investigación en contra del patrullero Luis Armando Bandera Nova (Fl.144).

2.61. Copia auténtica del Oficio No. S-2015-348 del 6 de agosto de 2015, por medio del cual el Jefe de Control Disciplinario Interno comunicó a la Procuraduría General de la Nación el inicio de la investigación en contra del patrullero Edwin Hernán Concha Castro (Fl.145).

2.62. Copia auténtica del Oficio No. S-2015-347 del 6 de agosto de 2015, por medio del cual el Jefe de Control Disciplinario Interno comunicó a la Procuraduría General de la Nación el inicio de la investigación en contra del patrullero Edgar Felipe Hernández Rairan (Fl.146).

2.63. Copia auténtica de la diligencia de notificación personal del señor Luis Armando Bandera Nova el 31 de agosto de 2015, del contenido del auto que cita a audiencia Radicado con el número SIJUR COPE4-2015-18 (Fls. 147-149).

2.64. Copia auténtica de la diligencia de notificación personal del señor Fabriany Ariza Portillo el 31 de agosto de 2015, del contenido del auto que cita a audiencia Radicado con el número SIJUR COPE4-2015-18 (Fls. 150-151).

2.65. Copia auténtica del escrito por presentado por el señor Bandera Nova el 31 de agosto de 2015, mediante el cual solicitó al Jefe de Control Disciplinario Interno la expedición de las copias del proceso COPE4-2015-18 (Fl.152).

2.66. Copia auténtica de la cédula de ciudadanía del señor Luis Armando Bandera Nova (Fl.153, 440 y 447).

2.67. Copia auténtica de la diligencia de notificación personal del señor Edgar Felipe Hernández Rairan el 31 de agosto de 2015, del contenido del auto que cita a audiencia Radicado con el número SIJUR COPE4-2015-18 (Fls. 154-156).

2.68. Copia auténtica del correo del 1° de septiembre de 2015, por medio del cual el Jefe de Control Disciplinario Interno MEVIL remitió constancia de notificación personal del señor Edwin Hernán Concha Castro al Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno COSEC 4 (Fls.157-160).

2.69. Copia auténtica de constancia de entrega de copias al señor Luis Armando Nova Bandera el 8 de septiembre de 2015 (Fl.161).

2.70. Copia auténtica de poder conferido por el señor Edwin Hernán Concha Castro al abogado Juan Carlos Tapia Garzón, para que represente sus intereses dentro del proceso disciplinario que curso en su contra (Fl. 162).

2.71. Copia auténtica de diligencia de notificación y posesión del abogado Tapias dentro del proceso disciplinario como apoderado judicial del patrullero Concha llevada a cabo el 11 de septiembre de 2015 (Fl.163).

2.72. Copia auténtica de diligencia de notificación y posesión del abogado Edwin Alberto Ponce Mejía dentro del proceso disciplinario como apoderado judicial del patrullero Luis Armando Bandera Nova adelantada el 11 de septiembre de 2015 (Fl.164).

2.73. Copia auténtica del acta de audiencia adelantada el 11 de septiembre de 2015, en la cual luego de agotar las etapas procesales de descargos y pruebas se suspendió con el fin de reanudarla el 23 de septiembre de 2015 (Fls. 165-168).

2.74. Copia auténtica de constancia de entrega de copias obrantes a folios 64 a 69 del expediente, al abogado Juan Carlos Tapia Garzón el 11 de septiembre de 2015 (Fl.169).

2.75. Copia auténtica del acta de audiencia adelantada el 23 de septiembre de 2015, en la cual luego de agotar la etapa de alegatos de conclusión se suspendió con el fin de reanudarla el 28 de septiembre de 2015 (Fls. 170-172).

2.76. Copia auténtica de certificación expedida por el Funcionario de la Oficina Disciplinaria el 28 de septiembre de 2014, en la que hace constar que el señor Bandera Nova devengó la suma de $1.199.543 por correspondiente al salario del mes de octubre de 2014 (Fl.173 y 177).

2.77. Copia auténtica de extracto de la hoja de vida del señor Bandera Nova en la que se indican los servicios prestados a la Institución Policial (Fls.174-176 y 178-183).

2.78. Copia auténtica del fallo de primera instancia proferido por la Oficina de Control Disciplinario Interno del Comando Operativo de Seguridad Ciudadana Número Cuatro MEBOG el 28 de septiembre de 2015, que resolvió declarar probado el cargo y por tanto responsabilizó disciplinariamente al señor Bandera Nova e impuso el correctivo disciplinario de destitución e inhabilidad general de 11 años (Fls.184-238).

2.79. Copia auténtica del Oficio No. S-2015-379 del 29 de septiembre de 2015, por el cual se remitieron al Inspector Delegado Especial MEBOG los recursos de apelación interpuestos en contra del fallo de primera instancia (Fl.239).

2.80. Copia auténtica del auto proferido por el Inspector Delegado Especial MEBOG el 19 de octubre de 2015, mediante el cual declaró la nulidad de la actuación disciplinaria desde el auto del 5 de agosto de 2015, que citó a la partes para adelantar audiencia pública, por encontrar demostrada la vulneración de los derechos al debido proceso y defensa (Fls.240-246).

2.81. Copia auténtica del Oficio No. S-2015-1339 del 20 de octubre de 2015, por medio del cual la Inspección Delegada Especial devolvió el expediente al Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno en razón a la nulidad decretada (Fl.247).

2.82. Copia auténtica de la notificación personal efectuada al señor Luis Armando Bandera Nova de la decisión que declaró la nulidad contenida en el auto proferido el 19 de octubre de 2015 (Fl.248).

2.83. Copia auténtica de la notificación personal efectuada al señor Edwin Alberto Ponce Mejía de la decisión que declaró la nulidad contenida en el auto proferido el 19 de octubre de 2015 (Fl.248).

2.84. Copia auténtica de correo electrónico del 4 de diciembre de 2015, por medio del cual se notifica personalmente al abogado Juan Carlos Tapia Garzón de la decisión que declaró la nulidad contenida en el auto proferido el 19 de octubre de 2015 (Fls.250-251).

2.85. Copia auténtica de la notificación personal efectuada al señor Edgar Felipe Hernández Rairan de la decisión que declaró la nulidad contenida en el auto proferido el 19 de octubre de 2015 (Fl.252).

2.86. Copia auténtica de la notificación personal efectuada al señor Fabriany Ariza Portillo de la decisión que declaró la nulidad contenida en el auto proferido el 19 de octubre de 2015 (Fl.253).

2.87. Copia auténtica del auto proferido el 29 de enero de 2016, por medio del cual el Jefe de Control Disciplinario COSEC 4 MEBOG resolvió citar a los patrulleros Luis Armando Bandera Nova, Edwin Hernán Concha Castro y Edgar Felipe Hernández Rairan para adelantar audiencia pública dentro del proceso disciplinario (Fls.254-302).

2.88. Copia auténtica de la diligencia de notificación personal del señor Edwin Alberto Ponce Mejía el 7 de marzo de 2016, del contenido del auto que cita a audiencia Radicado con el número SIJUR COPE4-2015-18 (Fls. 303-306).

2.89. Copia auténtica de la diligencia de notificación personal del abogado Juan Carlos Tapia Garzón el 7 de marzo de 2016, del contenido del auto que cita a audiencia Radicado con el número SIJUR COPE4-2015-18 (Fls. 307-310).

2.90. Copia auténtica de la diligencia de notificación personal del señor Edgar Felipe Hernández Rairan el 7 de marzo de 2016, del contenido del auto que cita a audiencia Radicado con el número SIJUR COPE4-2015-18 (Fls. 311-313).

2.91. Copia auténtica de la diligencia de notificación personal del señor Fabriany Ariza Portillo el 7 de marzo de 2016, del contenido del auto que cita a audiencia Radicado con el número SIJUR COPE4-2015-18 (Fls. 314-315).

2.92. Copia auténtica de constancia de ejecutoria del 14 de marzo de 2016, que indica que ha quedado debidamente ejecutoriada y en firme la terminación del proceso concerniente al señor Fabriany Ariza Portillo (Fl.316).

2.93. Copia auténtica de correo electrónico del 13 de marzo de 2016, por medio del cual se solicitó a la unidad MEBOG GINAD efectuar la notificación al patrullero Edgar Felipe Hernández Rairan para que asista al Despacho Disciplinario el 13 de marzo de 2016 (Fl.317).

2.94. Copia auténtica del acta de audiencia adelantada el 15 de marzo de 2016, en la cual luego de agotar las etapas procesales de descargos y pruebas citó para audiencia de alegaciones el 7 de abril de 2016 (Fls. 318-327).

2.95. Copia auténtica de correo electrónico del 6 de abril de 2016, por el cual el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno COSEC 4 MEBOG solicitó a la Unidad MEBOG GINAD la colaboración en la notificación del señor Edgar Felipe Hernández Rairan para que le informe de la citación para el día 7 de abril de 2016 (Fl.328).

2.96. Copia auténtica del acta de audiencia disciplinaria adelantada el 7 de abril de 2016, en la cual una vez las partes alegaron de conclusión se notificó de la lectura del fallo de primera instancia para el 13 de abril de 2016 (Fls.329-331).

2.97. Copia auténtica de escrito por medio del cual en defensa del señor Bandera Nova se solicitó la aplicación de exclusión del video que sirvió de base para endilgar el cargo formulado al demandante, por no cumplir con el procedimiento establecido en la Constitución Política, la Ley y los manuales sobre la cadena de custodia, procedimiento que consideró como una vulneración a los principios de seguridad jurídica, de legalidad de los elementos materiales probatorios, evidencias físicas y al derecho fundamental al debido proceso, que según su dicho da lugar a que se decida el archivo definitivo de la investigación adelantada en su contra (Fls.332-340).

2.98. Copia auténtica del fallo de primera instancia proferido por el Jefe de Control Disciplinario Interno del Comando Operativo de Seguridad Ciudadana Número Cuatro MEBOG el 13 de abril de 2016, mediante el cual se resolvió declarar probado el cargo, por lo tanto se responsabilizó disciplinariamente e impuso una sanción de destitución e inhabilidad general de 11 años al patrullero Luis Armando Bandera Nova (Fls.341-383).

2.99. Copia auténtica del Oficio No. S-2016-063014 del 14 de abril de 2016, mediante el cual se dio trámite ante el Inspector Delegado Especial MEBOG del recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión contenida en el fallo de primera instancia por el apoderado del señor Luis Armando Bandera Nova (Fl.384).

2.100. Copia auténtica de correo electrónico del 4 de agosto de 2016, por medio del cual la Inspección Delegada Especial MEBOG notificó personalmente a los

patrulleros Luis Armando Bandera Nova, Edgar Hernández y Edwin Ponce del auto proferido el 4 de agosto de 2016, que decidió correr traslado para alegar de conclusión previo a proferir fallo de segunda instancia (Fls.385-387).

2.101. Copia auténtica de providencia proferida el 4 de agosto de 2016, que resolvió correr traslado a las partes para alegar de conclusión previo a proferir fallo de segunda instancia (Fl.388).

2.102. Copia auténtica de la notificación por estado No. 067 fijado el 5 de agosto de 2016, por el cual se notifica el auto que descorre el traslado para alegar de conclusión a las partes (Fl.389).

2.103. Copia auténtica de escrito radicado el 8 de agosto de 2016, por medio del cual el apoderado del señor Luis Armando Bandera Nova presentó alegatos de conclusión ante la Inspección Delegada Especial MEBOG (Fl.390-402).

2.104. Copia auténtica de escrito, por medio del cual el apoderado del señor Edwin Hernán Concha Castro presentó alegatos de conclusión ante la Inspección Delegada Especial MEBOG (Fl.403-407).

2.105. Copia auténtica de escrito, por medio del cual el señor Edgar Felipe Hernández Rairan presento alegatos de conclusión ante la Inspección Delegada Especial MEBOG (Fl.408-411).

2.106. Copia auténtica del fallo de segunda instancia proferido el 17 de agosto de 2016, por medio del cual la Policía Nacional –Inspección Delegada Especial MEBOG resolvió Confirmar en su integridad el fallo del 13 de abril de 2016, que decidió imponer al señor Luis Armando Bandera Nova el correctivo disciplinario de destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos por el término de 11 años (Fls.412-435).

2.107. Copia auténtica del Oficio No. S-2016-0474 del 18 de agosto de 2016, por medio del cual la Inspección Delegada Especial MEBOG envió al Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno COSEC 4 el expediente con el fallo de segunda instancia (Fl.436).

2.108. Copia auténtica de la notificación personal del fallo de segunda instancia efectuada al señor Edgar Felipe Hernández Rairan el 23 de agosto de 2016 (Fl.437).

2.109. Copia auténtica de la notificación personal del fallo de segunda instancia efectuada al abogado Juan Carlos Tapia Garzón el 23 de agosto de 2016 (Fl.438).

2.110. Copia auténtica de la notificación personal del fallo de segunda instancia efectuada al señor Luis Armando Bandera Nova el 24 de agosto de 2016 (Fl.439).

2.111. Copia auténtica del Oficio No. S-2016-161341 del 1° de septiembre de 2016, por el cual informó al Capitán de la Unidad de Asesoría Jurídica INSGE el correctivo disciplinario impuesto a los patrulleros Luis Armando Bandera Nova, Edgar Felipe Hernández Rairan y Edwin Hernán Concha Castro, con el fin de que emita el acto administrativo para proceder al registro de la sanción (Fl.441).

2.112. Copia auténtica de la Resolución No. 06075 del 22 de septiembre de 2016, por medio de la cual el Director General de la Policía Nacional decidió retirar del servicio activo de la Policía Nacional por destitución al señor Luis Armando Bandera Nova, con su respectiva constancia de notificación (Fls.442-444).

2.113. Medios magnéticos que contienen:

2.113.1. Imágenes del 19 de octubre de 2014, **no contiene video**.
2.113.2. Audiencia adelantada el 11 de septiembre de 2015.
2.113.3. Audiencia adelantada el 23 de septiembre de 2015.
2.113.4. Audiencia adelantada el 28 de septiembre de 2015.
2.113.5. Audio de audiencia adelantada el 15 de marzo de 2016.
2.113.6. Audio de audiencia adelantada el 30 de marzo de 2016.
2.113.7. Audiencia adelantada el 7 de abril de 2016 –parte 1.
2.113.8. Audiencia adelantada el 7 de abril de 2016 –parte 2.
2.113.9. Audiencia adelantada el 13 de abril de 2016.

2.114. Constancia de conciliación adelantada ante la Procuraduría 131 Judicial II Para asuntos Administrativos de Bogotá D.C. (Fl.446).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

- **DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA**

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso realizar un análisis de la normatividad aplicable a las conductas objeto de sanción correccional y disciplinaria, realizadas por los miembros de la Policía Nacional.

El artículo 16 del Código Disciplinario Único estipuló que *"La sanción disciplinaria 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."*

En ese sentido, quedó establecido que el ejercicio del derecho disciplinario es una manifestación del ejercicio de la función administrativa tendiente a garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, los cuales deben ser observados por los agentes del Estado, en el ejercicio de la función pública.

Ahora, si bien el ejercicio de la potestad disciplinaria radica en la Procuraduría General de la Nación por el poder preferente que ostenta en virtud de lo consagrado en el artículo 277 de la Constitución Política, lo cierto es, que no se exime de tal facultad a otras entidades que tienen la autoridad correccional y disciplinaria como la Policía Nacional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 1015 de 2006 *"Por medio de la cual se expide el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional"*, que al tenor dispone:

> ***ARTÍCULO 1o. TITULARIDAD DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA.*** *El Estado es el titular de la potestad disciplinaria. 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.*

La referida norma, en su artículo 33 clasificó las faltas en gravísimas, graves y leves. Respecto a la clasificación y descripción de las faltas gravísimas señaló la siguiente:

> *"**Artículo34.** 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.*
> *(...)".*

Ahora bien, el artículo 38 de la Ley 1015 de 2006, contempló la definición de cada una de las sanciones, las cuales según la norma, corresponden a: (i) Destitución e inhabilidad general: *"La Destitución consiste en la terminación de la relación del servidor público con la Institución Policial; la Inhabilidad General implica la imposibilidad para ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera."*; (ii) Suspensión e inhabilidad especial: *"La Suspensión consiste en la cesación temporal en el ejercicio del cargo y funciones sin derecho a remuneración; la Inhabilidad Especial implica la imposibilidad de ejercer funciones públicas en cualquier cargo, por el término señalado en el fallo."*; (iii) Multa: *"Es una sanción de carácter pecuniario, que consiste en imponer el pago de una suma de dinero del sueldo básico devengado al momento de la comisión de la falta."* y (iv) Amonestación escrita: *"Consiste en el reproche de la conducta o proceder, por escrito, que debe registrarse en la hoja de vida."*.

Por su parte, el artículo 39 del Régimen Disciplinario para la Policía Nacional consagró las sanciones para cada una de las faltas, de la siguiente manera:

> ***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.*

Seguidamente, el artículo 54 de la referida norma contempló las autoridades con atribuciones disciplinarias para conocer e imponer las sanciones, a saber:

"Artículo 54. Autoridades con atribuciones disciplinarias. Para ejercer la atribución disciplinaria se requiere ostentar grado de Oficial en servicio directivo. Son autoridades con atribuciones disciplinarias para conocer e imponer sus sanciones previstas en esta ley, las siguientes:

1. DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL.

En Segunda Instancia de las decisiones proferidas por el Inspector General.

2. INSPECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL.

En Segunda Instancia de las decisiones proferidas por los Inspectores Delegados.

En Primera Instancia de las faltas cometidas por:

a) Oficiales Superiores;

b) Personal en comisión en el exterior;

c) Personal en comisión en organismos adscritos o vinculados a la Administración Pública;

d) Jefes de Oficinas Asesoras de la Dirección General de la Policía Nacional.

Parágrafo 1°*. Podrá iniciar, asumir, proseguir, remitir o fallar cualquier actuación disciplinaria, cuya atribución esté asignada a otra autoridad policial señalada en esta ley, cuando por su trascendencia afecte gravemente el prestigio e imagen institucional.*

Parágrafo 2°*. Sin perjuicio de su atribución disciplinaria, el Inspector General ejercerá vigilancia, control y seguimiento de las actuaciones disciplinarias.*

3. INSPECTORES DELEGADOS.

a) En Segunda Instancia de las decisiones proferidas por los Jefes de Oficinas de Control Disciplinario Interno de su jurisdicción;

b) En Primera Instancia de las faltas cometidas por los Oficiales Subalternos en su jurisdicción.

4. JEFE DE OFICINA DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO DE LA DIRECCION GENERAL.

En Primera Instancia de las faltas cometidas en la ciudad de Bogotá, D. C., por el personal del Nivel Ejecutivo, Suboficiales, Agentes, y Auxiliares de

Policía, que labore en la Dirección General, Subdirección General, Inspección General, Direcciones y Oficinas Asesoras.

5. JEFES DE OFICINAS DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO DE POLICIAS METROPOLITANAS Y DEPARTAMENTOS DE POLICIA.

En Primera Instancia de las faltas cometidas en su jurisdicción, por el personal del Nivel Ejecutivo, Suboficiales, Agentes, Auxiliares de Policía, y Estudiantes de las Seccionales de Formación de la Policía Nacional.

***Parágrafo.** La Oficina de Control Disciplinario Interno de Comando de Policía Metropolitana organizada por Departamentos, conocerá en Primera Instancia de las faltas cometidas por el personal del Nivel Ejecutivo, Suboficiales, Agentes, Auxiliares de Policía, y Estudiantes de las Seccionales de Formación de la Policía Nacional, adscrito al respectivo Comando de Metropolitana."*

El pronunciamiento de la administración contenido en los actos producto del proceso disciplinario, son objeto de control de legalidad y constitucionalidad por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en aras de garantizar derechos fundamentales, como son el debido proceso y la defensa del disciplinado, a través del medio de control idóneo como lo es el de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, sin que ello implique una tercera instancia disciplinaria, así lo ha precisado el Consejo de Estado sostuvo[1], al indicar:

"(...)
La postura seguida consistentemente en la jurisprudencia del Consejo de Estado revela que en la inmensa mayoría de los casos esta Corporación ha entrado a valorar de fondo, en el contencioso de nulidad y restablecimiento, tanto las actuaciones procesales como las pruebas mismas obrantes en el proceso disciplinario y el razonamiento jurídico y probatorio de las autoridades disciplinarias. Incluso en las mismas pocas sentencias en las que el Consejo de Estado ha dicho enfáticamente que no es una tercera instancia disciplinaria, asumiendo una posición que en principio podría leerse como más restrictiva sobre el alcance de sus propias competencias, en últimas ha entrado de todas formas a analizar de fondo la prueba y su valoración porque se alega que se desconocieron garantías procesales de importancia fundamental.

En este sentido, es necesario advertir que la diferencia fundamental que existe entre la actividad y valoración probatoria del fallador disciplinario, y la actividad y valoración probatoria del juez contencioso administrativo –en virtud de la cual el proceso judicial contencioso no puede constituir una tercera instancia disciplinaria-, ***no implica bajo ninguna perspectiva que el control jurisdiccional de las decisiones disciplinarias sea restringido, limitado o formal, ni que el juez contencioso carezca de facultades de valoración de las pruebas obrantes en un expediente administrativo sujeto a su conocimiento****; y como consiguientemente se ha explicado, el control que se surte en sede judicial es específico, y debe aplicar en tanto parámetros*

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil quince (2015), Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00140-00(0477-11).

normativos no sólo las garantías puramente procesales sino también las disposiciones sustantivas de la Constitución Política que resulten relevantes.

Se concluye, pues, la integralidad inherente al control judicial contencioso-administrativo de los actos administrativos proferidos por las autoridades administrativas disciplinarias, salvo aquellos límites implícitos en el texto mismo de la Constitución y en las normas legales aplicables.
(...)".

Posteriormente, el Consejo de Estado -Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero William Hernández Gómez (E), en sentencia de unificación del 9 de agosto de 2016, en el expediente número 11001032500020110031600 (1210-11), demandante: Piedad Esneda Córdoba Ruíz, señaló que los actos administrativos sancionatorios disciplinarios son objeto de control judicial integral, al indicar:

"(...)
Alcance del control judicial integral.

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

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

• Respecto de las causales de nulidad.

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

conducencia de las pruebas que soportan la imposición de la sanción disciplinaria. Así las cosas, en esta sentencia de unificación se precisa el alcance del control judicial integral que tiene el juez de lo contencioso administrativo, cuando se trate de actos sancionatorios disciplinarios, de todo aquello que tenga vinculación con las causales de nulidad invocadas y los derechos fundamentales allí involucrados.

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

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

• Respecto de los principios rectores de la ley disciplinaria.

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

• Respecto del principio de proporcionalidad.

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

En el mismo sentido, el juez administrativo está facultado para hacer el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad respecto de la

ilicitud sustancial, de tal suerte que si el caso lo exige, se valoren los argumentos que sustentan la afectación sustancial del deber funcional y las justificaciones expuestas por el disciplinado.

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

Bajo el precedente jurisprudencial expuesto, es dable concluir que la decisión de la Institución Policial o de cualquier autoridad que este facultada para ejercer la potestad disciplinaria, se encuentra sometida a control judicial por parte de la Jurisdicción de lo Contenciosa Administrativa en atención a lo previsto en la Ley 1437 de 2011.

Dicho control debe ser integral, por ende, el juez contencioso administrativo tiene competencia plena para verificar desde el marco constitucional y legal: (i) las actuaciones desplegadas por la entidad; (ii) la legalidad del acto acusado; (iii) el procedimiento disciplinario realizado; (iv) la valoración probatoria efectuada en sede disciplinaria; (v) el trámite procesal; (vi) la garantía de los derechos y (vii) garantía de los principios que rigen la acción disciplinaria, sin que ello signifique una decisión de tercera instancia.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-593 del 2014, reiteró los requisitos mínimos que se deben observar en el trámite disciplinario precisados con anterioridad en la sentencia T-433 de 1998, así las cosas, al respecto discurrió:

"(...)
Dijo la sentencia T-433 de 1998, que los requisitos mínimos que debían observar los entes que detentan un poder disciplinario, eran (i) la comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas posibles de sanción; (ii) la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias; (iii) el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados; (iv) la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos; (v) el pronunciamiento definitivo de las autoridades

competentes mediante un acto motivado y congruente; (vi) la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y (vii) La posibilidad de que el encartado pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones."
(...)".

3. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia el señor Luis Armando Bandera Nova, a través de apoderado judicial, depreca la nulidad de los actos administrativos contenidos en los fallos proferidos los días 13 de abril de 2016 y 17 de agosto de 2016, mediante los cuales la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Nacional responsabilizó al demandante disciplinariamente y se le impuso una destitución e inhabilidad por el término de 11 años y el Inspector Delegado para la Policía Metropolitana de Bogotá confirmó la decisión al resolver un recurso de apelación, respectivamente.

Como argumentos de la anterior pretensión, adujo que los actos atacados son ilegales, porque se expidieron con: violación de normas de carácter superior – violación del debido proceso, (i) al señalar que la entidad demandada disfrazó una variación de los cargos como si fuera una nulidad, al indicar que la modificación de la acusación formulada en el pliego de cargos solo es posible antes del fallo de primera instancia, por error en la calificación jurídica y/o por prueba sobreviniente.

(ii) Por considerar que existe una atipicidad de la conducta endilgada, pues afirmó que no existe un medio de prueba que demuestre el resultado que exige el tipo penal por el cual fue acusado su representado, por ende, según su dicho no es un delito de mera conducta sino de resultado, que requiere demostrar para su consumación la afectación a la integridad física del capturado.

Sobre el particular, advierte el Despacho que la Oficina de Control Disciplinario Interno del Comando Operativo de Seguridad Ciudadana Número 4 de la Policía Metropolitana de Bogotá, en uso de sus facultades legales, responsabilizó disciplinariamente al señor Luis Armando Bandera Nova e impuso correctivo disciplinario de destitución e inhabilidad general de 11 años, por encontrar probado el cargo contenido en el numeral 9° del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006 (Fls.341-383 C1), que al tenor dispone:

> *"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.*
> *(...)".*

Decisión que fue confirmada en su integridad por el Inspector Delegado para la Policía Metropolitana de Bogotá mediante fallo proferido el 17 de agosto de 2016.

Entonces, el Despacho procede a realizar un análisis del caso con el fin de establecer si en el presente asunto concurre alguno de los cargos alegados por la parte actora, al considerar que existe una violación de normas de carácter superior –violación del debido proceso.

> ***-"SE DISFRAZO UNA VARIACIÓN DE CARGOS, COMO SI FUESE UNA NULIDAD".***

Mediante fallo proferido por el Jefe de Control Disciplinario Interno del Comando Operativo de Seguridad Ciudadana Número 4 de la Policía Metropolitana de Bogotá el 28 de septiembre de 2015 (Fls.184-238 C1), se decidió responsabilizar disciplinariamente al actor y le impuso correctivo disciplinario de destitución e inhabilidad general de 11 años, por encontrar probado el cargo contenido en el numeral 18 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, que al tenor dispone:

> *"ARTÍCULO 34. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:*
> *(...)*
> *18. Causar daño a la integridad de las personas o de los bienes, como consecuencia del exceso en el uso de las armas, de la fuerza o de los demás medios coercitivos.*
> *(...)".*

Como argumentos de la decisión, en la parte considerativa del fallo, la primera instancia señaló:

> *"De acuerdo a los hechos, el señor Patrullero **LUIS ARMANDO BANDERA NOVA,** con su actuar del día 19 de octubre de 2014, cuando le causó daño en la integridad del joven RAFAEL JUNIOR GALBAN BUITRAGO, hechos que de acuerdo a lo contemplado en el artículo 34 numeral 13 de la ley 1015 de 2006, pues de acuerdo a la material allegado al proceso realizó un acto contrario a la justicia, por una parte, se observa que el joven no recibió un trato digno por parte del institucional y en tratándose de menores de edad se debe dar un*

trato especial el joven (sic) mencionado quien representa al público, mientras que por otra, este joven fue objeto de daño a su integridad personal por parte del funcionario de la institución policial quien para la fecha de los hechos se encontraba activo y en ejercicio de sus funciones.[2]
(...)
b. Concepto de la violación

El tipo disciplinario enrostrado al señor Patrullero, exige, para que se configure, primero que haya un daño a la integridad de las personas y segundo, que ese daño sea por exceso del uso de la fuerza.

El verbo rector de la conducta imputada consiste en CAUSAR, (...).

Es menester de este despacho mencionar que el significado que se adecua a la conducta investigada, es "Ser causa, razón y motivo de que suceda algo" (sic), Toda vez que con golpes con su puño y con la tonfa en repetidas oportunidades, dirigido con fuerza en la integridad del joven RAFAEL JUNIOR GALBAN (sic), fue la causa, razón y el motivo para que sucediera un daño.[3]
(...)".

Seguidamente, a través de providencia proferida por el Inspector Delegado Especial para la Policía Metropolitana de Bogotá el 19 de octubre de 2015 (Fls.240-246 C1), se abstuvo de resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la anterior decisión y en su lugar, decidió declarar la nulidad de las actuaciones dictadas en primera instancia desde el auto No. 056 del 5 de agosto de 2015, por medio del cual se citó a las partes a audiencia disciplinaria, al considerar que no se cumplió el requisito legal contemplado en el artículo 162 de la Ley 734 de 2002, al precisar lo que pasa a citarse:

*"Nótese que para elevar cargos, debe existir dos requisitos que se deben acatar sin excepción, como es que **esté objetivamente demostrada la falta** y **que exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado**; para el caso de marras no de cumplen dichos preceptos, habida consideración que el despacho en el auto inculpatorio endilgó la falta disciplinaria descrita en el artículo 34, numeral 18 (...).*

*Donde el hecho de "**CAUSAR DAÑO A LA INTEGRIDAD**" en ningún momento está objetivamente demostrado, es decir no obra al interior del proceso prueba médica o pericial donde se establezca en concreto que por exceso del uso de la fuerza se generaron unos daños o lesiones a la integridad del menor RAFAEL JUNIOR GALVAN BUITRAGO, supuesto de hecho del tipo que debe estar objetivamente demostrado previo a endilgar auto de cargos o citación audiencia.*[4]

(...)

Así las cosas, el perjuicio antes mencionado es totalmente irreparable, en el entendido que, como se dijo en precedencia, el Juez disciplinario debe realizar

[2] Fallo de primera instancia, folio 185.
[3] Fallo de primera instancia, folio 190.
[4] Fallo de primera instancia, folio 243.

una debida adecuación típica; asunto que no cumplió el Ad-Quo; situación que deviene en una irregularidad imposible de remediar en sede de segunda instancia (...)".[5]

En ese sentido, se encuentra demostrado que el Inspector Delegado no encontró relación entre los hechos que dieron origen a la investigación y la falta disciplinaria impuesta al señor Bandera Nova, al argumentar que no obra prueba que permita inferir las lesiones causadas al adolescente Rafael Galván, lo que conllevó a declarar la nulidad de las actuaciones desde el auto que citó a las partes para adelantar audiencia pública.

Así las cosas, ante la nulidad decretada el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario COSEC 4 MEBOG profirió el auto No. 15 del 29 de enero de 2016, por medio del cual precisó que la norma presuntamente violada por el uniformado es la contenida en el numeral 9º del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, que al tenor dispone *"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."*

En ese sentido, se profirió fallo de primera instancia el 13 de abril de 2016 (Fls.341-383), por medio del cual precisó:

"(...)
Siendo el anterior comportamiento una falta disciplinaria y cuya conducta por ende, dio inicio a la investigación disciplinaria correspondiente, como se puede apreciar la norma jurídica transgredida por parte del señor patrullero LUIS ARMANDO NADERA NOVA, para la fecha del hecho investigado, el día 19 de octubre de 2014, ***Realizar una conducta descrita en la ley como delito, a título de dolo, cuando se cometa*** *...* ***con ocasión*** *...* ***de la función*** *(...)". Estableciéndose para el cargo como norma de reenvío para el caso en concreto la ley 599 de 2000 "Código Penal" Artículo 413.* ***Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.*** *(Negrilla del despacho).*

Por consiguiente atendiendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue materializada la falta, respecto de la adecuación típica, para el caso en particular, se establece de la siguiente manera:

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*** *...* ***con ocasión...*** ***de la función...***

[5] Fallo de primera instancia, folio 246.

VERBO RECTOR: Vale la pena destacar que en la tipificación de la conducta se encuentra comprometido el verbo: ***"realizar"*** *que significa* ***"efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción";*** *siendo su complemento directo: "****una conducta descrita en la ley como delito...,*** *ingrediente normativos por lo cual es prudente, conciliar al observar que son los elementos constitutivos del mencionado tipo disciplinario con la situación de hecho planteada en la presente actuación disciplinaria, a saber:*

Complemento directo:

(...)
Por lo anterior y como la conducta que se endilga al hoy investigado, es un tipo en blanco y en aras de asegurar el principio constitucional del debido proceso, principio de tipicidad, el derecho de contradicción y defensa; esta instancia disciplinaria, señalará el delito en que incurrió, (...) y que por remisión normativa, se establece el delito en la Ley 509 de 2000 (Código Penal Colombiano), artículo 416. ***Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.*** *El servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario o injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público. (Negrilla y subrayado aplica el despacho).*

Presupuestos de derecho, en los cuales recae ante el comportamiento desplegado por el Patrullero LUIS ARMANDO BANDERA NOVA, toda vez que con golpes con su puño y con la tonfa en repetidas oportunidades, dirigido con fuerza en forma desmedida y proporcional a la integridad del joven RAFAEL JUNIOR GALBAN (sic) sin que existiera una amenaza latente, fue la causa, razón y el motivo para que sucediera la falta endilgada y que por remisión normativa se adecua al delito tipificado en la ley 599 de 2000 CAPÍTULO VIII. DE LOS ABUSOS DE AUTORIDAD Y OTRAS INFRACCIONES Artículo 416. (...).

Pues se nota claramente que con su actuar arbitrario, no se ajusta al ordenamiento constitucional y legal, el cual desconoció el principio de legalidad al desbordar el poder en la traza fáctica de la acción, es decir arremeter de manera descomunal en contra del menor de edad, siendo este a la vez un acto injusto contrario al respecto y a la garantía de protección que le debió ofrecer a su custodiado, haciendo utilización de la fuerzas de manera desproporcional e inadecuada.[6]
(...)

Por tanto este comportamiento asumido por el señor Patrullero LUIS ARMANDO BANDERA NOVA, mengua el normal cumplimiento de la misión constitucional, legal y de principios rectores de la función pública como la legalidad, la transparencia que debe existir en los actos propios de las funciones del estado; el cual erige una ruptura del deber funcional del encartado en su expresión del deber de actuar conforme a la Constitución, reglamentos institucionales y en especial de la Ley, ya que no es admisible que un servidor del estado abuse de esa autoridad, autoridad esta que le fue otorgada por la Constitución y la Ley, para ser garante del estado colombiano, comportamiento, pues que va en detrimento de la sociedad el cual el fin primordial de las instituciones del estado es proteger la vida, la salud y bien del conglomerado social; situación fáctica cometida por el aquí disciplinado y que no se puede pasar por alto, ya que en su condición de garante al goce efectivo de los derechos y libertades ciudadanas, realizo todo lo contrario, ante el ordenamiento constitucional y legal, el cual debe respecto (sic) y lealtad a

[6] Fallo de primera instancia, folio 352-353.

las funciones y a la investidura que ostenta como servidor público, donde se ve claramente un abuso de la autoridad al no respetar y por el contrario arremeter en contra del menor, siendo comportamientos arbitrarios e injustos conllevando a la desproporcionalidad e inadecuada utilización de la fuerza.[7] *(...)".*

Por los argumentos transcritos, la instancia disciplinaria al encontrar probado que se incurrió en una falta gravísima como lo es *"Realizar una conducta descrita en la ley como delito, a título de dolo, cuando se cometa(...) con ocasión(...) de la función(...)"*, resolvió responsabilizar disciplinariamente e imponer en primera instancia el correctivo disciplinario de destitución e inhabilidad general de 11 años al señor Luis Armando Bandera Nova, decisión que fue notificada en debida forma tal como consta a folios 385 a 387 del cuaderno 1 del expediente.

El contra del fallo de primera instancia el apoderado del señor Bandera Nova interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Inspector Delegado Especial MEBOG a través de providencia del 17 de agosto de 2016 (Fls.412-435 C1), mediante el cual confirmó en todas sus partes la decisión de imponer correctivo disciplinario al demandante, consistente en la destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos por el término de 11 años.

El fallo de segunda instancia fue notificado en debida forma, tal como se advierte a folio 439 del cuaderno 1 del expediente, en el que se encuentra demostrado que el señor Bandera Nova se notificó personalmente de la decisión contenida en el Auto No. 092 del 17 de agosto de 2016, el día 24 de agosto de 2016.

En ese punto, es menester traer a colación que el Código Disciplinario Único, respecto a las nulidades en el Título VII precisó: (i) que son causales de nulidad la falta de competencia del funcionario para proferir fallo, la violación al derecho de defensa del investigado **y la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso**; (ii) que al advertirse alguna de las anteriores causales, el funcionario que conoce del asunto podrá declarar la nulidad en cualquier estado de la actuación y (iii) la declaratoria de nulidad afectará las actuaciones desde que se presente la causal, así habrá de señalarse por el funcionario, ordenando que se reponga la actuación, sin que se pierda la validez de las pruebas allegadas y practicadas legalmente.

[7] Fallo de primera instancia, folio 354.

En ese sentido, es claro que el Inspector Delegado Especial para la Policía Metropolitana de Bogotá se encuentra facultado para declarar la nulidad de la actuación de manera oficiosa desde el auto No. 056 del 5 de agosto de 2015, por encontrar irregularidades sustanciales e incorregibles que afectaron el debido proceso de la acción disciplinaria adelantada en contra del señor Bandera Nova.

Lo anterior, en consideración a que no está objetivamente demostrada la falta endilgada al disciplinado y que no existe prueba que compromete la responsabilidad, pues para el efecto adujo que *"el hecho de "CAUSAR DAÑO A LA INTEGRIDAD" en ningún momento esta objetivamente demostrado, es decir no obra al interior del proceso prueba médica o pericial donde se establezca en concreto que por exceso del uso de la fuerza se generaron unos daños o lesiones en la integridad del menor RAFAEL JUNIOR GALVAN BUITRAGO, supuesto de hecho del tipo que debe estar objetivamente demostrado previo a endilgar auto de cargo o citación audiencia.".*

Por ende, la actuación desplegada tiene como única finalidad respetar el debido proceso del señor Bandera Nova, siendo que el cargo formulado en su contra no corresponde a la realidad de los hechos, motivo que conllevó a que en auto de pliego de cargos y de citación a audiencia pública proferido el 29 de enero de 2016 (Fl.257), se corrigiera el yerro sustancial en el sentido de indicar que la norma presuntamente vulnerada es la contenida en el numeral 9° del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, que dispone *"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".*

Ahora bien, el apoderado de la parte actora afirma que la acusación formulada en el pliego de cargos se puede variar antes del fallo de primera instancia en dos eventos a saber, de un lado por error en la calificación jurídica y de otro, por prueba sobreviviente, situación que según su dicho no se presentó en el proceso disciplinario, pues afirmó que no hubo variación de los cargos con anterioridad al fallo de primera instancia.

Adicionalmente, precisó que la nulidad de las actuaciones por parte del funcionario de segunda instancia es inexistente, puesto que la indebida adecuación típica y la violación del debido proceso no son causales de nulidad, solamente corresponden a un error en la calificación jurídica en el cargo endilgado, obteniendo como resultado de estas actuaciones que se disfrace en una variación del cargo.

De conformidad a los argumentos del cargo alegado, pasa entonces esta instancia judicial en primer lugar a reiterar que el Inspector Delegado se encontraba facultado para declarar la nulidad desde el auto que profirió pliego de cargos y citó a audiencia a los uniformados entre ellos al señor Bandera Nova **hasta el fallo de primera instancia**, teniendo en cuenta que se efectuó de conformidad a la disposición contenida en el artículo 144 del Código Disciplinario Único, esto es, de manera oficiosa en cualquier estado de la actuación disciplinaria.

En segundo lugar, la indicación de la norma presuntamente vulnerada cuando no corresponde a los hechos que dieron inicio al proceso disciplinario atiende a una irregularidad sustancial como en efecto se adujo en segunda instancia, siendo esta una actuación insaneable, por lo tanto, el ente disciplinario debe subsanarla desde el momento en que se incurrió en el defecto para que las partes, una vez notificadas en debida forma del cargo endilgado que corresponde a la realidad con base en la falta objetivamente demostrada y con la existencia de las pruebas que comprometan la responsabilidad de los investigados, ejerzan su derecho de contradicción y defensa, de lo contrario se estaría vulnerando el derecho fundamental al debido proceso.

Respecto a las irregularidades objeto de nulidad, la Corte Constitucional en Auto 029A/02 del 16 de abril de 2002, discurrió que *"**ha de valorarse si la irregularidad observada tiene la capacidad de alterar de manera grave el proceso, tornándolo en injusto, es decir, violatorio del debido proceso. En consecuencia, sólo cuando además del vicio procesal se vulnera el fin buscado con la norma, ha de dictarse la nulidad de lo actuado.** Por el contrario, cuando la irregularidad no impide la realización efectiva de la función o propósito perseguido por el instrumento procesal, no puede endilgarse de injusto e indebido el proceso. De otra parte, el vicio debe ser trascendente; es decir, que de no haberse producido, otra hubiera sido la evolución del proceso. Por ende, si*

se incurre en una grave irregularidad en un fallo, pero el fallo de reemplazo debe dictarse en el mismo sentido del anterior, a pesar del defecto es improcedente la nulidad por falta de trascendencia del vicio." (Negrillas fuera del texto).

En ese sentido, nótese que la actuación desplegada por el funcionario de primera instancia del proceso disciplinario al citar una norma que no atiende a los hechos y que se indicó como presuntamente vulnerada con la conducta desplegada por el uniformado Bandera Nova alteró de manera grave el proceso, toda vez, que su defensa se enmarcó en el cargo inicial, por ende, la irregularidad es objeto de nulidad como quiera que afecta el derecho al debido proceso y se tornaría en injusta, en caso de que el fallo gire en torno a un cargo inexistente respecto de la conducta desplegada o que se corrija en el fallo de segunda instancia, siendo que el disciplinado no tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto en todas las etapas del proceso.

En consecuencia, no es dable afirmar que hubo un cambio del cargo en la segunda instancia, por cuanto se reitera que el Inspector Delegado al advertir una irregularidad insaneable en el proceso declaró la nulidad, permitiendo de esta manera que se surtieran todas las etapas del proceso desde el auto que profirió pliego de cargos y que citó a las partes a la audiencia pública, en garantía del derecho fundamental al debido proceso de los disciplinados.

Por lo que se concluye, que el funcionario actuó en debida forma con el fin de corregir la anomalía sustancial, sin que esto se enmarque en una conducta que persiga disfrazar una variación de cargos como si fuese una nulidad.

- ***"ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA ENDILGADA".***

Al respecto, el actor afirmó que no existe un medio de prueba que demuestre el resultado que exige el tipo penal por el cual fue acusado su representado, por ende, según su dicho no es un delito de mera conducta sino de resultado, que requiere demostrar para su consumación la afectación a la integridad física del capturado.

La Corte Constitucional en sentencia C-921 del 2001, señaló que *"el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a la sanción de carácter penal o disciplinario".*

En ese sentido, los fallos de primera y segunda instancia enmarcaron la conducta del actor a la descripción ilegal o ilícita del comportamiento que el legislador señaló en el artículo 416 del Código Penal, que al tenor dispone:

> ***"Artículo 416**. Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto. El Servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público".*

Por ende, se encuentra demostrado con las documentales obrantes en el expediente, que el señor Bandera Nova identificado con la chaqueta de servicio No. 35578, cumplía la función de custodio del menor Rafael Junior Galván Buitrago, quien se dio a la fuga y que el uniformado al proceder a su persecución, hizo uso desproporcionado e inadecuado del uso de la fuerza sobre la humanidad del adolescente, al causarle golpes con las manos, los pies y la tonfa el día 19 de octubre de 2014.

Como pruebas del actuar del uniformado se encuentran, las siguientes declaraciones:

-Declaración del señor Jairo Huertas Huertas (Fls.44-45):

> *"(...) **PREGUNTADO:** Indique si para el 19 de octubre de 2014 usted se encontraba laborando. **CONTESTADO:** Si me encontraba de servicio. **PREGUNTADO:** Ya que indica que usted estaba de servicio, diga al despacho si usted presenció unos hechos donde se encontraban involucrados unos uniformados. **CONTESTADO:** Me informaron pro (sic) radio, cuando yo llegue observe en una terraza dos policías con un señor de civil el cual lo bajaban esposado por una escalera, el cual les manifesté que la salida era por la entrada vehicular y así mismo se retiraron del lugar con el capturado. **PREGUNTADO:** Manifieste al Despacho usted en qué lugar se encontraba en ese momento que usted narró en la respuesta anterior. **CONTESTADO:** Estaba en el parqueadero de visitantes de la Secretarias (sic) de Salud que está cerca a la salida de los vehículos. **PREGUNTADO:** Manifieste al despacho que fue lo que usted observo en el procedimiento de los uniformados. **CONTESTADO:** Lo que dije anteriormente lo sacaron esposado*

y lo sacaron por la entrada al parqueadero. ***PREGUNTADO:*** *Manifieste cual fue el trato que usted observó de los uniformados hacia el ciudadano.* ***CONTESTADO:*** *En ese momento cuando lo llevaban uno lo llevaba de los brazo (sic) con las manos atrás hacia el parqueadero.* ***PREGUNTADO:*** *en este estado de la diligencia se pone de presente el video obrante en el expediente a folios 25; una vez observado el video por parte del declarante, se pregunta: diga al despacho si usted se reconoce en el video como una de las personas que aparece en el video que acaba de observar.* ***CONTESTADO:*** *si claro.* ***PREGUNTADO:*** *Indique al despacho en qué momento usted llega al lugar.* ***CONTESTADO:*** *Llego al lugar en el momento en que lo estaban bajando de la escalera y les indico por donde es la salida. (...)* ***PREGUNTADO:*** *Manifieste al despacho con sus palabras que observó en el video que acaba de ver.* ***CONTESTADO:*** *Cuando yo me observo en el video están bajando al detenido y yo los dirijo hacia la salida del parqueadero. Se observaron un poco de anomalías que no presencie personalmente.* ***PREGUNTADO:*** *Indique al despacho cuales fueron las anomalías que observo según su respuesta anterior.* ***CONTESTADO:*** *Que le estaban pegando arriba al detenido con un bolillo, eso fue lo que observe en el video (...)".*

-Declaración de la señora Haydee Acero Prieto (Fls.46-47):

"(...) ***PREGUNTADO:*** *Indique al despacho si para el 19 de octubre de 2014, usted se encontraba laborando.* ***CONTESTADO:*** *Si me encontraba de laborando.* ***PREGUNTADO:*** *Ya que indica que usted se encontraba de servicio, diga al despacho si usted presenció unos hechos donde se encontraban involucrados unos uniformados para esa fecha.* ***CONTESTADO:*** *Si estaba en el momento que pasaron los hechos.* ***PREGUNTADO:*** *Ya que manifestó que si se encontraba en ese momento en que pasaron los hechos haga al despacho una descripción de tiempo, modo y lugar de los hechos que usted dice tener conocimiento.* ***CONTESTADO:*** *aproximadamente eran las 02:00 horas de la tarde, estaba en la entrada vehicular cuando el compañero de la entrada principal de nombre JHON MOTA informó que iban a ingresar unos agentes de la policía que se les había escapado uno de los muchachos de la Estación o el sitio donde lo tenían, entonces en ese momento todos llegamos al lugar a mirar el caso y fue cuando ellos, es decir los Agentes están corriendo por la terraza y supuestamente estaban buscando a un muchacho que seles (sic) escapo, entonces lo cogieron en la terraza que hay encima, el muchacho estaba como escondido y nosotros todos los guardas estábamos en la parte de abajo y ahí fue cuando ellos los dos o tres policías lo cogieron y lo golpearon y pues ahí en ese momento les dije a ellos o sea al policía que no lo golpeara de esa manera (...) y lo que yo le dije fue que es un ser humano, pues tampoco le peguen de esa forma, fue más y ahí el video muestra todos los hechos. (...)* ***PREGUNTADO:*** *Indique al despacho con que elemento observó usted que lo golpeaban al ciudadano.* ***CONTESTADO:*** *Con el bastón que utilizan ellos y le daban puños (...)".*

-Declaración del señor John Alexander Montañez Motta (Fls.48-49):

"(...) ***PREGUNTADO:*** *Indique al despacho si para el 19 de octubre de 2014 usted se encontraba laborando.* ***CONTESTADO:*** *Si señor.* ***PREGUNTADO:*** *Ya que indica que usted se encontraba de servicio, diga al despacho si usted presenció unos hechos donde se encontraban involucrados unos uniformados.* ***CONTESTADO:*** *Si señor.* ***PREGUNTADO:*** *Ya que manifiesta que si*

presenció los hechos el día 19 de octubre de 2014 sírvase al despacho una descripción detallada de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los que tenga conocimiento. ***CONTESTADO:*** *creo que era un domingo como a las 02:10 o 02:15 horas de la tarde cuando me encontraba en la entrada vehicular 32, en ese momento llega un policía pidiendo el favor que le permitiera el ingreso ya que se ahbia (sic) escapado un muchacho de la UPJ creo, el procedimiento a seguir se le informa al muchacho que está encargado de cámaras de nombre EDWIN SANCHEZ, la solicitud del señor Policía, en ese momento se escuchan unos pasos en la terraza, se le reporta de inmediato a seguridad y control y al supervisor de turno de nombre JAITRO HUERTAS (sic), el cual procede a comunicarse con cámaras haber que es lo que está ocurriendo, en ese momento se reacciona, llega el supervisor JAIRO HUERTAS, una compañera HAYDEE, yo me quedo en el puesto ya que no se puede abandonar el lugar de trabajo y después de algunos minutos le dan captura al muchacho y lo sacan por la portería vehicular 32 y ya.* ***PREGUNTADO:*** *Manifieste al despacho que fue lo que usted observo en el procedimiento de los uniformados.* ***CONTESTADO:*** *Pues el señor Policía estaba un poco alterado al cual yo estaba atendiendo en la reja en la entrada vehicular, después de que se le reporta al supervisor los pasos escuchados yo me quedo con el señor policía en la reja y observo después de que ya le dan captura al muchacho control avisa que le permita el ingreso al policía que estaba en la puerta vehicular presencio también cuando tenían al muchacho uno de los policías le dio un golpe con el palo que tienen y proceden a sacarlos por la vehicular.* ***PREGUNTADO:*** *Manifieste al despacho cual fue el trato que usted observó de los uniformados hacia el ciudadano.* ***CONTESTADO:*** *Algo agresivo y preocupante (...)".*

-Declaración del señor Edwin Guillermo Sánchez (Fls.50-52):

"(...) ***PREGUNTADO:*** *Indique al despacho si para el 19 de octubre de 2014 usted se encontraba laborando.* ***CONTESTADO:*** *Si me encontraba en horario de seis de la mañana a las seis de la tarde.* ***PREGUNTADO:*** *Manifieste cual es función en esta sala de medios tecnológicos.* ***CONTESTADO:*** *Manejo cámaras externas e internas del edificio, seguridad electrónica.* ***PREGUNTADO:*** *Manifieste al despacho si para el día 19 de octubre de 2014, por medio de las cámaras de seguridad observó un procedimiento de policía en el parqueadero de la Secretaría Distrital de Salud.* ***CONTESTADO:*** *Si señor.* ***PREGUNTADO:*** *Ya que manifiesta que observó un procedimiento haga al despacho un relato de los hechos que son de su conocimiento, indicando las circunstancias de modo, tiempo y lugar.* ***CONTESTADO:*** *Sobre las 14:14 horas se comunico y uno de mis guardas informándome que si autorizaba el ingreso de funcionarios de la policía que estaban realizando un procedimiento de captura de una persona que se había escapado de IDIPRON, que si les autorizaba el ingreso, desde mi punto de cámaras que es de donde tengo accesibilidad al complejo de la secretaria maneje las cámaras que estaban sobre la carrera 33, vi a unos policía que estaban unos a pies y otros en motocicleta y utilice esa misma cámara para hacer una inspección perimetral para ver si observaba la persona que estaba en fuga, como no obtuve respuesta utilice una cámara domo que estaba en el parqueadero y con esa grave todo el evento que ocurrió sobre las 14:15 horas, en las cámaras observé a un policía que estaba subido por la pared del archivo, sobre las tejas del archivo que está al lado de la secretaria y correr por el borde de la pared de al (sic) y pues de antemano de arriesgar su vida ya que es peligroso donde estaba más o menos a mitad del camino él observo una persona que se movía, en la misma imagen se observa la persona que estaba fugada, se devolvió y se bajó al techo o canaleta que sostiene las oficinas de*

seguridad de la garita de acceso al parqueadero, el policía salió corriendo al igual que al (sic) persona que estaba en fuga dándole captura y sometiendo a la persona, pues como se ve en el video en esta captura el Policía pro su adrenalina, por el fervor de la persecución lo sometió al piso golpeándolo, bueno el policía se tranquilizó y lo esposo con un compañeros (sic) de él que subió para acompañar a hacer esa captura gen (sic) el video se ve al segundo policía que subió golpeándolo en reiteradas ocasiones con la tonfa, con los pies y las manos, luego procedieron a bajar a la persona capturada por las escaleras viéndose en el video que ya en parte de abajo estaba personal de seguridad y dos personas de la policía, en el momento de bajar las escaleras obligaron al muchacho a lanzarse con una patada, yo informe por radio al supervisor, al señor HUERTAS HUERTAS JOSE que les advirtiera a los policías que no lo golpearan por que se estaba grabando el procedimiento ya que estaban en la Secretaria Distrital de Salud, este llamado lo hice por radio para que todos lo escucharan, en el video se observa a la señora ACERO PRIETO HAIDEE decirle algo a un policía y el otro le refuta o le contesta y procede nuevamente a golpear al capturado, en este caso había cuatro policías en este punto de los cuales uno de ellos no participo en ese evento sino como acompañamiento (...) ***PREGUNTADO:*** *Indique al despacho que elementos utilizaron los uniformados para presuntamente agredir al ciudadano.* ***CONTESTADO:*** *Únicamente la tonfa (...)".*

- Entrevista realizada al adolescente Rafael Junior Galván Buitrago, por parte de la psicóloga y defensora de familia del Bienestar Familiar (Fls.65-69):

"(...) ***PREGUNTADO:*** *Recuerda que sucedió el día 19 de octubre de la presente anualidad?*

CONTESTADO: Como le conté yo me vine escapado de Santa Marta para Bogotá a vivir con un amigo, y entonces el día 16 de octubre yo estaba robando en el centro en la 19 con 7 y me capturaron y me llevaron a la 30 con 12 y después de la primera audiencia me dieron internamiento preventivo y me trasladaron a IDIPRON o sea, la bodega que queda ahí en la esquina del CESPA en la pared azul, luego el día de las visitas que era domingo yo me intenté evadir por el techo aprovechando que había gente y estaban en visitas y entonces mi custodio se montó también al techo a cogerme y allí me esposo con las manos atrás y me tiró por la espalda desde ese techo hasta abajo y allá me recibieron otros policías a punta de bolillo y luego el policía o sea, mi custodio también se tiró y me empezó a pegar también con el bolillo (...)".

En atención a las declaraciones que anteceden, quedó demostrado que los uniformados entre ellos el señor Luis Armando Bandera Nova atentaron en contra de la integridad física con golpes, puños y patadas de un adolescente, que había emprendido la fuga del centro de reclusión, en las instalaciones de la Secretaría de Salud Distrital.

Por lo anterior, se precisa que al valorar las pruebas testimoniales y la declaración relacionadas en anterioridad de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es dable

aducir por parte de esta instancia judicial que en efecto se presenta la tipicidad de la conducta de *"Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto"*.

En ese sentido, no le asiste razón al apoderado del actor en afirmar que en el proceso disciplinario concurrió una conducta atípica por considerar que no se encuentran las pruebas que den cuenta de las afectaciones físicas al adolescente por parte de su defendido, como quiera que no se está endilgando una conducta tipificada que refiera a las lesiones personales del joven Galván Buitrago.

Pues, la conducta objeto de reproche atiende al abuso de autoridad por parte del señor Bandera Nova, tipo penal definido por la Corte Suprema de Justicia[8] como el acto arbitrario *"realizado por el servidor público haciendo prevalecer su propia voluntad sobre la de la ley con el fin de procurar objetivos personales y no el interés público, el cual se manifiesta como extralimitación de las facultades o el desvío de su ejercicio hacia propósitos distintos a los previstos en la ley. Y, la injusticia, como la disconformidad entre los efectos producidos por el acto oficial y los que debió causar de haberse ejecutado con arreglo al orden jurídico. La injusticia debe buscarse en la afectación ocasionada con el acto caprichoso."*

Por lo anteriormente expuesto, se encuentra demostrado que el señor Bandera Nova al actuar de manera agresiva sobre la humanidad del adolescente hizo prevalecer su propia voluntad por encima de las disposiciones legales, atendiendo a una extralimitación de sus funciones como servidor público.

Bajo las consideraciones realizadas, el procedimiento adelantado en el proceso disciplinario y las pruebas obrantes en el expediente, se concluye que la entidad demandada no incurrió en el cargo de violación de normas de carácter superior – violación del debido proceso.

En esa medida, al no encontrar fundamentos que logren desvirtuar la presunción de legalidad de la que están investidos los actos impugnados, se impone denegar las súplicas elevadas.

[8] Corte Suprema de Justicia –Relatoría Sala de Casación Penal, Magistardo Ponente José Fernando Acuña Vizcaya, proceso No. 47806, número de providencia AP4835-2016, providencia del 27 de julio de 2016.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la parte actora en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin lugar a imponer condena en costas.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

C.A.

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN SEGUNDA-

Hoy veinte (20) de febrero de 2019 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. 009

DEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Proceso:	**110013342-052-2018-00182-00**
Demandante:	**MARTHA ESTHER MALAVER PEÑA**
Demandado:	**NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**
Asunto:	**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia – Reliquidación Pensional**

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Martha Esther Malaver Peña en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora Martha Esther Malaver Peña, actuando por intermedio de apoderada judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 4504 del 28 de agosto de 2015 y 8530 del 14 de noviembre de 2017 proferidas por la Secretaría de Educación de Bogotá en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante las cuales se negó la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último anterior a la adquisición del estatus pensional.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a:

Reconocer y pagar la reliquidación de la pensión de jubilación, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada.

Reconocer y pagar el valor de los reajustes que se causen conforme lo solicitado, descontando lo que ya se haya pagado en virtud del reconocimiento de la pensión de jubilación.

Que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas con aplicación de los porcentajes del IPC, junto con los intereses moratorios desde el reconocimiento de la pensión y hasta que se haga efectivo el pago, conforme al artículo 192 del CPACA.

Condenar a la entidad demandada al pago de costas procesales en virtud de lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fl.13):

La demandante trabajó por más de 20 años al servicio de la docencia cumpliendo con los requisitos para el reconocimiento y pago de pensión de jubilación por la accionada.

La base de liquidación pensional de la actora no tuvo en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y demás factores salariales percibidos en actividad docente en el último año de servicios anterior al cumplimiento del estatus de pensionada.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita la Ley 91 de 1989, Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978.

Señaló la apoderada de la parte actora que la señora Martha Esther Malaver Peña tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, con el 75% de lo percibido durante el último año anterior a la adquisición del estatus pensional.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación –Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó contestación de la demanda de forma extemporánea.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 18 de enero de 2019 (fl.124) se corrió traslado a las partes procesales para que alegaran de conclusión. La parte actora a través de memorial radicado el 23 de enero de 2019 (fls.126 a 136) presentó sus alegatos de conclusión en los cuales solicitó se accedan a las pretensiones para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Igualmente, solicitó no se tenga en cuenta la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado respecto al cambio de criterio del IBL que conforma las pensiones del régimen de transición por pertenecer la accionante a un régimen distinto al estudiado en ese asunto.

La entidad accionada guardó silencio.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 24 de octubre de 2018 (Fls. 103 a 105), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver el siguiente interrogante:

- ¿Le asiste derecho a la accionante de que su pensión de jubilación sea reliquidada o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los factores salariales acreditados dentro del último año anterior a la adquisición del estatus pensional, previa declaratoria de nulidad parcial de los actos acusados?

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia simple de la Resolución No. 4504 del 28 de agosto de 2015, mediante la cual la Secretaria de Educación de Bogotá actuando en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales

del Magisterio reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la señora Martha Esther Malaver Peña (Fls. 4 a 5).

2.2. Copia simple de la Resolución No. 8530 del 14 de noviembre de 2017, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá actuando en nombre y representación de FONPREMAG reajustó la pensión de jubilación de la actora (Fls.6 a 7).

2.3. Copia simple del documento denominado *"FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE SALARIOS E HISTORIA LABORAL"*, en el que se indican los factores salariales devengados por la accionante (Fls.8 a 10, 111 a 114 y 117 a 120).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia al régimen que regula la pensión de los docentes y los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la mentada prestación.

1. DEL RÉGIMEN PENSIONAL DOCENTE

El Presidente de la República expidió el Decreto 2277 de 1979 *"por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente"*, que en su artículo 3° estableció que los docentes que prestan sus servicios a entidades de orden nacional, departamental, distrital y municipal, son empleados oficiales cobijados por un régimen especial en cuanto a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales.

Posteriormente, se expidió la Ley 91 de 1989 "*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*", que en su artículo 15 dispuso que los docentes nacionalizados que figuren vinculados a treinta y uno (31) de diciembre de 1989 para efectos de las prestaciones sociales y económicas, mantendrán el régimen del que han venido gozando, que para el caso es el mismo régimen de los empleados públicos de los distintos órdenes contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Al respecto, el Consejo de Estado, señaló:

> *"Sin embargo, en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutan de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto*

a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación.

Bajo estos supuestos, el Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, sólo se aplica en los temas relacionados con la materia que regula; ahora, respecto a las pensiones ordinarias no fueron contempladas en la disposición, por lo que, no resulta aplicable en ese campo, y por ello, el actor no goza de régimen especial para el reconocimiento de su pensión ordinaria (...)"[1].

Ahora, el sistema de seguridad social se encuentra establecido en la Ley 100 de 1993, el cual exceptuó de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la siguiente manera:

"Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, ***se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989,*** *cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...)."(Negrilla fuera de texto).*

De lo anterior se colige, que los docentes quedaron excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social, razón por la cual, no es aplicable el régimen contenido en la Ley 100 de 1993 a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los docentes.

Con posterioridad, el Congreso de la República expidió la Ley 115 de 1994 *"Por la cual se expide la Ley General de Educación"*, que en su artículo 115 consagró:

"Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.

En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores".

[1] Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Conforme a lo anterior, se tiene que el régimen prestacional de los docentes es el consagrado en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y Ley 115 de 1994, entendiéndose que para efectos pensionales se debe aplicar la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1°, dispuso:

> *"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*
>
> *No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.*
> *(...)*
> *Parágrafo 1o. (...)*
>
> *PARÁGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.*
> *(...)".*

En ese sentido, se advierte que la anterior norma no es aplicable a: (i) los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifican la excepción que la ley ha determinado expresamente; (ii) aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones; y (iii) los empleados oficiales que cumplieron 15 años de servicio al 29 de enero 1985, teniendo en cuenta que su derecho pensional se rige por la norma anterior.

Así las cosas, como quiera que la parte actora al 29 de enero de 1985, no tenía consolidados 15 años de prestación de servicios, le resultan aplicables las disposiciones en materia pensional contenidas en la Ley 33 de 1985, amén que los mismos no gozan de un régimen exceptuado ni especial.

Finalmente, se expidió la Ley 812 de 2003, "*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*", que respecto al régimen prestacional de los docentes oficiales contempló:

> *"**Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales**. El régimen prestacional de los docentes **nacionales, nacionalizados y territoriales**, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, **es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley***
>
> ***Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley**, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres**.*

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones" (Negrilla fuera de texto).

Del precedente normativo, se advierte que el régimen de prima media consagrado en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, es aplicable a los docentes que se vincularon a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el cual estará a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Disposición ratificada en el artículo 1º del Acto Legislativo No. 1º de 2005, que al tenor consagra:

*"**ARTÍCULO 1o**. Se adicionan los siguientes incisos y parágrafos al artículo 48 de la Constitución Política:*

*"**Parágrafo transitorio 1o**. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".*

La anterior postura fue igualmente reiterada por la Sala Plena del Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación proferida el pasado 28 de agosto de 2018, que al respecto señaló:

*"95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su regimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989[2]. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**"[3]*

En torno a la aplicación de la mencionada providencia, atendiendo a lo esgrimido por el extremo actor en las alegaciones finales y el escrito que obra a folios 36 a 49, advierte

---

[2] Ley 100 de 1993. "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]".

[3] Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Expediente:52001-23-33-000-2012-00143-01, Sentencia de unificación de jurisprudencia. Criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

el Despacho que, contrario a lo reseñado por dicha parte procesal, las sentencias que tienen el carácter de Unificación jurisprudencial, sí son de aplicación inmediata y además de obligatorio cumplimiento y observancia, y por tanto son vinculantes para los operadores judiciales y administrativos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 230 Constitucional[4], en concordancia con el artículo 10 del CPACA que al tenor establece:

> *ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas." (Subrayas fuera de texto)*

Acorde con lo anterior, se reitera lo referido por el Consejo de Estado en el párrafo 115 de la sentencia de unificación antes mencionada, en cuanto a que por regla general ese tipo de sentencias tiene efectos retrospectivos y por tanto son aplicables a todos los casos que se encuentren pendientes de decisión y respecto de los cuales no exista cosa juzgada.

Adicionalmente en cuanto a las sentencias de tutela proferidas el 27 de septiembre y el 25 de octubre de 2018, por la Consejera ROCÍO ARAUJO OÑATE, se advierte que las sentencias proferidas dentro de las acciones constitucionales de tutela, solamente surten efecto interpartes y en todo caso, el asunto que allí se sometió a estudio cuenta con fundamentos fácticos diferentes, pues las decisiones atacadas se adoptaron antes de la sentencia del 28 de agosto de la misma anualidad, en consecuencia la ratio decidendi de tal providencia, no es aplicable al caso bajo estudio.

Atendiendo a las anteriores consideraciones, se insiste en que a los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, conforme a las previsiones del régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989, se les debe continuar aplicando la Ley 33 de 1985, en virtud de la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y por ende, mantienen la expectativa legítima de ser pensionados teniendo en cuenta la edad, tiempo y para su monto pensional el 75% de los factores del último año de servicio.

---

[4] ARTICULO 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.
La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

-DE LOS FACTORES SALARIALES

Así las cosas, se prosigue con el estudio de cuáles son los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, consagrados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, de la siguiente manera:

> *"Artículo 3°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*
>
> ***Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.***
>
> ***En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.*** (Negrillas fuera de texto)."

La anterior disposición fue modificada por la Ley 62 de 1985, en el sentido de establecer lo siguiente:

> ***"Artículo 1°.*** *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación;* ***primas de antigüedad****, técnica,* ***ascensional y de capacitación****; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (...)".*

De lo anterior, se colige que con la modificación efectuada al artículo 3° de la Ley 33 de 1985, se agregaron además de los factores inicialmente establecidos, la prima de antigüedad, ascensional y de capacitación.

Posteriormente, el Consejo de Estado – Sección Segunda, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila emitida el 4 de agosto de 2010, unificó el criterio en cuanto a los factores que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, llegando a la conclusión de que la Ley 33 de 1985, no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, anotando lo que sigue:

"(...) De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, ***a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.***

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó:

"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación."[5] (Negrilla fuera de texto)

Igualmente, estableció lo siguiente:

"(...) Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, ***asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios****, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.*

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las ***primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones*** *y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (...)".*[6] (Negrillas fuera de texto).

Tal posición fue reafirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón[7], en la cual además manifestó que para determinar si un factor debe o no incluirse en el ingreso base de liquidación los mismos deben reunir dos criterios, a saber: (i) el de la "*retribución*", es decir, analizar si dicho pago retribuye o no el servicio y (ii) el de la "*habitualidad*", es decir, tener una cierta vocación de continuidad o permanencia, o sea, que no se trate de un pago ocasional.

---

[5] Sentencia del 4 de agosto de 2010, radicado: 25000232500020060750901,
[6] *Ibídem.*
[7] Sec 2ª, Subsección A, CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

No obstante lo anterior, en la sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2018 por el Órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se abordó nuevamente el tema en cuestión, por lo que tras efectuar un análisis de las normas en cita frente a postulados de carácter constitucional como es la solidaridad en el sistema de seguridad social, referido en el artículo 48 de la Carta, consideró que la interpretación materializada en la sentencia del 4 de agosto de 2010 no se acompasa a tales principios y por tanto efectuó una rectificación del criterio interpretativo aplicable, para lo cual señaló:

> *"99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985,* ***solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.***
>
> *100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas* ***de cotización.*** *Para la liquidación de las pensiones* ***sólo*** *se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.*
>
> *101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periodicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.*
>
> *102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.*
>
> *103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema." (Subrayas fuera de texto)*

Bajo la anterior perspectiva que además ostenta el carácter de vinculante, se concluye que para liquidar la mesada pensional de aquellas pensiones que sean reconocidas bajo los postulados de la Ley 33 de 1985, como es la de los docentes por disposición de la Ley 91 de 1989 solamente se incluirán los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al régimen de seguridad social en pensiones.

Para la aplicación de la norma en cita, igualmente resulta oportuno tener en cuenta la segunda subregla de interpretación establecida en la sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2018 por el Consejo de Estado, toda vez que la misma se basa, de una parte, en el principio de solidaridad previsto en el artículo 1° de la Constitución Política como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, y de otra, en el artículo 48 *ibídem* que define la Seguridad Social como "*un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.*

Así las cosas, como quiera que el mencionado criterio de interpretación es eminentemente constitucional, considera el Despacho que resulta aplicable a todas las decisiones relacionadas con la determinación de factores salariales que deben ser incluidos en la determinación del IBL pensional, en consecuencia, para ello se tendrán en cuenta, conforme a la subregla en cita, los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al régimen de seguridad social en pensiones en el último salario devengado.

Tal postura fue igualmente adoptada por el CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", mediante sentencia del Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS, proferida el 10 de octubre de 2018, dentro del proceso con radicación número: 05001-23-33-000-2015-00871-01(3058-17).

Sumado a lo enunciado en precedencia, es del caso traer a colación lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, el cual respecto a la importancia jurídica o necesidad de sentar jurisprudencia frente a los asuntos pendientes de fallo, dispone:

> ***"ARTÍCULO 271. DECISIONES POR IMPORTANCIA JURÍDICA, TRASCENDENCIA ECONÓMICA O SOCIAL O NECESIDAD DE SENTAR JURISPRUDENCIA.*** *Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.*
>
> *En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.*
>
> *Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o a necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.*

Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.

La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos."

CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Martha Esther Malaver Peña, actuando a través de apoderada judicial, depreca la nulidad de los actos administrativos que omitieron ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del estatus pensional.

Al respecto, se encuentra probado que la accionante adquirió el status pensional el 11 de julio de 2014 (fls. 4 y 6), razón por la cual, para efectos del reconocimiento pensional como lo admitió la entidad demandada, se aplica la Ley 33 de 1985, vigente para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989.

En ese orden, el Despacho advierte que a través de la Resolución No. 4504 del 28 de agosto de 2015, FONPREMAG le reconoció a la actora pensión vitalicia de jubilación, con una mesada pensional correspondiente al 75% de los factores asignación básica y la prima de vacaciones (fl.5), reajustando esa prestación pensional a través de la Resolución No. 8530 del 14 de noviembre de 2017 (fl.6), con la inclusión del factor bonificación Decreto.

En virtud de lo anterior y de conformidad con la primera regla adoptada por el Consejo de Estado en la última sentencia de unificación, se advierte tratándose de un docente vinculado con anterioridad al 27 de junio de 2003, le es aplicable el régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989 y por ende continúa siendo aplicable la Ley 33 de 1985 - sin que para ello sea necesario acudir al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993-, en lo atinente al tiempo de servicios (20 años) y la edad (55 años) para tener derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación teniendo en cuenta los factores del último año anterior a la adquisición del estatus.

En efecto, conforme a la segunda regla que se deriva del aludido fallo proferido el 28 de agosto de 2018 y que conforme a lo anotado en precedencia, es aplicable al presente caso, se colige que la liquidación pensional se debe realizar con la inclusión de los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al sistema de seguridad social, en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Así las cosas, acorde con los actos acusados, se tiene que la demandante adquirió su status pensional el 11 de julio de 2014, de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta son los devengados en el periodo comprendido entre el 11 de julio de 2013 y el 10 de julio de 2014.

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados en el periodo referido, con base en los relacionados en el documento denominado *"FORMATO UNICO PARA EXPEDICIÓN DE CERTIFICADO DE SALARIOS"* visible a folios 111 a 113 y 117 a 118, según el cual, la accionante percibió: sueldo, bonificación decreto y las primas especial, de servicio, de vacaciones y de navidad, sin embargo solamente realizó cotización para seguridad social sobre el **sueldo básico y la prima de vacaciones**, luego eran estos los que podían incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

Así las cosas, como quiera que según los actos acusados (Fls.4 a 7), la entidad demandada al liquidar y reajustar la pensión de jubilación de la accionante, tuvo en cuenta no sólo los referidos factores, esto es la asignación o sueldo básico y la prima vacaciones, sino también el factor denominado bonificación decreto, sobre el cual no se acreditó el aporte o cotización pertinente, podemos concluir que no desconoció el régimen aplicable a la pensión vitalicia de jubilación de la demandante, consagrado en la Ley 33 de 1985 conforme a la interpretación unificadora del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Ahora bien, respecto a lo indicado por la mandataria de la parte actora en los alegatos de conclusión sobre la no aplicación de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 citada a lo largo de esta providencia, el Juzgado resalta lo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia 18 de octubre de 2018, en el cual basado en ese pronunciamiento indicó que deben reconocerse los factores únicamente sobre los que se ha efectuado cotización y están relacionados en la Ley 33 de 1985 y Ley 62 del mismo año. En efecto se señaló:

"Con fundamento en lo anterior, la Sala advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la señora María Victoria Bustamante García, tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, como lo dispuso el a quo.

En efecto, el Tribunal, dando aplicación a la sentencia de la Sección Segunda de esta Corporación del 4 de agosto de 2010, recogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación jurisprudencial aludida, ordenó incluir en la liquidación la prima de navidad y el auxilio de transporte. No obstante, tales factores se encuentran por fuera de los establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 198514 y respecto de estos no se hicieron cotizaciones, como da cuenta la certificación de salarios que obra a folio 26, en donde consta que el único factor de aporte fue la asignación básica.

En consecuencia, la sentencia del a quo que accedió a las pretensiones de la demanda deberá revocarse y, en su lugar, se denegarán".[8]

En ese orden de ideas, al ser plenamente aplicable la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado – Sala Plena y al no se encontrarse desvirtuada la presunción de legalidad de los actos demandados, el Juzgado negara las pretensiones de la demanda.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la parte demandante en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo considerado en este fallo.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

---

[8] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", mediante sentencia del Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS, proferida el 10 de octubre de 2018, dentro del proceso con radicación número: 05001-23-33-000-2015-00871-01(3058-17).

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

S.A.

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C.
-SECCIÓN SEGUNDA-

Hoy 20 de febrero de 2019 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. 9.

DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario