

PROCESO DISCIPLINARIO / CONTROL JUDICIAL INTEGRAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DISCIPLINARIO / ILICITUD SUSTANCIAL / CAUSALES EXCLUYENTES DE LA RESPONSABILIDAD - En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales / PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN

[E]l control que debe ejercer el juez administrativo sobre los actos de la administración que sean de carácter disciplinario debe ser un control integral, en la medida en que la actividad de este juez «supera el denominado control de legalidad, para en su lugar hacer un juicio sustancial sobre el acto administrativo sancionador, el cual se realiza a la luz del ordenamiento constitucional y legal, orientado por el prisma de los derechos fundamentales» [...] [E]se juicio integral supone, en cuanto a las causales de nulidad, que el juez, en virtud de la primacía del derecho sustancial, puede y debe examinar causales conexas con derechos fundamentales a fin de optimizar la tutela judicial efectiva. Respecto a la valoración de las probanzas recaudadas en el disciplinario, el aludido juicio integral lo habilita para estudiar la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que soportan la imposición de la sanción disciplinaria, porque solo a partir de su objetiva y razonable ponderación, se puede colegir si el acto disciplinario se encuentra debidamente motivado. Con relación a los principios rectores de la ley disciplinaria, el juez está facultado para examinar el estricto cumplimiento de todos y cada uno de ellos dentro la actuación sancionatoria. Acerca del principio de proporcionalidad, de que trata el artículo 18 de la Ley 734 de 2002, referido a que la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida y a la graduación prevista en la ley, cuando el juicio de proporcionalidad de la sanción sea parte de la decisión judicial, el juez puede, según lo ordenan el artículo 170 del CCA y el inciso 3 del artículo 187 del CPACA, estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas. En cuanto a la ilicitud sustancial, el juez está autorizado para realizar el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad respecto de la misma, al punto que, si el asunto lo exige, puede valorar los argumentos que sustenten la afectación sustancial del deber funcional y las justificaciones expuestas por el disciplinado. La ilicitud sustancial tiene un aspecto positivo –afectación sustancial del deber formal- y uno negativo –causal de justificación. [...] Tratándose de su dimensión negativa, el numeral 3° del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, el investigado actúe «En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales». A propósito de esta causal, se ha reconocido la existencia de unas condiciones para que se configure (i) que provenga del superior jerárquico; (ii) que sea legítima, es decir, su contenido se apegue materialmente al orden jurídico; (iii) que el superior sea competente para emitirla; (iv) que el subalterno esté obligado a cumplir la orden y (v) que se cumplan los requisitos de forma previstos legalmente.[...] Bajo ese entendido deberá evaluarse en cada caso si la orden impartida constituye o no una causal eximente de responsabilidad lo cual repercute en el análisis sobre la ilicitud sustancial de la conducta examinada por el operador disciplinario o el funcionario judicial. [...] [L]a parte demandante expresó que (i) la ausencia del cuadrante al que estaban asignados los disciplinados estuvo justificada en la orden permanente de un superior que los determinaba a pasar revista a la URI ubicada en el cuadrante 31 que se encontraba bajo una amenaza constante de artefactos explosivos razón por la cual no necesitaban de una orden previa, y (ii) la sanción impuesta fue desproporcionada porque no se probó el dolo en la comisión de la conducta y si fuere calificada a título de culpa la amonestación sería inferior. [...] [E]l principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. También implica que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad

de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad. [...] [E]l legislador consagró las distintas clases de sanciones y límites a imponer en aquellos eventos en que los servidores públicos resulten responsables de faltas disciplinarias, para tal efecto dispuso que debe tenerse en cuenta la gravedad o levedad de la falta y los límites de las sanciones consagradas en los artículos 42, 43, 44 y 46 de la Ley 734 de 2002 e independientemente de lo estipulado en los regímenes especiales. [...] La Sala aprecia que, en el caso bajo estudio, los demandantes con su conducta incurrieron en falta disciplinaria tipificada en el numeral 27 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, clasificada como falta gravísima, situación que da lugar a imponer la sanción descrita en el numeral 1º del artículo 39 de la citada ley que para el caso fue de diez (10) años, el tiempo mínimo permitido por dicha norma la cual se ajusta al principio de proporcionalidad en la medida que se demostró el dolo (grado de culpabilidad) en la conducta desplegada por los aquí demandantes.

CONDENA EN COSTAS

Hay lugar a condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante, toda vez que la providencia recurrida fue confirmada y la parte demandada presentó alegatos de conclusión.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 - ARTÍCULO 18 / LEY 734 DE 2002 - ARTÍCULO 42 / LEY 734 DE 2002 - ARTÍCULO 43 / LEY 734 DE 2002 - ARTÍCULO 44 / LEY 734 DE 2002 - ARTÍCULO 46 / LEY 1015 DE 2006 - ARTÍCULO 34 NUMERAL 27 / CGP - ARTÍCULO 365 NUMERAL 3

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., tres (3) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 19001-23-33-000-2015-00178-01(0020-19)

Actor: JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL

Referencia: DISCIPLINARIO POLICÍA NACIONAL

ASUNTO

Conoce la Sala de Subsección del recurso de apelación interpuesto por la **parte demandante** contra la sentencia del 30 de agosto de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

Los señores MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO¹, JOHN FREDY TAPIA LOPEZ², LEIDY KATHERINE CALIXTO NIÑO³, ROSA ESTELLA NIÑO RINCON⁴, JULIEHT MARCELA ORDOÑEZ MELENDEZ⁵, OSCAR FABIAN TAPIA ORDOÑEZ⁶ e ISABEL SOFIA TAPIA ORDOÑEZ⁷, actuando por conducto de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional con el propósito de obtener el reconocimiento de las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. Pretensiones⁸

(i). La nulidad de **las decisiones disciplinarias de primera y segunda instancia** proferidas el 19 de marzo de 2014 por el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Popayán y del 22 de julio de 2014 por la Inspección Delegada Región de Policía Número 4, por medio de las cuales se sancionó disciplinariamente a los patrulleros MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ con destitución e inhabilidad por diez (10) años para ejercer cargos públicos y de la **Resolución No. 03440 del 26 de agosto de 2014** mediante la cual se ejecutó dicha orden.

(ii). A título de restablecimiento del derecho solicitó condenar a la entidad demandada a lo siguiente:

- Reintegrarlos al cargo que desempeñaban o en su defecto a otro igual o de superior categoría, sin solución de continuidad con el reconocimiento de los respectivos ascensos a que hubiere lugar en igualdad de condiciones a sus

¹ en su calidad de afectado directo por la decisión disciplinaria

² actuando en calidad de afectado directo

³ actuando en calidad de hermana del señor MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO

⁴ actuando en calidad de madre del señor MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO

⁵ actuando en calidad de conyugue del señor JOHN FREDY TAPIA LOPEZ

⁶ Menor de edad e hijo de JULIEHT MARCELA ORDOÑEZ MELENDEZ y JOHN FREDY TAPIA LOPEZ

⁷ Menor de edad e hija de JULIEHT MARCELA ORDOÑEZ MELENDEZ y JOHN FREDY TAPIA LOPEZ

⁸ Folios 368 a 373 del expediente.

compañeros de curso como si no se hubieren retirado de la Institución.

- Pagar por daño emergente la suma de \$5.000.000.00 correspondiente a los honorarios de la defensa técnica y por lucro cesante la suma de \$9.000.000.00 mensual por concepto de los salarios que devengaban al momento de su retiro y que se causen hasta su reintegro.
- Pagar a los disciplinados y a sus familias, individualmente, por perjuicios morales, daño a la salud, pérdida de oportunidad y daño al buen nombre una cuantía de 100 smlmv por cada uno de ellos.
- Cumplir el pago de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA y demás normas complementarias.
- Actualizar la condena respectiva de conformidad con el índice de precios al consumidor desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la ejecutoria del correspondiente fallo definitivo según lo previsto en el inciso 4 del artículo 187 del CPACA.

1.2. Fundamentos fácticos relevantes⁹

Son fundamentos fácticos de la demanda los siguientes:

(i) Mediante oficio No. 123-ESPOP SUR CAI 06-29.25 del 30 de abril de 2013, el Subteniente RONALD GABRIEL ROJAS ACEROS, Comandante CAI Comuna Seis Alfonso López, puso en conocimiento una presunta irregularidad cometida por los señores MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ en el servicio prestado durante el turno del día 26 de abril de 2013 durante el cual se ausentaron de su puesto de trabajo.

(ii) En razón a lo anterior, la Oficina de Control Disciplinario Interno MEPOY de la Inspección General de la Policía Nacional, inició proceso ordinario disciplinario que luego se ajustó al verbal, el cual dio lugar a la decisión de primera instancia que los sancionó con destitución e inhabilidad general por un término de diez (10) años para ejercer cargos públicos al encontrarlos responsables de incurrir en la falta disciplinaria descrita en el numeral 27 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006.

⁹ Folios 373 a 377 del expediente.

(iii) El 5 de diciembre de 2013, sustentaron recurso de apelación contra la decisión anterior de acuerdo con el cual, el Inspector Delegado Regional de Policía No. 4, mediante auto del 22 de enero de 2014, resolvió declarar la nulidad del auto de citación a audiencia, de la sanción impuesta y convalidar todas las pruebas practicadas y allegadas dentro de la actuación.

(iv) El 26 de enero de 2014, la Oficina de Control Interno de la Policía Metropolitana, emitió auto que avoca conocimiento de la investigación disciplinaria del proceso No. SIJUR MEPOY-2013-64 y el 19 de marzo de 2014 profirió decisión de primera instancia en la que declaró la responsabilidad de los señores MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO Y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ.

(v) El 26 de marzo de 2014, se concede el recurso de apelación que presentaron y el 22 de julio de 2014, Inspección Delegada Regional de Policía No. 4, resolvió confirmar la decisión apelada que los sancionó con destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años la cual se hizo efectiva a través de Resolución No. 03440 del 26 de agosto de 2014.

1.3. Normas violadas y concepto de violación¹⁰

Se invocó en la demanda la violación de las siguientes disposiciones normativas:

De orden constitucional: los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 21, 29 y 90.

De orden legal: artículos 128, 129, 131, 141 y 142 de la Ley 734 de 2002, 4, 5, 17, 28, y 41 de la Ley 1015 de 2006, 44, 137, 138, 161, 171, 187, 188, 189 y 192 de la Ley 1437 de 2011, 1, 2 y 5 de la Ley 62 de 1993, 64, 65, 66, 70, 80 y 81 de la Ley 446 de 1998, 23, 25, 26 y 234 de la Ley 640 de 2001, 13 de la Ley 1285 de 2009, 4A de la Ley 270 de 1992 y el Decreto 1716 de 2009.

Como **motivo de censura**, la parte demandante, en síntesis, planteó los siguientes cargos contra los actos administrativos demandados:

(i) **Falsa motivación:** manifestó que, a pesar de la inexistencia de alguna prueba contundente que acreditara la comisión de la falta disciplinaria endilgada a los disciplinados, tanto la Oficina de Control Interno Disciplinario como la Inspección Delegada para la Región Número Cuatro, decidieron responsabilizarlos sin tener en

¹⁰ Folios 377 a 388 del expediente.

cuenta los testimonios y documentos aportados al proceso que evidenciaban lo contrario.

Asimismo, alegó que los actos administrativos demandados no determinaron claramente el tipo disciplinario que se les atribuyó por cuanto quedó probado que los patrulleros asistieron y cumplieron su turno, acataron la orden superior y el deber de vigilancia de tal manera que no se pudo sustentar la ilicitud de la conducta sancionada.

(ii) **Violación al debido proceso, indebida apreciación probatoria:** afirmó que los operadores disciplinarios incurrieron en irregularidades en el aspecto probatorio que dan a entender que el objetivo era imponer la sanción sin importar que con ello se violaran todas las garantías constitucionales y procesales que les asistían motivo por el cual se encontraban en total indefensión.

Aseguró que el valor probatorio de los testimonios de los miembros del cuadrante, entre otros policiales, y aun del mismo vigilante del parqueadero en donde sucedieron los hechos fue desestimado por falta de credibilidad y confiabilidad, sin embargo, sí se le otorgó al miembro de superior jerarquía sin contar que ante la ley todos son iguales. Adicionalmente, se omitió valorar pruebas documentales que eran útiles y pertinentes de acuerdo con las cuales se demostraba que existía una situación de alto riesgo inminente por amenaza de artefacto explosivo y que consecuentemente el superior jerárquico ordenaba que los cuadrantes contiguos apoyaran la labor de vigilancia y pasar revista a dicha Institución.

(iii) **Desproporción de los hechos que sirvieron de causa para determinar la sanción disciplinaria:** alegó que existió una desproporción en la calificación de la conducta que tuvo origen en una falsa y errónea motivación de las decisiones disciplinarias puesto que de las pruebas allegadas al proceso se advierte que ninguno de los dos incurrió en una conducta impropia o ilícita, es decir, no se logró desvirtuar la presunción de inocencia. En ese sentido, afirmó que la forma de culpabilidad también fue errada pues se encontraban eximidos de responsabilidad al estar a dos cuerdas de su cuadrante de vigilancia, no obstante, los operadores disciplinarios fueron exegéticos en sostener que se ausentaron de su lugar de trabajo.

(iv) **Desviación de poder:** expresó que los operadores disciplinarios incurrieron en una desviación de poder porque la decisión sancionatoria fue arbitraria y

caprichosa como se logra apreciar de la lectura del proceso disciplinario y en el entendido que no existían pruebas que fundamentaran la sanción.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional**¹¹ a través de apoderada se opuso a las pretensiones de la demanda pues advirtió que los actos administrativos cuya nulidad se invoca están amparos por la presunción de legalidad en la medida que se expidieron de acuerdo con la ley, se respetaron las garantías fundamentales de los demandantes en cada una de las etapas procesales y se realizó un estudio acucioso de las pruebas aportadas al expediente.

En ese sentido, después de hacer un recuento sobre el proceso disciplinario, aseguró que a los señores MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO Y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ se les brindó en todo momento la oportunidad de asumir una defensa técnica de tal manera que no atentó contra sus derechos de defensa y contradicción, sin embargo, no lograron desvirtuar los cargos endilgados.

De acuerdo con lo expuesto, afirmó que el operador disciplinario en ambas instancias valoró en debida forma las pruebas según las cuales pudo establecer que no existió justificación para que los demandantes se abstuvieran de informar a la central que se ausentarían de su cuadrante para realizar revista cuando no concurría ninguna situación del servicio de vigilancia que les impidiera realizar el reporte.

En concordancia con lo anterior, explicó que de acuerdo con el Modelo Nacional de Vigilancia Comunitaria por Cuadrante, el cuadrante es el escenario de despliegue táctico y operacional en el que confluyen todas las especialidades del servicio de policía de acuerdo con las características delictivas cuyos principios rectores son: prevención, orientación a la solución de problemas, responsabilidad misional, priorización y focalización, complementariedad, corresponsabilidad y polivalencia.

Bajo ese contexto, precisó que los demandantes tenían definida una jurisdicción para prestar el servicio de policía como cuadrante 30 para el día de los hechos y que si bien existía la consigna de pasar revista a las instalaciones de la URI por posibles amenazas de atentados.

¹¹ Folios 755 a 776 del expediente

Sin embargo, si el actor y su compañero de patrulla querían cumplir con su misión debieron indagar, en primer lugar, al cuadrante 31 conformado por la patrullera DIITA PAEZ MARYURIS y el patrullero NAJAR si lograron pasar revista a la URI de su jurisdicción y si existía una novedad especial.

De igual forma, estaban en la obligación de dejar el respectivo reporte, situación que no se acreditó, motivo por el cual se llegó a la conclusión que no justificaron su ausencia de su cuadrante y con ello la desatención a su deber funcional de brindar atención y respuesta oportuna a los requerimientos de la ciudadanía, el mantenimiento de una comunicación fluida y de proximidad con la comunidad y el conocimiento y contribución a la definición de la problemática delictiva y contravencional del cuadrante.

No presentó excepciones.

3. AUDIENCIA INICIAL

El 6 de diciembre de 2017, el Tribunal Administrativo del Cauca, celebró audiencia inicial¹² en la que resolvió (i) declarar saneado el proceso (ii) fijar el litigio en los siguientes términos:

- «a) Si la valoración de las declaraciones fue acertada, y si quedó demostrado que existía una amenaza de un artefacto explosivo y que existía la orden de salir del cuadrante en el área de la URI Popayán, por lo que, consecuentemente, los investigados no incurrieron en la falta disciplinaria endilgada, de ausentarse del trabajo, sino que estaban cumpliendo con el servicio.
- b) Si hubo una desproporción en la calificación de los hechos.
- c) Si se configura la excepción de legalidad de los actos administrativos, como lo alegó la entidad demandada.»¹³.

De igual forma resolvió (iii) decretar unas pruebas y (v) fijar fecha para la audiencia de pruebas.

4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 30 de agosto de 2018, el Tribunal Administrativo del Cauca¹⁴, profirió sentencia de primera instancia mediante la cual resolvió negar las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte demandante.

¹² Folios 1097 a 1103 del expediente.

¹³ Folios 1100 a 1101 del expediente.

¹⁴ Folios 1162 a 1174 del expediente.

Como sustento de la decisión, el Tribunal aseguró que quedó probado en el proceso disciplinario y no fue desmentido por los patrulleros MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO Y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ, que para el día 26 de abril de 2013, se ausentaron del cuadrante que tenían asignado y fueron hallados en un cuadrante que corresponde al número 31 sin justificación alguna, como consta en el informe de novedad y las anotaciones hechas en libro de población de acuerdo con los cuales estaban en el parqueadero llamado «Carvajal».

Asimismo, destacó que aun cuando existía la orden de pasar revista a las instalaciones de la URI ubicada en el cuadrante 31, lo cierto es que no se probó (i) la orden de un superior para que lo hicieran el día de los hechos (ii) ni que el cuadrante de esa jurisdicción estuviera desactivado como se comprueba de los testimonios de los patrulleros asignados a aquel.

En ese sentido, aseguró que no se demostró justificación alguna para ausentarse de su cuadrante y con ello de incumplir a su deber funcional, por consiguiente, quedó probado que incurrieron en la falta disciplinaria por la cual se les sancionó, esto es, la contenida en el numeral 27 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006 consistente en ausentarse del sitio donde presten su servicio sin permiso.

Por último, en cuanto a la proporcionalidad de la sanción, dijo que esta correspondió a la falta que se les endilgó la cual está catalogada por la ley como gravísima de tal manera que no observó la configuración de una transgresión al artículo 18 del CDU y a los principios de tipicidad y legalidad.

5. EL RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante**¹⁵ presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con fundamento en los siguientes argumentos:

(i) Afirmó que la ausencia de su lugar de servicio se debió a la orden permanente y directa de su jefe inmediato de pasar revista a la URI que se encontraba en el cuadrante 31 por una amenaza latente de posible instalación de artefacto explosivo en ese sitio motivo por el cual no necesitaban una autorización previa, solicitar permiso o informar, porque incurrían en desobedecimiento de la a orden superior, circunstancia que consta en los testimonios de los señores John Eduar Castañeda,

¹⁵ Folios 1176 a 1179 del expediente.

Ricardo Andrés Salazar, Juan Diego Arboleda, Edison Ariel Muñoz, Víctor Manuel Zambrano y Andrés David Delgado, quienes así lo sostuvieron.

(ii) El cuadrante 31 constantemente realizaba procesos de judicialización por ser los uniformados más antiguos, es decir el apoyo del cuadrante 30 al 31 era constante de lo cual dan cuenta la mayoría de los declarantes en el proceso disciplinario.

(iii) La conducta de los disciplinados no fue ilícita en la medida que no infringieron su deber funcional, por el contrario, cumplieron con el servicio del cuadrante 30 y cubrieron al cuadrante 31, esto es, su entrega y compromiso con la institución les permitió prestar, no solo un excelente servicio, sino ser policías preventivos y ejercer las obligaciones de su cargo.

(iv) Reiteró que hubo una desproporción entre los hechos y la sanción impuesta por cuando los disciplinados no actuaron con dolo, simplemente se limitaron a cumplir con su servicio de policía al atender las órdenes de su superior inmediato y proteger a la ciudadanía payanesa, lo cual los ausenta de responsabilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, alegó que, aunque la falta se catalogó como gravísima tiene una sanción diferente si es calificada con culpa según lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 1015 de 2006 de tal manera que existió, igualmente, una desproporción de la sanción por este motivo.

6. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

6.1. La **parte demandante**¹⁶ no se pronunció.

6.2. La **parte demandada**¹⁷ reiteró los argumentos expuestos en la contestación relacionados con las pruebas que obran en el expediente disciplinario que demuestran la responsabilidad de los demandantes por la comisión de la falta endilgada y la protección de las garantías fundamentales de los investigados durante el proceso disciplinario.

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El representante del Ministerio Público ante esta Corporación guardó silencio como consta en el informe secretarial en folio 1206 del expediente.

¹⁶ De acuerdo con el informe secretarial en folio 1206 del expediente.

¹⁷ Folios 1203 a 1205 del expediente.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto y según lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante. No obstante, en caso de que ambas partes hayan apelado la sentencia, el superior resolverá sin limitaciones.

Por tanto, como quiera que en el presente asunto solo apeló la parte demandante, la Sala de Subsección podrá conocer únicamente lo referente a los motivos que sustentaron dicho recurso.

2. Problemas jurídicos

De acuerdo con los motivos de inconformidad expuestos en el recurso de apelación por la parte demandante, le corresponde a la Sala de Subsección resolver:

(i). ¿Los señores MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO Y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ actuaron en cumplimiento de una orden legítima de acuerdo con lo cual su conducta no incurrió en una ilicitud sustancial?

(ii). ¿La sanción impuesta a los señores MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO Y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ fue desproporcionada porque no se demostró el dolo en la comisión de la conducta por la cual fueron sancionados?

Para solucionar los problemas jurídicos planteados, la Sala de Decisión desarrollará el siguiente orden metodológico: (i) el control integral del juez respecto de los actos administrativos disciplinarios y (ii) análisis sustancial del caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso.

3.1. El juez contencioso administrativo y el control integral de los actos de carácter disciplinario.

Inicialmente, con el fin de decidir esta controversia, es pertinente hacer alusión al alcance del juicio de legalidad que el juez administrativo debe adelantar respecto de los actos administrativos de carácter disciplinario.

Al respecto, destaca la Sala que de conformidad con la **sentencia de unificación de 9 de agosto de 2016**¹⁸ proferida por la Sala Plena de esta Corporación, el control que debe ejercer el juez administrativo sobre los actos de la administración que sean de carácter disciplinario debe ser un control integral, en la medida en que la actividad de este juez «supera el denominado control de legalidad, para en su lugar hacer un juicio sustancial sobre el acto administrativo sancionador, el cual se realiza a la luz del ordenamiento constitucional y legal, orientado por el prisma de los derechos fundamentales» y se concreta en los siguientes postulados:

«[...] 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 [...]»

Bajo tal entendimiento, en criterio de la Sala que ese juicio integral supone, en cuanto a las causales de nulidad, que el juez, en virtud de la primacía del derecho sustancial, puede y debe examinar causales conexas con derechos fundamentales a fin de **optimizar la tutela judicial efectiva**.

Respecto a la valoración de las probanzas recaudadas en el disciplinario, el aludido juicio integral lo habilita para estudiar la **legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas** que soportan la imposición de la sanción disciplinaria, porque solo a partir de su objetiva y razonable ponderación, se puede colegir si el acto disciplinario se encuentra debidamente motivado.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 9 de agosto de 2016, radicado 1220-2011, demandante: Piedad Esneda Córdoba Ruíz, demandada: Nación, Procuraduría General de la Nación.

Con relación a los principios rectores de la ley disciplinaria, el juez está facultado para examinar el estricto cumplimiento de todos y cada y uno de ellos dentro de la actuación sancionatoria¹⁹.

Acerca del **principio de proporcionalidad**, de que trata el artículo 18 de la Ley 734 de 2002, referido a que la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida y a la graduación prevista en la ley, cuando el juicio de proporcionalidad de la sanción sea parte de la decisión judicial, el juez puede, según lo ordenan el artículo 170 del CCA²⁰ y el inciso 3 del artículo 187 del CPACA²¹, estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas²².

En cuanto a la **ilicitud sustancial**, el juez está autorizado para realizar el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad respecto de la misma, al punto que, si el asunto lo exige, puede valorar los argumentos que sustenten la afectación sustancial del deber funcional y las justificaciones expuestas por el disciplinado. La ilicitud sustancial tiene un aspecto positivo –afectación sustancial del deber formal- y uno negativo –causal de justificación-²³.

Tratándose de su dimensión negativa, el numeral 3° del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, el investigado actúe «En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales».

¹⁹ La Ley 734 de 2002 en los artículos 4 a 21 contempla los principios de 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.

²⁰ Artículo 170 del CCA modificado por el artículo 38 del Decreto 2304 de 1989. «Contenido de la sentencia. La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los Organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar estas».

²¹ Artículo 187 inciso 3 del CPACA. «Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas».

²² La sentencia de unificación al respecto determina que «El juez de lo contencioso administrativo está facultado para realizar un “control positivo”, capaz de sustituir la decisión adoptada por la administración, lo que permite hablar de “[...] un principio de proporcionalidad sancionador, propio y autónomo de esta esfera tan relevante del Derecho administrativo, con una jurisprudencia abundante y enjundiosa, pero de exclusiva aplicación en dicho ámbito.[...]”, lo cual permite afirmar que “[...] el Derecho Administrativo Sancionador ofrece en este punto mayores garantías al inculpado que el Derecho Penal [...]»». Ahora bien, cuando el particular demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo lo hace en defensa de sus intereses y no de la ley. En consecuencia, el juez debe atender la realidad detrás del juicio disciplinario administrativo puesto que “[...] si la esfera subjetiva se torna en centro de gravedad, el interés del particular adquiere un protagonismo que la ley no ha querido obviar, elevando al grado de pretensión, junto con la anulatória, a la solicitud de restablecimiento de la situación jurídica individual [...]”».

²³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 13 de febrero de 2020. Rad. Núm.: 85001-23-33-000-2015-00129-01 (1718-2017).

A propósito de esta causal, se ha reconocido la existencia de unas condiciones para que se configure²⁴ (i) que provenga del superior jerárquico; (ii) que sea legítima, es decir, su contenido se apegue materialmente al orden jurídico; (iii) que el superior sea competente para emitirla; (iv) que el subalterno esté obligado a cumplir la orden y (v) que se cumplan los requisitos de forma previstos legalmente.

Sobre la legitimidad de la orden, la Corte Constitucional en sentencia T-582 de 2016, precisó:

«[...] dentro de la Policía Nacional tampoco aplica la obediencia ciega o irrestricta y, en esa medida, los subalternos pueden desobedecer aquellos mandatos de sus superiores que excedan el límite de la competencia o conduzcan “manifiestamente” al desconocimiento del ordenamiento constitucional y legal, es decir, órdenes que ostensible y evidentemente, sin mayor capacidad analítica o reflexiva del sujeto, entrañan la ejecución de una conducta antijurídica.»

Bajo ese entendido deberá evaluarse en cada caso si la orden impartida constituye o no una causal eximente de responsabilidad lo cual repercute en el análisis sobre la ilicitud sustancial de la conducta examinada por el operador disciplinario o el funcionario judicial.

4. Análisis del caso concreto.

Como motivo de censura la parte demandante expresó que (i) la ausencia del cuadrante al que estaban asignados los disciplinados estuvo justificada en la orden permanente de un superior que los determinaba a pasar revista a la URI ubicada en el cuadrante 31 que se encontraba bajo una amenaza constante de artefactos explosivos razón por la cual no necesitaban de una orden previa, y (ii) la sanción impuesta fue desproporcionada porque no se probó el dolo en la comisión de la conducta y si fuere calificada a título de culpa la amonestación sería inferior.

Por su parte el Tribunal Administrativo del Cauca negó las pretensiones de la demanda toda vez que evidenció, de las pruebas allegadas al proceso, que los demandantes (i) no justificaron su ausencia del cuadrante en el entendido que, según los testimonios allegados, siempre se necesitaba una autorización previa para hacerlo con la cual no contaban los disciplinados y (ii) el cuadrante 31 no

²⁴ Ordóñez, A. (2009). Justicia disciplinaria de la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud. En Inst. de estudios del ministerio público. Bogotá. p. 49.

estaba desactivado, es decir, los patrulleros a cargo de este se encontraban en servicio de tal manera que no necesitaban de la asistencia o apoyo de los sancionados.

4.1. Hechos probados.

La Sala tendrá en cuenta el acervo probatorio allegado al proceso, cuya autenticidad no fue controvertida por las partes, el cual le permite tener por acreditados los siguientes hechos relevantes para resolver la controversia planteada en esta instancia:

a) Calidad de policía de los demandantes. De acuerdo con el expediente disciplinario para la fecha de los hechos que dieron lugar a la sanción, el 26 de abril de 2013, los señores MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ ostentaban el grado de patrulleros.

b) Informe de novedad No. 123/ESPOP-SUR CAI 06-29.25 suscrito por el subteniente RONALD GABRIEL ROJAS ACEROS, Comandante Comuna Seis Alfonso López, en el que comunicó la novedad acaecida el 26 de abril de 2013 a las 03:00 horas con los patrulleros MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ, así (fol. 430):

«Respetuosamente me permito informar a mi Coronel la novedad ocurrida el día 26-04-13 siendo aproximadamente las 03:00 horas, me encontraba realizando primer turno como Policía de Control, recibí un comunicado de la central, de que al parecer en uno de los parqueaderos ubicados detrás de la URI, se encontraban dos policías ayudando a descargar una buseta llena de mercancía de contrabando, me dirigí hacia el sitio revisé parqueadero por parqueadero, le pregunté a la patrulla del cuadrante integrada por el PT. NAJAR GARZÓN DAVID y PT. PAÉZ MARYURI, del cuadrante 31 de la comuna 4, si había alguna novedad o algo anómalo, al cual ellos me respondieron ninguna, me retiré del sitio a los 5 minutos volví con las luces apagadas y en el parqueadero ubicado en la 15 N° 11-12 de razón social PARQUEADERO CARVAJAL, observé que en el fondo del parqueadero en un lugar bien escondido alumbraban unas luces de linternas, solicité permiso para ingresar al señor CARLOS AURELIO ARIAS MARTINEZ, quien se encontraba cuidando el parqueadero esa noche, me dirigí a revisar el parqueadero, momentos en los que salen del sitio de donde alumbraban las luces dos policías el PT. MARIO ALBERTO CALIOTO NIÑO (sic) y el señor PR. JHON FREDDY TAPIA LÓPEZ, perteneciente al cuadrante 30 de la comuna cuatro, les pregunté qué hacían en ese sector si esa jurisdicción no era de ellos, a lo cual me respondieron que estaban pasando revista, es de anotar que estaban fuera de su cuadrante descuidando su jurisdicción y evadidos sin ninguna autorización, rápidamente me acerqué al lugar donde alumbraban las luces, al llegar se encontraban dos taxis cargados de bolsas y unas 20 personas aproximadamente, los cuales al notar mi presencia salieron corriendo con las bolsas, los taxis salieron

rápidamente, pedí apoyo de la comuna seis, la cual es la más cercana, registramos la buseta de placas SDW-270 y de siglas 1206 de la empresa COOMOTORISTAS DEL CAUCA, la cual estaba siendo descargada con mercancía de contrabando, se realizó la respectiva incautación a las personas que logramos interceptar, esta mercancía fue dejada a disposición de la DIAN, es claro que los policiales al ver que yo tomé las acciones correspondiente reportaron a la central el caso, es de resaltar que no se encontraban realizando actividades relacionadas con el servicio policial.»

c) Auto de apertura de indagación preliminar P-MEPOY-2013-68. El 15 de mayo de 2013 y con sustento en el informe precitado, la jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de Popayán MEPOY, ordenó la apertura de indagación preliminar contra los patrulleros MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ y decretó la práctica de unas pruebas (ff. 445 a 450)

d) Auto por medio del cual se cita a audiencia. El 21 de octubre de 2013, la Jefa de la Oficina de Control Disciplinario Interno de Popayán MEPOY, citó a audiencia pública a los patrulleros MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ. (ff. 486 a 579)

e) Audiencia disciplinaria MEPOY-2013-64. El 19 de noviembre de 2013, la jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de Popayán MEPOY, inició a la audiencia disciplinaria (ff. 510 a 514) y continuó el 26 de noviembre de 2013 (fol. 522 a 524).

f) Decisión disciplinaria de primera instancia. El 4 de diciembre de 2013, la jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de Popayán MEPOY, declaró responsable disciplinariamente a los patrulleros MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ por la comisión de la falta disciplinaria descrita en el numeral 27 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006 (ff. 542 a 569)

g) Auto que declaró la nulidad. Mediante auto del 22 de enero de 2014, el Inspector Delegado Región de Policía No. 4 declaró la nulidad del auto de citación a audiencia y de la decisión disciplinaria de primera instancia del 4 de diciembre de 2013 y convalidó todas las pruebas practicadas y allegadas válidamente, incluyendo los memoriales de defensa pues consideró que se configuró una irregularidad que afectó el debido proceso de los investigados en cuanto se inició la actuación bajo el proceso disciplinario y se continuó bajo el verbal sin que se justificara debidamente la causal por la cual se realizó dicha modificación (ff. 202 a 217).

h) Auto por medio del cual se citó a audiencia. El 3 de febrero de 2014, la Jefa de la Oficina de Control Disciplinario Interno MEPOY, dispuso tramitar la investigación por el procedimiento verbal previsto en la Ley 734 de 2002 y citó a audiencia pública a los patrulleros MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ. (ff. 221 a 233)

i) Decisión disciplinaria de primera instancia. El 19 de marzo de 2014, el jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Popayán, profirió decisión disciplinaria de primera instancia a través de la cual resolvió sancionar disciplinariamente a los patrulleros MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ con destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años para ejercer cargos públicos por encontrarlos responsables del cargo imputado correspondiente a la falta disciplinaria consagrada en el numeral 27 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006 (ff. 1018 a 1032)

j) Recurso de apelación. La apoderada de los señores MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ interpuso recurso de apelación contra la decisión disciplinaria de primera instancia (ff. 1034 a 1038). el cual se concedió mediante auto del 26 de marzo de 2014 (ff. 1040 a 1041)

k) Decisión disciplinaria de segunda instancia. Luego de correr traslado para alegar de conclusión (fol. 1043), el 22 de julio de 2014, el Inspector Delegado Región de Policía Cuatro se pronunció de fondo sobre el recurso de apelación, en el sentido de confirmar en su integridad la decisión disciplinaria de primera instancia por cuanto consideró que se encontraba acreditado el cargo imputado, esto es, la comisión de la falta gravísima consagrada en el numeral 27 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, a título de dolo (ff. 1051 a 1063).

l) Acto administrativo que dio cumplimiento a la decisión disciplinaria. Mediante Resolución Número 03440 del 26 de agosto de 2014, el Director General de la Policía Nacional ejecutó la sanción disciplinaria impuesta a los patrulleros MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ y los retiró del servicio activo (fol. 1070).

m) Síntesis de la actuación disciplinaria: el cargo y la sanción impuesta. La Oficina de Control Disciplinario Interno MEPOY formuló un solo cargo contra los señores MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ, por el cual fueron finalmente sancionados. A continuación, se sintetiza la congruencia

entre el auto que citó a audiencia del proceso verbal y los actos administrativos sancionatorios demandados.

Auto que citó a audiencia del proceso verbal del 3 de febrero de 2014	Decisión disciplinaria de primera instancia proferida el 19 de marzo de 2014	Decisión disciplinaria de segunda instancia proferida el 22 de julio de 2014
Cargo único: numeral 27 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006 «Ausentarse del lugar de facción o sitio donde preste su servicio sin permiso o causa justificada.»	Cargo único: el mismo que se formuló en el auto que citó a audiencia del proceso verbal.	Cargo único: el mismo que se formuló en el auto que citó a audiencia del proceso verbal.
Normas violadas con la conducta: numeral 27 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006.	Normas violadas con la conducta: la misma del auto que citó a audiencia del proceso verbal.	Normas violadas con la conducta: la misma del auto que citó a audiencia del proceso verbal.
Calificación de la falta y forma de culpabilidad: la falta fue calificada como gravísimas a título de dolo.	Calificación de la falta y forma de culpabilidad: la falta fue calificada como gravísima a título de dolo.	Calificación de la falta y forma de culpabilidad: la falta fue calificada como gravísima a título de dolo.
<u>Decisiones sancionatorias</u>	Destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años para ejercer cargos públicos.	Destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años para ejercer cargos públicos.

4.2. Análisis sustancial

Atendiendo el marco normativo y jurisprudencial expuesto, las razones de la apelación y el acervo probatorio recaudado, procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados:

4.2.1. ¿Los señores MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO Y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ actuaron en cumplimiento de una orden legítima de acuerdo con lo cual su conducta no incurrió en una ilicitud sustancial?

La parte demandante argumentó que no se configuró la ilicitud sustancial porque la ausencia del lugar de servicio en el cuadrante 30 de los patrulleros MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ **estuvo justificada** en la orden permanente de su superior, según la cual debían pasar revista constante a la URI ubicada en el cuadrante 31, por cuanto se encontraba en amenaza

permanente de artefacto explosivo, de tal manera que no necesitaban de una autorización previa, solicitar permiso o informar antes de hacerlo, circunstancia que consta en los testimonios de los señores John Eduar Castañeda, Ricardo Andrés Salazar, Juan Diego Arboleda, Edison Ariel Muñoz, Víctor Manuel Zambrano y Andrés David Delgado, quienes así lo sostuvieron.

Aunado a lo anterior, aseguró que el cuadrante 31 se encontraba en constantes procesos de judicialización, razón por la cual necesitaban del apoyo del cuadrante 30, de lo cual dan cuenta la mayoría de los declarantes en el proceso disciplinario.

Al respecto, tratándose de la ilicitud sustancial de la conducta, la Corte Constitucional ha explicado que el presupuesto para la existencia de una falta disciplinaria es la acreditación acerca del incumplimiento de un deber funcional del servidor público o, en otras palabras, la presencia de una conducta u omisión que interfiere en el ejercicio adecuado de la función estatal ejercida por dicho servidor del Estado²⁵.

De esta manera, la ilicitud sustancial, ha sido referida jurisprudencialmente como «el ilícito disciplinario». Sobre este punto, valga señalar que la ilicitud disciplinaria se vincula con la vulneración de los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas.

De acuerdo con lo anterior, se debe tener en cuenta que el artículo 4 de la Ley 1015 de 2006 dispone que «La conducta de la persona destinataria de esta ley será contraria a derecho cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna».

A propósito, sobre las justificaciones a la afectación del deber funcional, el artículo 28 de la Ley 734 de 2002 dispuso en su numeral tercero el evento en que el investigado actúe «*En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales*».

En relación con esta causal, como se explicó en el marco normativo y jurisprudencial de esta sentencia, se deben advertir una serie de elementos para considerar su configuración, como la verificación de que la orden provenga del superior jerárquico competente para dictarla, que el subalterno este en el deber de cumplirla, que sea legítima, es decir, que no transgreda la Constitución y la Ley y que cumpla con los requisitos de forma establecidos en la norma.

²⁵ C- 948 de 2002.

Pues bien, una vez examinado el acervo probatorio aportado al expediente, la Sala de Subsección evidencia que los patrulleros MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ, al ausentarse del sitio donde prestaban sus servicios, el cuadrante 30, **no se encontraban bajo la causal de ausencia de responsabilidad** como se expone a continuación:

- De acuerdo con las minutas de servicio, los patrulleros MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ, para la fecha de los hechos, el 26 de abril de 2013, ejercían su labor en la Policía Metropolitana de Popayán (Cauca) **como patrulla Cuadrante 30 de la Comuna Cuatro** (fol. 485).
- La jurisdicción del Cuadrante 30 de la Comuna Cuatro comenzaba desde la calle 5 hasta la calle 8 y desde la carrera 17 hasta la 11, Barrio Valencia, según el certificado expedido por el comandante de la Comuna Cuatro Benito Juárez en folio 472 del expediente.
- De acuerdo con el informe de novedad suscrito por el comandante del CAI Comuna Seis Alfonso López, **los patrulleros se encontraban en la fecha de los hechos**, el 26 de abril de 2013, a las 3:00 horas **en el Parqueadero Carvajal** (fol. 430), en donde se encontraban ayudando «a descargar una buseta llena de mercancía de contrabando» como consta en las actas de incautación visibles en folios 431 a 444, pues al acercarse al sitio comprobó que eran el PT. MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO y el señor PR. JHON FREDDY TAPIA LÓPEZ
- El Parqueadero Carvajal donde fueron encontrados los patrulleros se encontraba ubicado en la carrera 15 # 11-12, es decir fuera del Cuadrante 30 al que estaban asignados (fol. 431)
- De acuerdo con las declaraciones de los patrulleros DAVID NAJAR GARZÓN y MARYURIS DITTA PAEZ (ff. 465 470) asignados al cuadrante 31 donde se encontraba ubicado el Parqueadero Carvajal, para el 26 de abril de 2013, a la hora de los hechos, (i) se encontraban en turno pasando revista a instalaciones de la URI ubicada en la carrera 16 entre calle 9 y 10; (ii) los patrulleros MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ se encontraban en su jurisdicción **sin pedir permiso a la central o**

a un superior para ausentarse del cuadrante 30 que tenían asignado y (iii) cuando el cuadrante 31 se encontraba ausente el cuadrante 30 pasaba revista **por orden directa del superior, situación que no era el caso** porque ellos se encontraban allí y no exista orden al respecto.

- Según las declaraciones de los patrulleros RONAL FABIAN CASTAÑEDA RINCÓN (ff. 522 a 523), LUIS ALBEIRO GARIBELLO VARGAS (ff. 524 y 534) JHON EDUAR CASTAÑEDA BALANTA (ff. 534 a 535) y RICARDO ANDRÉS SALAZAR MANRIQUE (ff. 535 a 536), existía la orden verbal de un superior, el subteniente RAMOS ORLANDO, de pasar revista a la URI precitada porque estaba amenazada
- Sin embargo, de conformidad con la declaración del Subteniente ORLANDO ANDRÉS RAMOS CHAMORRO (ff. 536 a 537) si bien dio la orden verbal de hacer revista a la URI, lo hizo **bajo la condición que el cuadrante encargado de las jurisdicciones estuviera desactivado y siempre debía realizarse previa autorización**. En ese sentido, afirmó que, para la fecha de los hechos, **no le dio la orden a los disciplinados de ausentarse de su cuadrante** por cuanto (i) el cuadrante 31 no se encontraba desactivado y (ii) los patrulleros no pidieron permiso o pusieron en conocimiento a la central de radio dicha situación (fol. 536 a 537).

De conformidad con lo anterior, quedó debidamente acreditada dentro del proceso disciplinario la ilicitud sustancial de la conducta desplegada por los patrulleros DAVID NAJAR GARZÓN y MARYURIS DITTA PAEZ, pues se **ausentaron del cuadrante 30 que tenían asignado sin justificación alguna**, puesto que, si bien quedó acreditado que el Subteniente ORLANDO ANDRÉS RAMOS CHAMORRO dio la orden verbal de pasar revista a la URI ubicada en el cuadrante 31, lo cierto es que dicha orden estaba condicionada a que (i) el cuadrante citado estuviere desactivado, circunstancia que no ocurrió como lo aseguraron los patrulleros asignados a esa jurisdicción y (ii) se tuviera una autorización previa, hecho que tampoco acaeció porque en palabras del superior él no les dio ese permiso.

Dicho de otra manera, los demandantes no demostraron la existencia de una orden o un mandato imperativo dado por el superior jerárquico que constituyera una manifestación expresa, inequívoca y determinante de la voluntad bajo la cual realizaran la conducta por la que fueron sancionados.

En concordancia con lo anterior, la Sala de Decisión concluye que el deber funcional que tenían los señores DAVID NAJAR GARZÓN y MARYURIS DITTA PAEZ como patrulleros de la Policía Nacional se vio seriamente afectado con la comisión de la falta disciplinaria contenida en el numeral 27 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, consistente en ausentarse del sitio donde prestaban sus servicios sin justificación alguna.

4.2.2. ¿La sanción impuesta a los señores MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO Y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ fue desproporcionada porque no se demostró el dolo en la comisión de la conducta por la cual fueron sancionados?

En lo concerniente al segundo motivo de la apelación, la parte demandante afirma que hubo una desproporción entre los hechos y la sanción impuesta a los patrulleros por cuanto no actuaron con la intención de ausentarse del lugar de prestación de su servicio sino que se limitaron a cumplir con las obligaciones de su cargo, en el sentido que atendieron la orden de su superior inmediato y protegieron a la ciudadanía de Popayán al pasar revista por la URI que se encontraba amenazada lo cual los ausenta de responsabilidad.

Al margen de lo anterior, advirtió que aun cuando la falta se catalogó como gravísima de ser calificada bajo el título de culpa, la sanción sería desproporcionada de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Ley 1015 de 2006.

Frente al principio de proporcionalidad en materia disciplinaria, la Corte Constitucional en Sentencia T- 391 de 2003 señaló:

«El principio de proporcionalidad constituye un elemento inherente a cualquier proceso disciplinario, no sólo frente a la conducta que se espera del sujeto, sino también frente a la sanción que conlleva su incumplimiento. Ni las reglas de conducta, ni menos aún las sanciones disciplinarias, pueden apartarse de los criterios de finalidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. En otras palabras, las reglas de comportamiento, así como las sanciones que de su inobservancia se derivan, deben perseguir un fin constitucionalmente legítimo, ser adecuadas y necesarias para su realización, y guardar la debida correspondencia de medio a fin entre la conducta y la sanción.»

Bajo este lineamiento jurisprudencial, el principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. También implica

que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad.

Atendiendo tal criterio el legislador consagró las distintas clases de sanciones y límites a imponer en aquellos eventos en que los servidores públicos resulten responsables de faltas disciplinarias, para tal efecto dispuso que debe tenerse en cuenta la gravedad o levedad de la falta y los límites de las sanciones consagradas en los artículos 42, 43, 44 y 46 de la Ley 734 de 2002 e independientemente de lo estipulado en los regímenes especiales.

Así las cosas, el operador disciplinario cuenta con un amplio margen de configuración normativa al momento de estructurar las diversas sanciones disciplinarias.

La Sala aprecia que, en el caso bajo estudio, los demandantes con su conducta incurrieron en falta disciplinaria tipificada en el numeral 27 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, clasificada como falta gravísima, situación que da lugar a imponer la sanción descrita en el numeral 1º del artículo 39 de la citada ley que para el caso fue de diez (10) años, el tiempo mínimo permitido por dicha norma la cual se ajusta al principio de proporcionalidad en la medida que se demostró el dolo (grado de culpabilidad) en la conducta desplegada por los aquí demandantes.

Lo anterior teniendo en cuenta que, como quedó debidamente evidenciado en la resolución al problema jurídico anterior, de las pruebas recaudadas en el proceso se comprobó que los patrulleros MARIO ALBERTO CALIXTO NIÑO y JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ actuaron con la intención de ausentarse del cuadrante al cual se encontraban asignados pues (i) no contaban con la autorización de su superior para ausentarse del lugar de servicio, (ii) el cuadrante 31 no se encontraba desactivado y (iii) no solicitaron permiso previo o pusieron en conocimiento de la central de radio que se movilizarían por fuera de su lugar de servicio, en consecuencia se descarta que actuaron bajo el título de culpa alegada en el recurso de apelación y con ello se concluye que los argumentos de defensa en este aspecto no están llamados a prosperar.

5. Condena en costas

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los

denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho, los llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

Atendiendo esa orientación y de acuerdo con el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso, hay lugar a condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante, toda vez que la providencia recurrida fue confirmada y la parte demandada presentó alegatos de conclusión.

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

FALLA:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 30 de agosto de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca que negó las pretensiones de la demanda presentada por JOHN FREDY TAPIA LÓPEZ y otros contra la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL POLICÍA NACIONAL, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante, con fundamento en las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO. En firme esta decisión devuélvase el expediente al Tribunal de origen y efectúese las anotaciones en el programa SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.