

EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA EN ESTRICTO CUMPLIMIENTO DE DEBER CONSTITUCIONAL O LEGAL DE MAYOR IMPORTANCIA QUE EL SACRIFICADO – Requisitos / SANCION DE DESTITUCION DE AGENTE DE LA POLICIA NACIONAL – No exclusión de responsabilidad disciplinaria

Para que opere la causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria prevista en el artículo 28-2 del Código Disciplinario Unico, deben darse los siguientes elementos: 1. Tener mínimo dos deberes constitucionales o legales, relacionados con la función o servicio que se presta por parte del servidor público implicado. 2. El cumplimiento del deber ha de ser estricto. 3. No se puede pregonar entre deberes omisivos. 4. Uno de los deberes debe cumplirse en menoscabo del otro, por tener mayor jerarquía. 5. El cumplimiento de los deberes debe estar en cabeza del mismo servidor público. 6. El disciplinable debe conocer que actúa para hacer prevalecer el de mayor jerarquía. En el sub-lite, el actor no estaba legitimado por ley para transportar en la patrulla [vehículo institucional] al conductor de la tracto mula de la Estación de Policía de Malambo al sitio donde fue detenido y lugar en que se encontraba parqueado el vehículo inmovilizado, máxime que éste tenía conocimiento del procedimiento irregular que se estaba llevando a cabo, toda vez que el disciplinado públicamente afirmó que si le daban 'garrote' hablaba, como da cuenta la declaración del PT. Benavides. Si bien es cierto, la orden fue emitida por el superior jerárquico [Mayor Monroy] con las formalidades legales, tenía un contenido antijurídico, como era el de trasladar al conductor de la tracto mula hacia la Estación de Policía de Malambo *“para que éste negociara fraudulentamente con el Mayor Monroy [superior jerárquico] el paso de la tracto mula que presuntamente contenía un cargamento de cocaína”*, como lo indicó el Juez disciplinario en los fallos de primera y segunda instancia, testimonio que fundamentó la decisión de sancionar al demandante, por estimar que resultan inadmisibles las razones que aduce con miras a justificar su proceder irregular, *“al utilizar los bienes de la Institución para realizar actividades diferentes al servicio.”*

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 28 / DECRETO 1798 DE 2000 – ARTICULO 36

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., cuatro (4) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00534-00(2049-11)

Actor: JUAN CARLOS GAMBOA CONTRERAS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL

Cumplido el trámite previsto en los artículos 207 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, procede la Sala a dictar sentencia en el proceso de la referencia.

LA DEMANDA

El señor Juan Carlos Gamboa Contreras por conducto de apoderado, interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo contra de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, en procura de obtener la nulidad de los artículo 7° de los Fallos Disciplinarios de Primera y Segunda Instancia proferidos el 4 y 24 de mayo de 2006, mediante los cuales, la Policía Nacional lo sancionó con destitución en el cargo de Agente e inhabilidad para desempeñar cargos públicos por el término de cinco (5) años; así como la Resolución No. 043891 de 17 de julio de 2006, mediante la cual, se ejecutó la sanción.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se condene al reintegro en el cargo que venía ejerciendo u otro de superior jerarquía, ordenando los ascensos a que tuviere derecho, y declarando para todos los efectos que no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio; pagarle los sueldos, primas, subsidios, vacaciones y demás prestaciones dejadas de percibir desde la destitución hasta la fecha en que sea efectivamente reintegrado; la desanotación de la sanción; dando cumplimiento al fallo de acuerdo a los establecido en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

El actor prestó sus servicios a la Policía Nacional como Agente desde el 1° de abril de 1990 hasta el 17 de julio de 2006.

La hoja de vida del accionante demuestra su cabal y fiel desempeño, figurándole veintiocho (28) felicitaciones por su buen desempeño policial, una condecoración y sin que fuera objeto de sanciones.

Mediante informe de 22 de abril de 2006 el Oficial Investigador DIPOL, dijo que el 24 de enero del mismo año, una patrulla adscrita a la Estación de Policía Malambo, integrada por los Patrulleros MORE MOVILLA WILLINTON y GARCÍA YANEZ WILLIAM interceptaron una tracto mula que transportaba carbón y al parecer llevaba oculta una cantidad indeterminada de cocaína, que el Mayor MONROY GALICIA CARLOS [Oficial de Guarnición], se apersonó del caso, llegando hasta el sitio donde se encontraba parqueada la tracto mula y recibió la documentación del vehículo.

Luego se dirigió a la Estación de Policía, enviando unos minutos más tarde a su conductor, el Agente GAMBOA CONTRERAS JUAN CARLOS [actor] a recoger al conductor de la tracto mula para llevarlo a las instalaciones policiales, donde el Mayor Monroy se reunió con el conductor, y le ordeno al Patrullero MORE MOVILLA WELLINTON que dejara ir la tracto mula que ya se había arreglado el inconveniente, agregando que estuviera tranquilo que si todo salía bien sería recompensado.

Así mismo refirió al Patrullero More Movilla que aproximadamente a las 01:30 horas, el Mayor Monroy llegó a la Estación de Malambo y le hizo entrega en su oficina de la suma de \$18'000.000 a él y al Patrullero García Yanez.

Por el anterior informe se inició la investigación disciplinaria y se le imprimió el trámite del procedimiento verbal que consagra la Ley 734 de 2002.

Al demandante, en el Auto de Citación a Audiencia se le endilgó la vulneración a los postulados del artículo 38 del Decreto 1798 de 2000, numeral 4°, es decir: *“Dar lugar a justificados informes por parte de los superiores por su comportamiento arbitrario dentro del servicio”*, y el numeral 36, que es: *“Respecto de los bienes de la Policía Nacional puestos bajo su responsabilidad, violar reglamentos o instrucciones mediante las siguientes conductas literal D. Darles uso diferente.”*

En el Fallo Disciplinario de Primera Instancia proferido en Audiencia el 4 de mayo de 2006, se consideró por el operador disciplinario que el primero de los cargos, no encuadra en el comportamiento del Agente Contreras Gamboa, y se desestimó; sin embargo, si consideró vulnerada la norma

señalada en el segundo cargo, soportado en que: “(...) *El Agente Gamboa, Conductor de la patrulla de siglas 06-775 llegó al lugar donde se encontraba la tracto mula, recogió al conductor de la misma y lo trasladó hasta la Estación de Policía de malambo (...)*”, procedimiento éste que el administrador de justicia disciplinaria calificó como un uso oficial diferente a un bien de propiedad de la Policía Nacional.

Dentro de los términos legales, se interpuso contra la referida providencia recurso de apelación ante el superior inmediato argumentando que el A-Quo de por aceptado que el Agente Gamboa Contreras recogió al conductor de la tracto mula en cumplimiento de una orden de un superior jerárquico como lo plantea la defensa, pero insiste el Juez Disciplinario que el actor debió de apartarse del cumplimiento de esa orden, por cuanto una vez en la guardia observó que de la entrevista que sostuvieron el Mayor Monroy con el conductor de la tracto mula, se podría vislumbrar un procedimiento irregular.

Los anteriores argumentos fueron atacados en su oportunidad, sobre la base de que el investigador disciplinario le concedía la razón a la defensa en el momento en que manifiesta: “(...) *se podría vislumbrar un procedimiento irregular (...)*”; según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es: “*Ver algo de una manera confusa e imprecisa*”, de manera que si el Agente Gamboa no tenía claro que se estuviera realizando un procedimiento irregular, nunca debía oponerse al cumplimiento de una orden superior.

El Agente Gamboa confesó en su versión que efectivamente recogió al conductor de la tracto mula y lo llevó hasta la estación de policía porque así se lo había ordenado el Mayor Monroy, su Comandante y superior jerárquico; y que de allí no supo más nada sobre el referido conductor, nunca se le cuestionó sobre si lo había regresado nuevamente al lugar.

Los vehículos (Patrullas) de la Policía Nacional, por su naturaleza están destinados para realizar patrullajes de vigilancia y seguridad a la comunidad de determinada jurisdicción, igual para conducir o trasladar personas imputadas, sindicadas o capturadas ante la autoridad correspondiente, y en el presente caso el mando del vehículo que conducía el actor lo ejercía el

Mayor Monroy. Estando demostrado que éste último impartió la orden, y el accionante simplemente la acató, lo que significa que no dio un uso diferente al bien de propiedad de la Policía Nacional.

Conforme lo anotado, concluyó que la decisión de retirar de la Policía Nacional al Agente Gamboa Contreras, fue abiertamente arbitraria e ilegal, por cuanto no fue demostrada la responsabilidad del actor en las faltas que se le imputaron.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, artículos 2°, 25, 29, 125 y 218; Decreto 1798 de 2000, artículos 12, 43 y 45; Ley 734 de 2002; artículos 13, 73 y 142; Código Contencioso Administrativo, artículos 83 , 84 y 85.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Indicó que los actos administrativos acusados son nulos porque desconocen el derecho al trabajo, teniendo en cuenta que los servidores públicos tienen derecho a exigir del Estado que los nombramientos como los retiros se hagan con plena observancia de las normas que regulan la función pública, los estatutos de carrera y disciplinarias, pues de lo contrario se generan irregularidades y desviaciones como las contenidas en el presente caso.

Igualmente se desconoció el debido proceso porque no se probó en forma clara el cargo que se le endilgó y por tanto no era posible sancionarlo con destitución e inhabilidad para desempeñar cargos públicos, pues dicho proceder desconoce el principio de presunción de inocencia. (Art. 142 de la Ley 734 de 2002).

También se violaron los artículos 12 del Decreto 1798 de 2000 y 13 de la Ley 734 de 2002, que proscriben toda forma de responsabilidad objetiva; así como el artículo 43 que prevé los criterios que se deben tener en cuenta para la graduación de la sanción, como es el grado de culpabilidad, teniendo en

cuenta que el Agente Gamboa recogió al conductor de la tracto mula y lo llevó al Comando de la Estación en cumplimiento de la orden impartida por su superior [Mayor Monroy]; el grado de participación en el hecho, toda vez que, el actor lo único que hizo fue cumplir la orden dada por un superior; la existencia de circunstancias de atenuación y buena conducta, pues se desconoció que el accionante cuenta con 28 felicitaciones por buen desempeño policial y tiene una condecoración.

Aduce que el artículo 73 de la Ley 734 de 2002, ordena la terminación del procedimiento cuando en cualquier estado del proceso aparezca demostrado que el investigado actuó amparado en una causal de exclusión de responsabilidad, como en el asunto que se demanda, pues el actor actuó en cumplimiento de una orden de autoridad competente que como tal era su superior inmediato [Mayor Monroy]. (Fls. 1-8)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional mediante apoderado contestó la demanda (Fls. 405-415), oponiéndose a las pretensiones.

Propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, teniendo en cuenta que el actor no realizó una designación correcta de la parte demandada, como lo prevé el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no es una tercera instancia para dirimir procesos disciplinarios, por cuanto esta en cabeza del Procurador General de la Nación en ejercicio del poder preferente, así como las demás Instituciones Públicas a través de las Oficinas de Control Disciplinario Interno, quienes deben ajustar sus actuaciones y decisiones a la Constitución y la Ley; por lo tanto el sujeto disciplinable cuenta con las garantías legales para ejercer el derecho de defensa y contradicción, por lo

cual no cualquier tipo de error está en capacidad de cuestionar el fallo disciplinario, que goza de la presunción de legalidad y certeza.¹

Respecto al deber funcional, indicó que se trata de un principio consagrado en el artículo 5° de la Ley 734 de 2002, concordante con los artículos 2°, 209 y 218 de la Constitución Política, toda vez que exige que el servidor de la Policía tenga unas calidades especiales tanto personales como profesionales que garanticen el cumplimiento de los fines y funciones del Estado Social de Derecho, porque de lo contrario se tornaría ineficaz dicha garantía.²

La conducta asumida por el Agente Gamboa, por la cual le fue impuesto el correctivo de destitución e inhabilidad general de cinco (5) años, teniendo en cuenta que el Juez Disciplinario determinó mediante la investigación disciplinaria que el actor se apartó del postulado constitucional relativo a que las autoridades están estatuidas para proteger a todos los habitantes del territorio en su vida, honra, bienes y para el caso en estudio, quedó demostrado que la falta que se tipificó, es la prevista en el Decreto 1798 de 2000, artículo 38-36-d.

Además la Corte Constitucional en sentencia C-819 de 2006, indicó que el derecho disciplinario tiene como finalidad garantizar el buen funcionamiento, la moralidad y prestigio de las entidades públicas.

De otra parte al demandante se le brindaron todas las garantías procesales, pues fue debidamente vinculado al proceso disciplinario, tuvo la oportunidad de constituir apoderado [como en efecto lo hizo], controvertir las pruebas que se allegaron y solicitar las que consideró pertinentes para su defensa, presentó alegatos e inclusive impugnó la decisión que culminó con la sanción de destitución.

De igual manera no hay lugar a decir, que existió una falsa motivación de los actos acusados por cuanto los hechos que dieron lugar a iniciar la investigación disciplinaria se ajustan a la realidad de lo sucedido y fue

¹ Sentencia de 3 de septiembre de 2009, expediente 4980-2005 [2005-00113-00], M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila

² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-948 de 2002.

demostrado en el trámite de la investigación, lo cual no fue controvertido y puesto en duda por el actor en las diferentes etapas del proceso disciplinario, aunado a ello, las normas que tipificaron la conducta imputada al disciplinado, fueron las que se aplicaron en el presente caso.

CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación emitió Concepto (Fls. 436-447), en el que solicitó negar las súplicas de la demanda por las razones que se exponen a continuación:

Señaló que la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda no está llamada a prosperar, toda vez que, el actor indicó claramente que la accionada era la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, y de igual manera se constató que el auto admisorio así lo señaló.

La Policía Nacional dentro del trámite del proceso disciplinario adelantado en contra del actor [entre otros], tuvo como fundamento las irregularidades cometidas el 24 de enero de 2006, que consistieron en conducir el vehículo oficial que tenía adscrito en indebidos menesteres, como son haber transportado al conductor de una tracto mula que presuntamente contenía un cargamento de 'droga'.

Para la Agencia Fiscal no son de recibo las exculpaciones planteadas en la demanda contenciosa en razón a que no atañen al único cargo disciplinario que se le endilgó, pues más bien hacen relación a un nuevo planteamiento defensivo.

Habiéndose comprobado, que al interviniente se le imputó únicamente una precisa conducta y se le indicó la preceptiva de rigor desatendida, concluyó que se le motivaron correctamente los actos acusados, como el riguroso presupuesto que regenta el deber de abstenerse de transportar, en las circunstancias descritas, al civil sindicado de la comisión del reato de cohecho, cuyo gestor principal fue su superior jerárquico Mayor Monroy Galicia.

Finalmente señaló que la actuación disciplinaria atacada cumplió con todos los requisitos, tanto formales como sustanciales, al describir las conductas, adecuarlas a los cánones disciplinarios de prohibición, valorando las exculpaciones y deduciendo el interés jurídico a amparar, con lo cual, estimó que las pretensiones de nulidad no son de recibo.

Como no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas la siguientes

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Se trata de establecer si el demandante violó el reglamento de la Institución al transportar en el auto oficial al conductor de la tractomula que transportaba presuntamente un cargamento de droga.

ACTOS ACUSADOS

Fallo Disciplinario de Primera Instancia de 4 de mayo de 2006 [Artículo 7°], **por medio del cual, el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno, del Departamento de Policía Atlántico, de la Policía Nacional sancionó al actor con destitución en el ejercicio del cargo de Agente e inhabilidad general de cinco (5) años. (Fls. 11-79)**

Fallo Disciplinario de Segunda Instancia de 24 de mayo de 2006, **por medio de cual, el Director General de la Policía Nacional confirmó la sanción del accionante de destitución en el ejercicio del cargo de Agente e inhabilidad general de cinco (5) años. (Fls. 80-156)**

Resolución No. 03891 de 17 de julio de 2006, **proferida por el Director General de la Policía Nacional, mediante la cual ejecutó la sanción de destitución y lo retiró del servicio activo y lo inhabilitó para ejercer cargos públicos por el término de cinco (5) años. (Fls. 157-158)**

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

De la vinculación del demandante

A folio 161 del expediente obra la certificación de tiempo de servicio suscrita por el Coordinador del Grupo de Talento Humano DEATA de la Policía Nacional, donde hace constar que el accionante prestó sus servicios a la Institución desde el 1° de abril de 1990 hasta el 17 de julio de 2006, y al momento del retiro ocupaba el cargo de Agente.

De igual manera certificó que el actor fue objeto de veintiocho felicitaciones por el buen servicio policial y recibió una condecoración. (Fls. 162)

De las actuaciones que dieron origen al proceso disciplinario

El 22 de abril de 2006 la Dirección de Inteligencia de la Policía Nacional, elaboró un Informe de Inteligencia (Fls. 9-11 C-2), que da cuenta [entre otros] de los siguientes hechos:

- El 24 de enero de 2006 una patrulla adscrita a la Estación de Policía Malambo, integrada por los Patrulleros MORE MOVILLA WILLINGTON y GARCÍA YAÑEZ WILLIAM, encontrándose en servicio pararon una tracto mula, que transportaba carbón y presuntamente tenía oculta una cantidad de cocaína.
- El Comandante Oficial de la Guarnición Mayor MONROY GALICIA CARLOS JULIO, presuntamente se comunicó por celular a las 7.30 a.m. con el Patrullero MORE MOVILLA y le ordenó estar pendiente del referido tracto mula, indicando que una vez ubicada se lo informaran.
- La precitada tracto mula fue ubicada hacia las 8.00 a.m., en la estación de servicio TERPEL de la Avenida Oriental a la entrada del Municipio de Malambo, situación que le fue informada al Mayor Monroy Galicia por el Patrullero More Movilla.
- Aproximadamente a las 10.00 a.m. hicieron presencia en el lugar, las patrullas R-41 tripulada por los Patrulleros TORRES MATOS ODEL y BALLESTEROS SALDARRIAGA HUGO; y R-42 tripulada por los Patrulleros BENITEZ RAMÍREZ JUAN y AGUIRRE PARRA ADRIAN, quienes afirmaron haber observado el procedimiento de la Patrulla OSCAR-10 e indicaron que existían informes de que la tracto mula estaba cargada de cocaína y en el caso tenía que ver el Mayor Monroy.
- Siendo las 11.00 a.m. llegó a la estación de servicio TERPEL EL Mayor Monroy, quien verificó los documentos y se dirigió a la Estación de Policía Malambo, y luego envió a su conductor el Agente Gamboa

Contreras Juan Carlos [actor] a que recogiera al conductor de la tracto mula y lo condujera a la Estación.

- El Patrullero Benavidez Villa indicó que, quien se encontraba de servicio como Comandante de Guardia de la Estación Malambo, era el Mayor Monroy, quien se reunió a puerta cerrada con el conductor de la tracto mula, quien en varias oportunidades salía y entraba de la Oficina y hablaba por celular.
- Hacía las 12.30 del día el Agente Gamboa Contrera [demandante] salió de la Estación con el conductor de la tracto mula y en la camioneta lo llevo a donde lo recogió, donde estaba la patrulla OSCAR-10 custodiaba el automotor.
- Luego el Mayor Monroy le ordenó al Patrullero More Movilla que se presentara en la Oficina, quedando el Patrullero García Yañez en el lugar de custodia del automotor.

Del proceso disciplinario

Por Auto de 22 de abril de 2006 el Comandante del Departamento de Policía del Atlántico, resolvió abrir indagación preliminar por los anteriores hechos. (Fls. 12-13 C-2)

El 23 de abril de 2006 el Comandante de Policía del Departamento del Atlántico, Oficina de Control Disciplinario Interno – DATA, resolvió vincular al Agente Gamboa Contreras [demandante].³ (Fls. 72-73 C-2)

Mediante Auto de 26 de abril de 2006 el Comandante de Policía del Departamento del Atlántico, Oficina de Control Disciplinario Interno – DATA (Fls. 192-239 C-2),⁴ resolvió:

- Tramitar la acción disciplinaria mediante el proceso verbal previsto en el artículo 175 y siguientes de la Ley 734 de 2002.

³ [NOTIFICACIÓN PERSONAL, el 23 de abril de 2006. \(Fls. 80 C-2\)](#)

- Citar a Audiencia al disciplinado para el día 28 del mismo mes y año.
- Para que responda por el único cargo, según el cual, probablemente incurrió en el ilícito previsto en los numerales 4° y 36-d del artículo 38 del Decreto 1798 de 2000, consistentes en dar lugar a informes por parte de superiores por su comportamiento arbitrario dentro del servicio, y por la falta de respeto a los bienes de la Policía Nacional puestos bajo su responsabilidad al darles un uso diferente, así como la violación de reglamentos o instrucciones superiores.
- La conducta desarrollada por el Agente fue en la modalidad de acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, cometidos a título de culpa gravísima dolosa.

El 26 de abril de 2006 un Asesor de la Procuraduría Regional del Atlántico efectuó visita especial al proceso disciplinario adelantado en contra del actor [entre otros] en atención a la petición elevada por uno de los disciplinados [Mayor Monroy Galicia] con el propósito de que ejerciera el poder disciplinario preferente. La visita concluyó en que la investigación se estaba adelantando conforme al ordenamiento jurídico y el respeto a las garantías al debido proceso. (Fls. 241-246 C-2)

El 28 de abril de 2006 el Comandante de Policía del Departamento del Atlántico, Oficina de Control Disciplinario Interno – DATA, da inicio a la Audiencia Disciplinaria para que los investigados rindieran versión libre, además se decretaron pruebas, y se recepcionan unas declaraciones. (Fls. 283-309 C-2) Audiencia que continúa el 2 de mayo del mismo año (Fls. 386-398 C-2), destacándose lo siguiente:

- El actor se ratifica en lo expresado en la declaración rendida el 23 de abril de 2006.
- El Subintendente Álvarez Sáenz Diego Pastor, al rendir declaración, manifestó que: *"[...] a las 23.30 horas de la noche, cuando habló con el Mayor Monroy y le ordenó que se fuera a descansar y que hiciera la*

[4 NOTIFICACIÓN PERSONAL, el 26 de abril de 2006. \(Fls. 250 C-2\)](#)

respectiva anotación sobre la entrega de los elementos de dotación, en esos momentos el PT. BENAVIDES quien se encontraba de Comandante de Guardia fue quien me informó que llevaba una cantidad de concaína y que iba a pasar por malambo, pero yo no le puse mucho cuidado y luego me retiré. [...]

- El Patrullero Aguirre Parra, por su parte señaló que en ningún momento el Agente Gamboa Contreras se bajó del vehículo, él se quedó en la patrulla y el único que se bajó fue el Mayor Monroy y un policía que se bajo del carro particular se encontraron los dos y hablaron como cinco minutos y después se retiraron.

- El Patrullero More Movilla Wellington Eusebio, en su declaración señaló que: *“[...] el señor MY. MONROY por vía telefónica le suministró unas placas de un remolque número R-3038 y le dijo que cuando localizara esa tractomula la inmovilizara y le informara por vía telefónica, lo cual sucedió a los cinco minutos por cuanto la mula se encontraba parqueada frente a un restaurante, por lo cual habló con el conductor de la misma y se revisaron los documentos y esperaron a que llegara el MY MONROY, ya que previamente éste lo había llamado vía celular y luego cuando el Oficial llegó a ese sitio se apersonó del caso y mandó a la patrulla 06-775 conducida por el Agente GAMBOA CONTRERAS JUAN CARLOS y les ordenó que se llevara al conductor de la mula hasta la Estación, luego de transcurridos veinte minutos, regresó la patrulla con el conductor de la mula. [...]*

- El Patrullero Juan Carlos Benavides Villa, señaló que: *“[...] tiene conocimiento que tenían una mula y le estaban verificado antecedentes de acuerdo a lo que escuchó por el radio de comunicaciones y como a las diez o nueve y media el Mayor MONROY, apoyó el procedimiento y mandó al conductor al AG GAMBOA que condujera hasta las instalaciones de la Estación de Policía Malambo al ayudante del conductor de la mula, cuando este llegó hasta la Estación llevaron al señor y habló con el Mayor en el interior de la oficina y el Agente GAMBOA dijo que si le daban garrote hablaba. [...]*

- El Patrullero William García Yañez, indicó que: “[...] *estaba manejando la moto en compañía del Patrullero More Movilla Wellintong, cuando el Mayor Monroy llamó por radio al Patrullero More le marcó y le dijo que le para una mula de placas R-3038, la cual supuestamente llavaba dos kilos de cocaína [...] y ellos se hablaron su vaina en un hotel por el norte de Barranquilla y le entregaron una gran suma de dinero, pero en dólares que le preguntaron al Agente GAMBOA y este le dijo que eran mil quinientos millos de pesos, después que recibió la plata como a las dos o tres de la mañana se devolvió para la Estación de Policía Malambo. [...]*”

El Comandante de Policía del Departamento del Atlántico, Oficina de Control Disciplinario Interno – DATA, profirió Fallo Disciplinario de Primera Instancia el 4 de mayo de 2006, resolviendo sancionarlo con destitución del cargo de Agente al demandante e inhabilidad general de cinco (5) años⁵ (Fls. 11-80), teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

- El Agente Gamboa Contreras por ser sujeto disciplinable de la Policía Nacional, incurrió en la vulneración del artículo 38 del Decreto 1798 de 4 de septiembre de 2000, por el cual se modifican las normas de disciplina y ética de la Institución, en especial el artículo 38, numeral 36, literal d).
- El comportamiento del procesado se encuentra tipificado en la norma acusada en cuanto a lo siguiente: *“Respeto de los bienes de la Policía Nacional puestos bajo su responsabilidad, violar reglamentos o instrucciones superiores, darles uso diferente”*.
- Conforme a los diferentes testimonios de Agentes de la Policía Nacional, integrantes de la Estación de Policía Malambo, las irregularidades presentadas durante el procedimiento efectuado con relación a la movilización de una tracto mula en jurisdicción del Municipio de Malambo y en donde se comprometió la responsabilidad de todos los investigados en los hechos relacionados se encuentra probada la responsabilidad del actor.

⁵ El fallo disciplinario de primera instancia fue notificado en estados el día que se profirió, es decir, el 4 de mayo de 2006 tanto al disciplinado como a su apoderado. (Fls. 466-467 C-2)

- El Investigador no justificó la conducta del actor, por cuanto si bien es cierto recibió una orden de un superior, tampoco es menos cierto que éste como conductor y responsable de dicho vehículo no estaba en la obligación de transportar nuevamente al conductor de la tracto mula hasta el sitio donde ésta se encontraba parqueada, máxime cuando ya tenía conocimiento del procedimiento irregular, que se estaba llevando a cabo con relación a ese caso, en el sentido que afirmó que si le daban 'garrote' hablaba, tal como lo manifiesta en su declaración el PT: Benavides.
- La vulneración del investigado únicamente en lo que respecta a la parte de la norma que se señaló, la calificó como grave, como lo definió el legislador, toda vez que comportamientos como los que se investigaron afectan notoriamente la esencia de la misión de servidores públicos [de la Policía Nacional] por cuanto atenta contra el bien jurídicamente tutelado como es la eficacia de la administración pública.
- El hecho del que se sindicó al Agente Gamboa Conteras, se cometió a título de dolo, teniendo en cuenta que esta forma de culpabilidad se manifestó con el conocimiento que tenía el disciplinado de la infracción normativa y la motivación de que se requería su realización o aceptación anterior del resultado final.

El 24 de mayo de 2006 el Director General de la Policía Nacional, profirió Fallo Disciplinario de Segunda Instancia (Fls. 80-156), confirmando la decisión inicial, argumentando lo siguiente:

- El actor para el día de los hechos [29 de enero de 2006] se encontraba prestando el servicio en el Departamento de Policía del Atlántico, y estaba cumpliendo uno de los fines constitucionales y legales, como es brindar la seguridad y preservación del orden público del Municipio de Malambo.
- Además se probó que se desempeñaba como conductor del Mayor Monroy y que para el día de los hechos estaba ejerciendo esa actividad, igualmente que trasladó al conductor de la tracto mula en el vehículo

Institucional por orden del Mayor hacia la Estación de Policía de Malambo.

- Igualmente se probó que el Agente Gamboa conocía el manejo inadecuado que su superior le estaba dando al procedimiento y aún así, trasladó al conductor de la tracto mula hasta la estación de policía.
- Lo anterior es confirmado por el Patrullero Juan Carlos Benavides Villa, quien para la fecha de los hechos se desempeñaba como Comandante de Guardia, que en su declaración indicó que el actor sí advirtió que el procedimiento que adelantaba su superior jerárquico [El Mayor Monroy] era contrario a la ley, tanto así, que le mencionó al Patrullero García que se trataba de \$1.500'000.000.
- Si bien es cierto la orden fue emitida con las formalidades legales, tenía un contenido antijurídico, como era trasladar al conductor de la tracto mula hacia la estación, para que este negociara fraudulentamente con el Mayor Monroy [Superior jerárquico] el paso de la tracto mula con un cargamento de cocaína.
- Por tanto, el funcionario que advierte tal situación, no sólo debe abstenerse de participar o coadyuvar para que esta se materialice, sino informar la comisión de los hechos; por consiguiente la eximente de responsabilidad, contemplada en el artículo 91 de la Constitución Política, no tiene cabida en el presente asunto.

Finalmente el Director General de la Policía Nacional, mediante Resolución No. 03891 de 17 de junio de 2006, ejecutó la sanción de destitución y lo retiró del servicio activo y lo inhabilitó para ejercer cargos públicos por el término de cinco (5) años. (Fls. 157-158)

ANÁLISIS DE LA SALA

De la Excepción de Indebida Integración del Contradictorio

La Policía Nacional aduce que en el presente caso se configura una indebida integración del contradictorio, toda vez que, el actor instauró la demanda únicamente contra la Nación, Policía Nacional, sin tener en cuenta que debió dirigirse contra la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, por tanto, debe prosperar la excepción propuesta.

Para establecer si esta llamada a prosperar o no la excepción de indebida integración del contradictorio, es necesario tener en cuenta lo siguiente:

El artículo 137 del Código Contencioso Administrativo dispone que toda demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa deba dirigirse al Tribunal competente y según el numeral 1° deberá contener la designación de las partes y de sus Representantes.

En el *sub-lite*, según da cuenta el libelo introductorio en el capítulo de '*LAS PERSONAS EN EL PROCESO Y SUS REPRESENTANTES*' el actor señaló como parte demandada la Nación, Policía Nacional, Representada por el Director General de la Policía (Fls. 6) y la Ponente del proceso de la referencia; mediante Auto de 10 de mayo de 2012 (Fls. 380-381) admitió la demanda y ordenó notificar al Ministerio de Defensa, Policía Nacional; según da cuenta la contestación de la demanda la apoderada de la accionada dijo actuar en Representación de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional. (Fls. 398 y 405)

De lo anterior se infiere que si bien es cierto el demandante en la demanda omitió hacer mención al Ministerio de Defensa, no lo es menos que la Magistrada Sustanciadora en aplicación de los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, le dio prevalencia al derecho sustancial sobre el procesal, de suerte que el 10 de mayo de 2012 profirió el Auto admisorio de la demanda, y así lo entendió la accionada que otorgó poder en tal sentido, y así lo indicó en la contestación de la demanda.

En esas condiciones la excepción de indebida integración del contradictorio, no está llamada a prosperar, razón por la cual la Sala entra a pronunciarse respecto a las súplicas de la demanda.

De la Nulidad de los Actos de Ejecución

El actor solicitó la nulidad de la Resolución No. 003891 de 17 de junio de 2006, por la cual el Director General de la Policía Nacional, dispuso la ejecución de la sanción de destitución e inhabilidad por cinco (5) años.

La Sala se abstendrá de emitir pronunciamiento alguno al respecto dado que en la Resolución por la cual se ejecuta la sanción impuesta al actor, la Policía Nacional no está tomando una decisión, sino que simplemente está dando cumplimiento a la decisión adoptada mediante los fallos disciplinarios, es decir, que no contiene la voluntad de la administración, sino que se trata de un acto administrativo de trámite.

Al respecto la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 11 de junio de 2009, expediente 1246-07, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, ha señalado lo siguiente:

“[...] La doctrina del derecho administrativo moderno señala, que para llegar al acto administrativo definitivo se recorre un *"inter administrativo"* con fases distintas, produciéndose lo que denomina Garrido Falla *"una constelación de actos"*,⁶ así:

- Anteriores al acto administrativo, se encuentran los actos preparatorios, que son aquellos que se dictan para posibilitar un acto principal posterior.

- Y, los actos de trámite, que son los que se producen dentro de una actuación administrativa a fin de impulsar hacia su conclusión.

- Posterior al acto administrativo, se encuentran los actos de ejecución, como aquellos que deben realizarse para que se cumpla un acto administrativo en firme.

Estos tres actos: preparatorios, de trámite y de ejecución, son actos instrumentales de la decisión administrativa, que la preparan, la posibilitan o la ejecutan. Son actos que por sí solos no contienen una declaración de voluntad que produzca efectos directos respecto a una situación jurídica en particular. Y, conforme lo dispuesto en el artículo 49 del C.C.A., no son susceptibles de recurso de vía gubernativa, excepto los casos previstos en norma expresa. [...]

Bajo los argumentos que anteceden, se tiene entonces, que la Resolución No. 650 del 9 de diciembre de 1994, no es objeto de control de legalidad por vía de la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual torna en inepta la demanda, impedimento procesal que no permite emitir un pronunciamiento de

⁶GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Parte General. Editorial Tecno. Madrid. Sexta Edición, pág. 410.

fondo respecto de las pretensiones formuladas por la parte actora. [...]” (Se destaca)

En consecuencia la Sala se inhibirá de efectuar análisis alguno respecto de su legalidad.

De la Violación al Debido Proceso por Indebida Apreciación de las Pruebas

Indicó el demandante que la sanción de destitución e inhabilidad por cinco años para desempeñar cargos públicos, se hizo sin que en el proceso disciplinario obraran pruebas que le permitieran al investigador llegar a tal conclusión, toda vez que los testimonios que se recibieron no son contundentes en demostrar su responsabilidad.

Al respecto dirá la Sala que el artículo 29 de la Constitución Política, respecto al debido proceso indica que se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales.

La Corte Constitucional ha entendido,⁷ que los derechos de contradicción y controversia tienen vigencia desde la iniciación misma del trámite administrativo disciplinario, es decir, desde la indagación preliminar pasando por la investigación disciplinaria y el juzgamiento.⁸

La Ley 734 de 5 de febrero de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, en el artículo 6° determina:

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

El respeto al debido proceso administrativo reconoce el derecho de contradicción que le asiste al funcionario investigado desde la etapa de la indagación preliminar, cuando el artículo 150 de la Ley 734 de 2002 dispone que: *“Para el cumplimiento de éste, el funcionario competente hará uso de los medios legalmente reconocidos y podrá oír en exposición libre al*

⁷ Cf. entre otras Sentencias C- 430 de 1997, C-597 de 1996, C- 150 de 1993.

⁸ Sentencias C-150/93, M.P. Fabio Morón Díaz; C-411/93 M.P., Carlos Gaviria Díaz; C- 412/93, M.P. Eduardo Cifuentes M.

disciplinado que considere necesario para determinar la individualización o identificación de los intervinientes en los hechos investigados", para lo cual, el investigado tendrá derecho a conocer las diligencias y controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y solicitar la práctica de otras.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-036 de 2003, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, dijo:

"(...) 3.5 La Corte, en aquella ocasión, consideró que la facultad discrecional consagrada en esta disposición a favor de la autoridad disciplinaria de decidir si considera necesario o no oír en exposición espontánea al servidor público investigado, viola el derecho de defensa, pues olvida que esta solicitud del encartado en la indagación preliminar de ser escuchado, corresponde al derecho que tiene cuando sabe que su conducta puede estar comprometida por una queja o denuncia. En estas condiciones, dijo la Corte, que a su pedido de ser oído, la autoridad disciplinaria no puede negarse. Explicó la Corte:

"Ahora bien, de la lectura atenta del artículo 140 del Código Disciplinario Único, se tiene que el investigador "(...) ***podrá oír en exposición espontánea al servidor público que considere necesario para determinar la individualización o identificación de los intervinientes en el hecho investigado***" (negritas fuera de texto). Ello significa que, cuando no existe una persona claramente definida o, lo que es lo mismo, no se tiene certeza sobre el posible autor de la falta disciplinaria, el servidor público que tiene a su cargo el esclarecimiento real de los hechos que dieron lugar a la queja, puede acudir a los medios de prueba que considere pertinentes, sin que ello autorice al funcionario investigador a negarse a oír al servidor público que así lo solicite si este último lo estima pertinente, pues, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, si un servidor público tiene conocimiento de que su conducta puede resultar comprometida en virtud de una queja o denuncia instaurada y, solicita al funcionario investigador la recepción de la exposición espontánea, en aras de ejercer su derecho de defensa, tendrá que ser escuchado, sin que esta solicitud quede sujeta a la discrecionalidad del investigador.

Así las cosas, de conformidad con lo expuesto, habrá de declararse la inexecutable del artículo 140 del Código Disciplinario Único, en cuanto hace referencia a la expresión "***que considere necesario***", norma que es executable en lo demás, bajo el entendido de que se es oído en exposición espontánea, cuando así se solicita por un servidor público para fines de la investigación preliminar, constituye para éste el legítimo ejercicio del derecho de defensa como posible investigado, el cual no se encuentra sujeto a la discrecionalidad del funcionario investigador, en ningún caso." (Sentencia C-892/99)

3.6 Ahora, frente a la misma expresión contenida en una disposición semejante, se concluye que se está frente a cosa juzgada, pues, la frase acusada, el legislador la reprodujo exactamente igual dentro de un contexto muy semejante al que se encontraba en el anterior Código Disciplinario Único y, como las razones expresadas por la Corte en la sentencia aludida para declarar la inexecuibilidad parcial del artículo 140 de la Ley 200 de 1995 son las mismas que ahora conducen a la inexecuibilidad de la expresión acusada del artículo 150, inciso 5 de la Ley 734 de 2002, se declarará inexecutable. (...)"

En el sub-lite, el actor aduce que se desconoció el debido proceso por cuanto la Policía Nacional, procedió a sancionarlo con destitución del cargo de Agente sin que existieran pruebas en su contra; sin embargo, se pudo constatar que en el trámite del proceso disciplinario se tuvieron en cuenta las siguientes pruebas [entre otras] que demuestran el proceder irregular del accionante:

El Patrullero Benítez Ramírez, precisó que para la fecha de los hechos quien se encontraba como conductor del Mayor, era el Agente Gamboa.

A su turno el Patrullero More Movilla, indicó que el Agente Gamboa Contreras, quien conducía la patrulla de siga 06-775 le informó que el Mayor había ordenado que se llevara al conductor de la tracto mula hasta la estación; además que no pasaron quince o veinte minutos, cuando regresó la patrulla con el conductor de la tracto mula y el Mayor Monroy lo llamó por radio y le dijo que le hiciera pantalla en la estación. (Fls. 15-19 C-2)

Por su parte el Patrullero Benavides Villa, quien para la época de los hechos se desempeñaba como Comandante de Guardia, manifestó: "(...) Cuando este llegó hasta la estación llevaron al señor y habló con mi Mayor al interior de la Oficina y el Agente GAMBOA dijo duro si a mi me dan garrote yo hablo. (...)" (Fls. 41-42 C-2)

Posteriormente el Patrullero García Yañez, en su declaración dijo: "(...) Yo le pregunté al conductor GAMBOA y él me dijo que eran mil quinientos millones de pesos, después que recibió la plata como a las dos o tres horas de la mañana se devolvió para la Estación de Policía de Malambo. (...)" (Fls. 70-71 C-2)

Del acervo probatorio que se analizó se infiere que el actor, sin movilizó al conductor de la tracto mula de la estación TERPEL a la Estación de Policía de Malambo por orden de su superior jerárquico el Mayor Monroy y posteriormente lo regresó al mismo lugar; según los testimonios se pudo constatar que éste tenía conocimiento que dicho proceder era irregular y que presuntamente se trataba de un ilícito; por tanto, le asistía el deber constitucional y legal de denunciar y abstenerse de participar del mismo.

En esas condiciones no está llamado a prosperar el cargo de violación al debido proceso por indebida apreciación de las pruebas aportadas en el trámite del proceso administrativo.

De la Eximente de Responsabilidad

El accionante para fundamentar el cargo indicó que se limitó a cumplir órdenes del superior jerárquico, sin que le fuera posible sustraerse de su cumplimiento. Al respecto dirá la Sala:

La Corte Constitucional en sentencia C-181 de 12 de marzo de 2002, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, precisó que las faltas disciplinarias son definidas anticipadamente y por vía general en la legislación y corresponden *“[...] a descripciones abstractas de comportamientos que, sean o no delitos, enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas disposiciones que las consagran estatuyan, también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas.”*

De manera que constituye falta disciplinaria y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la correspondiente sanción la incursión en cualquiera de las conductas descritas en la Ley 734 de 2002 - Código Disciplinario Único o previstas en la Decreto Ley 1798 de 2000 - Régimen Disciplinario para la Policía Nacional, que conlleve: 1°) Incumplimiento de deberes; 2°) Extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones; y 3°) Violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos, conflicto de intereses y prohibiciones.

En desarrollo de los postulados constitucionales, al personal de la Policía Nacional le son aplicables las faltas y sanciones de que trata este régimen disciplinario propio, así como las faltas aplicables a los demás servidores públicos, previstas en el Código Disciplinario Único.

Es decir, que los miembros de la Policía Nacional pueden ser investigados no solo por las faltas contemplados en el Decreto Ley 1798 de 2000, sino también por las establecidas en la Ley 734 de 2002.

El Código Disciplinario Único [Ley 734 de 2002] en el artículo 23 dispone qué constituye falta disciplinaria, con el siguiente contenido literal:

“La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.” (Se subraya)

Ahora bien, el artículo 28 ibídem con relación a las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria, en el numeral 2°, señala que está exento quien realice la conducta: *“En cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado⁹.”*

La Corte Constitucional declaró exequible

“[...] Al respecto la Corte recuerda que, como ya se señaló en esta misma providencia, el ejercicio del poder del Estado para sancionar las faltas disciplinarias que cometan sus servidores como mecanismo para prevenir conductas contrarias al cumplimiento recto del servicio público y leal de la función pública, debe estar revestido de todas las garantías de orden sustantivo y procesal, consagradas constitucional

⁹ [La Corte Constitucional en sentencia C-948 de 6 de noviembre de 2002, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis, declaró exequible –condicionalmente- el precitado numeral.](#)

y legalmente. Así pues, los principios del debido proceso, legalidad, favorabilidad, presunción de inocencia, igualdad ante la ley, reconocimiento de la dignidad humana, resolución de la duda en favor del disciplinado, entre otros, se muestran como rectores del proceso disciplinario en general.¹⁰

Así en este campo la garantía constitucional del principio de legalidad impone al legislador la obligación de definir previa, taxativa e inequívocamente las conductas consideradas como reprochables y las sanciones en las que incurrirá quien cometa alguna de las conductas prohibidas, pues sólo de esa manera el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal.¹¹ Cuando ello no ocurre así, la norma en cuestión viola la Carta, bien sea porque no determine claramente la conducta reprochada, o porque no define claramente cuál es la sanción que debe imponerse o los criterios que claramente permiten su determinación.¹² [...]

No sobra señalar además, como lo recuerda la vista fiscal en su intervención, que no es cierto que dichas causales escapen a la consideración de la voluntad del servidor público al momento de la comisión del hecho que pueda reprocharse disciplinariamente, pues dicho servidor tiene la obligación de conocer y cumplir sus deberes funcionales en debida forma con la capacidad de valorar, en un momento determinado, cuales son de mayor importancia para el efectivo cumplimiento de los fines estatales.

Así las cosas frente al cargo planteado la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “de mayor importancia que el sacrificado” contenida en el numeral segundo así como el numeral cuarto del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 y así lo señalará en la parte resolutive de esta sentencia. [...]

De suerte que para establecer si efectivamente el actor actuó *“En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado”* y por tanto, no podría ser objeto de responsabilidad disciplinaria como lo alega. La Sala estima necesario hacer las siguientes precisiones:

¹⁰ [Ver la Sentencia C-310/97, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. En el mismo sentido ver la Sentencia C-708/99, MP. Alvaro Tafur Galvis, donde la Corte reitera la aplicación de los principios generales del debido proceso al derecho sancionatorio.](#)

¹¹ [Corte Constitucional, Sentencia C-843/99, MP: Alejandro Martínez Caballero.](#)

¹² [Ver Sentencia C-653/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa S.V. de los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Araujo Rentería, Rodrigo escobar Gil y Alvaro Tafur Galvis.](#)

1°) Es excluyente de responsabilidad la colisión de deberes, cuando deviene de la orden legítima de autoridad competente, proferida con el lleno de requisitos legales y en ejercicio legítimo de un cargo público;

2°) Supone falta de coherencia dentro del ordenamiento legal, ya que la norma impone el deber al servidor público y su cumplimiento al mismo tiempo está prohibido por otra norma;

3°) El Juez disciplinario tiene el deber de evaluar razonada y ponderadamente cuándo un deber constitucional o legal está por encima de otro.

Además para que opere la causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria prevista en el artículo 28-2 del Código Disciplinario Único, deben darse los siguientes elementos:

1. Tener mínimo dos deberes constitucionales o legales, relacionados con la función o servicio que se presta por parte del servidor público implicado.
2. El cumplimiento del deber ha de ser estricto.
3. No se puede pregonar entre deberes omisivos.
4. Uno de los deberes debe cumplirse en menoscabo del otro, por tener mayor jerarquía.
5. El cumplimiento de los deberes debe estar en cabeza del mismo servidor público.
6. El disciplinable debe conocer que actúa para hacer prevalecer el de mayor jerarquía.

En el presente caso, la conducta imputada al demandante está prevista en el Decreto 1798 de 2000, con el siguiente contenido literal:

“ARTÍCULO 38. FALTAS GRAVES. Son faltas graves: (...)

Numeral 36. FALTAS GRAVES. Respecto de los bienes y equipos de la Policía Nacional o de los de caracteres particulares puestos bajo su responsabilidad, violar la ley, reglamentos o instrucciones superiores mediante las siguientes conductas: (...)

d.) Darles aplicación o uso diferente. (...)”

En el sub-lite, el actor no estaba legitimado por ley para transportar en la patrulla [vehículo institucional] al conductor de la tracto mula de la Estación de Policía de Malambo al sitio donde fue detenido y lugar en que se encontraba parqueado el vehículo inmovilizado, máxime que éste tenía conocimiento del procedimiento irregular que se estaba llevando a cabo, toda vez que el disciplinado públicamente afirmó que si le daban ‘garrote’ hablaba, como da cuenta la declaración del PT. Benavides.

Si bien es cierto, la orden fue emitida por el superior jerárquico [Mayor Monroy] con las formalidades legales, tenía un contenido antijurídico, como era el de trasladar al conductor de la tracto mula hacia la Estación de Policía de Malambo *“para que éste negociara fraudulentamente con el Mayor Monroy [superior jerárquico] el paso de la tracto mula que presuntamente contenía un cargamento de cocaína”*, como lo indicó el Juez disciplinario en los fallos de primera y segunda instancia, testimonio que fundamentó la decisión de sancionar al demandante, por estimar que resultan inadmisibles las razones que aduce con miras a justificar su proceder irregular, *“al utilizar los bienes de la Institución para realizar actividades diferentes al servicio.”*

Ahora bien, en la versión libre rendida por el demandante en el trámite del proceso disciplinario se constató que éste advirtió tal situación, y por tanto, no sólo debió abstenerse de participar o coadyuvar en los hechos que se le imputaron, sino que tenía el deber funcional de informar la comisión de los hechos; así las cosas la eximente de responsabilidad contemplada en la normatividad que se analizó no tiene cabida en el presente caso.

Por las anteriores razones, el cargo de eximente de responsabilidad no está llamado a prosperar.

De la Desviación de Poder

Sostiene el demandante que con la expedición de los actos acusados se incurrió en desviación de poder, sin que exprese fundamento alguno.

La configuración de la desviación de poder supone como requisito *'sine qua non'*, la existencia de una relación o nexo causal entre unos hechos y el acto de desvinculación del actor y en el sub-lite, las pruebas arrimadas, no dan certeza de la configuración de la referida causal,¹³ antes por el contrario se insiste en que el acervo probatorio recaudado durante el trámite de la investigación disciplinaria, demostró la responsabilidad del actor como es el *"respeto de los bienes de la Policía Nacional puestos bajo su responsabilidad, violar reglamentos o instrucciones superiores, darles uso diferente"*.

Quiere decir que el actor no cumplió con la carga que le impone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de probar los supuestos fácticos en que apoya su *'petitum'*. Pudiendo el Juez en ejercicio del principio de la *'sana crítica'* realizar una libre apreciación de las pruebas, que le permitan impartir justicia a la luz de lo probado en el proceso.¹⁴

Así las cosas, habiéndose expedido los actos administrativos acusados por funcionarios competentes en forma regular y en ejercicio de las atribuciones Constitucionales y Legales, por tanto, gozan la presunción de legalidad que no ha sido desvirtuada.

En consecuencia tampoco está llamado a prosperar el cargo de desviación de poder.

Así las cosas, como el actor no pudo desvirtuar la presunción de legalidad de los actos acusados, fuerza concluir que en el sub-lite se deben negar las pretensiones de la demanda, empero se inhibirá la Sala efectuar pronunciamiento alguno respecto de la Resolución No. 03891 de 17 de junio de 2006, por tratarse de un acto administrativo de trámite.

¹³ Sentencia de 1° de julio de 2009, expediente 4879-04, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 4 de mayo de 2000, M.P. Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

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

FALLA

1°. DECLÁRASE inhibida la Sala para conocer de la nulidad de la Resolución No. 03891 de 17 de junio de 2006 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2°. NIÉGANSE las súplicas de la demanda incoada por Juan Carlos Gamboa Contreras contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

3°. Se reconoce al Doctor Richard Oswaldo Vega Bello, abogado con Tarjeta Profesional No. 138.473 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, de conformidad al poder conferido, visible a folio 422.

Cópiese, notifíquese y, una vez en firme este proveído archívense las presentes diligencias. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ
MONSALVE

GERARDO

ARENAS