



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Acción o medio de control. Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado. 19001333300820150030301
Demandante. Everth Quintero Viáfara
Demandado. Nación-Ministerio de Defensa- Policía Nacional
Fecha de la sentencia. Octubre 27 de 2017
Magistrado ponente. NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ
Descriptor 1. Sanción administrativa.
Restrictor 1. Violación del debido proceso.
Restrictor 2. Cambio en la imputación de la falta.
Descriptor 2. Control de legalidad integral.
Restrictor 3. Labor del juez en el control de legalidad de los actos administrativos.
Tesis 1. De acuerdo con la Sentencia de Unificación de 09 de agosto de 2016, dentro del proceso 1210-2011, el control de legalidad que efectúa el Juez de lo Contencioso Administrativo, debe efectuarse de manera integral, sin que le esté vedado a esta Jurisdicción pronunciarse incluso, respecto de la valoración probatoria efectuada en sede administrativa.
Tesis 2. En el caso bajo estudio, el operador disciplinario varió o modificó la conducta o falta e incluso, los propios hechos por los cuales se inició la investigación.
Tesis 3. El sorprender al investigado con unos nuevos cargos por la posible comisión de una falta distinta por la que se citó a audiencia, constituye un total desconocimiento de los procedimientos establecidos en la Ley 734 de 2002, aplicable al caso concreto por remisión expresa de la Ley 1015 de 2006; fuerza es concluir, la afectación al debido proceso.
Tesis 4. Respecto del acto administrativo de ejecución, por tratarse de un acto administrativo de ejecución, no es susceptible de control jurisdiccional, sin perjuicio de la pérdida de su fuerza ejecutoria al desaparecer los fundamentos que dieron lugar a su nacimiento.
Resumen del caso. El actor, patrullero de la policía en servicio activo, quien fue sancionado disciplinariamente por la Entidad demandada, arguye una serie de irregularidades al interior del proceso disciplinario, que en su entender resquebrajan el derecho fundamental al debido proceso y conllevan a que la actuación se encuentre afectada de nulidad, al desconocer las garantías fundamentales del disciplinado. El Juez a quo, luego de efectuar un recuento de las etapas surtidas al interior del proceso disciplinario, concluyó que no se encontraba comprometido el debido proceso del demandante, toda vez que, a su entender se respetaron los postulados de las normas disciplinarias, no pudiendo pronunciarse sobre la valoración probatoria efectuada en sede disciplinaria, por cuanto el proceso contencioso administrativo mal puede constituir una “tercera instancia”.

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

Problema jurídico. La Sala planteó el siguiente problema jurídico:

“Le corresponde al Tribunal verificar si los fallos disciplinarios que sancionaron al demandante Everth Quintero Viáfara con diez días de multa, son conculcatorios del debido proceso, a efectos de dilucidar si la sentencia No. 250 de 10 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, debe ser revocada o mantenerse inalterable”.

Decisión. Revoca decisión de primera instancia que denegó pretensiones.

Razón de la decisión.

(...) de acuerdo con la Sentencia de Unificación de 09 de agosto de 2016, dentro del proceso 1210-2011, el control de legalidad que efectúa el Juez de lo Contencioso Administrativo, debe efectuarse de manera integral, sin que le esté vedado a esta Jurisdicción pronunciarse incluso, respecto de la valoración probatoria efectuada en sede administrativa.

Por lo anterior, aunque la posición del A quo se justifica en la jurisprudencia vigente al momento de dictar sentencia, tal postura no constituía precedente de unificación, por cuanto existían pronunciamiento (sic) que abogaban por el control judicial integral de los fallos disciplinarios por parte del juez administrativo; además no puede desconocer esta Sala que al momento de proferir la decisión de segunda instancia, existe sentencia de unificación del Órgano Vértice de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que ordena el control integral de estos fallos.

(...)

Teniendo claro que la permisión en la variación del pliego de cargos dispuesta en el artículo 165 de la Ley 734 de 2002, por error en la calificación jurídica redundante en la agravación o atenuación de la falta mas no en la conducta misma, para la Sala es evidente el resquebrajamiento del debido proceso, en las actuaciones disciplinarias surtidas en contra del señor Quintero Viáfara.

(...)

Con base en la actuaciones surtidas, resulta incontrovertible que en el sublite, el operador disciplinario no varió simplemente la calificación jurídica de la conducta, pues aunque se puede evidenciar que se varió de una calificación leve a una calificación grave; en esencia, bajo el amparo del artículo 165 de la Ley 734 de 2002, lo que acaeció en el asunto de marras, fue que el operador disciplinario varió o modificó la conducta o falta e incluso los propios hechos por los cuales se inició la investigación.

(...)

Amén de lo anterior, el sorprender al señor Quintero Viáfara con unos nuevos cargos por la posible comisión de una falta distinta por la que se citó a audiencia, constituye un total desconocimiento de los procedimientos establecidos en la Ley 734 de 2002, aplicable al caso concreto por remisión expresa de la Ley 1015 de 2006, a diferencia de la posición de primera instancia, fuerza es concluir, la afectación al debido proceso.

En este caso, el operador disciplinario lo que debió fue terminar con fallo absolutorio o sancionatorio en el proceso disciplinario que abrió en contra del hoy demandante por la falta por la cual se formuló inicialmente pliego de cargos y compulsar copias para en otro proceso investigar la comisión de la falta disciplinaria por la que terminó sancionado.

Por tal motivo se declarará la nulidad de los fallos disciplinarios de 30 de noviembre de 2012 y de 11 de diciembre de 2012, dictados dentro de la investigación Disciplinaria No. DECAU 2011-272, mediante la cual se sancionó al señor Quintero Viáfara con multa de 10 días, por haber incurrido en una conducta descrita en la ley como contravención.

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

No acontece lo mismo con la Resolución 035 de 2012, por medio de la cual se ejecutó la sanción disciplinaria, porque como bien lo dilucidó el juzgador de primer grado, al tratarse de un acto administrativo de ejecución, no es pasible de control jurisdiccional; sin perjuicio de la pérdida de fuerza ejecutoria del acto, al desaparecer los fundamentos de hecho o de Derecho que dieron lugar a su nacimiento.

Clarificado como se encuentra el quebrantamiento del derecho fundamental al debido proceso, deviene inocuo pronunciarse respecto de los otros cargos formulados en la demanda inicial y en la alzada.

Nota de Relatoría. Con el fin de ampliar la base de datos del lector sobre otros de **sanciones administrativas y/o disciplinarias**, pueden verse las siguientes providencias:

Sentencia del 4 de mayo de 2017. Retiro del servicio por inhabilidad sobreviniente/ Régimen disciplinario de la Fuerza Pública Vs. Régimen disciplinario de servidores públicos. Subintendente de Policía sancionado disciplinariamente en cinco ocasiones lo que conllevó al retiro del servicio activo por inhabilidad sobreviniente de acuerdo al numeral 2 del artículo 38 de la ley 734 de 2002. El hecho que haya un régimen disciplinario especial para los miembros de la Fuerza Pública, no impide que se les aplique el régimen del Código disciplinario aplicable a los demás servidores del Estado, el retiro por inhabilidad sobreviniente no es sanción si no una medida de protección de la administración para que personas que tengan manifiesta incompetencia accedan a los cargos, el accionante cometió faltas graves. Confirma – niega. John Freddy Grajales Quiceno vs Policía Nacional. M.P. Pedro Javier Bolaños Andrade.

Sentencia del 18 de abril de 2017 dictada en audiencia final. Fallo sancionatorio. Nulidad de fallos disciplinarios de primera y segunda instancia que imponen sanción e inhabilidad por un término de 9 meses por presuntas irregularidades en manejo de almacenes de evidencias. Niega. Josué Moroni Navarro vs Policía Nacional. M.P. Carlos Hernando Jaramillo Delgado.

Sentencia del 10 de febrero de 2017. Falsa o errónea motivación. Sanción disciplinaria de 45 días de suspensión e inhabilidad especial por el mismo término, sin remuneración. Accede a pretensiones ya que la sanción impuesta no guarda relación con la conducta cometida (error al expedir una notificación de reintegro por Talento Humano de la Policía Cauca). Ordena reintegro de lo dejado de percibir. Ordena sancionar con amonestación escrita. Zenaida Rivera Muñoz vs Policía Nacional. M.P. David Fernando Ramírez Fajardo.

Sentencia del 20 de enero de 2017. Patrullero retirado de la Institución por sanción disciplinaria motivada en un hurto de elementos de aseo en un supermercado, conducta aceptada por el patrullero. Falta gravísima, Niega nulidad por cuanto existe correlación entre la falta y la sanción. Gabriel Gerardo Cristancho Peralta vs Policía Nacional. M.P. David Fernando Ramírez Fajardo.

Respecto de fallos en donde se expresa que la acción de tutela no es la vía para controvertir actos administrativos cuando existen otras vías judiciales, ver sentencia del 23 de mayo de 2017. Agente de policía retirado de la entidad por sanción disciplinaria, no se tuvo en cuenta la debilidad manifiesta por pérdida de capacidad laboral de 12%, envía petición para que se deje sin efectos los actos administrativos de desvinculación, sea afiliado al sistema de seguridad social de la entidad, se ordene el reintegro, se cancele los emolumentos dejados de percibir y se deje sin efectos las resoluciones de desvinculación. Únicamente **accede** al derecho de petición, la acción de tutela no puede desplazar los mecanismos ordinarios y es improcedente para controvertir legalidad de procesos disciplinarios, ni para ordenar reintegros. José Arbey Toro Arbeláez vs Policía Nacional. M.P. Naun Mirawal Muñoz Muñoz.

Respecto de que el medio de control Reparación Directa no es la vía judicial pertinente para promover un debate dado dentro de un proceso disciplinario, ver Sentencia del 20 de abril de 2017 Abogada sancionada por 6 meses por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; los fallos sancionatorios tuvieron en cuenta la no prescripción de la acción, y se realizó el debido análisis probatorio en el proceso disciplinario. La reparación directa no se puede convertir en escenario para promover un debate probatorio suscitado en proceso disciplinario. Niega. Aura Nelly Pajoy Sarria vs

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

Rama Judicial. M.P. Gloria Milena Paredes Rojas.

Sobre **sanciones administrativas diferentes** a procesos disciplinarios ver también:

Sentencia del 16 de marzo de 2017. Sanción administrativa. Presunta alteración de información contable. Deficiencia probatoria. Acto administrativo impone **sanción** a la accionante por presuntamente modificar información contable del año 2006. La accionada reportó a tiempo la información del 2006 al SUI pero con irregularidades. Es justificada la intervención de la SSPD y la imposición de la sanción que se demanda. Confirma – niega. CAUCATEL S.A. vs Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. M.P. Gloria Milena Paredes Rojas.

Sentencia del 2 de febrero de 2017. Sanción por incumplimiento del impuesto de renta 2006 – no envío de información en medios magnéticos- Accede por cuanto se impone una sanción no proporcional a la infracción del contribuyente. José Moisés Solarte Solarte vs DIAN. M.P. Gloria Milena Paredes Rojas.

Sentencia del 26 de enero de 2017. Sanción por presunto incumplimiento de la cuota de aprendices del SENA por parte de la ILC. Se vulneró el debido proceso por cuanto no se dio posibilidad a la ILC para controvertir la decisión. Debió aplicarse el Código Administrativo al no contarse con procedimiento especial. Concede. Industria Licorera del Cauca vs SENA M.P. Carlos Hernando Jaramillo Delgado.

Sentencia del 9 de diciembre de 2016. Sanción al haber suministrado de manera extemporánea la información exógena del año gravable 2006, se demostró prescripción en la acción sancionatoria e indebida notificación. Accede. Luis Ángel Hincapié Palomeque vs DIAN. M.P. Pedro Javier Bolaños Andrade.

Sentencia del 2 de diciembre de 2016. Sanción administrativa a empresa transportadora. Vulneración del debido proceso por cuanto el Ministerio efectuó un juicio de valor al resolver el conflicto para lo cual no es el órgano competente, sino que es de la órbita del juez laboral. Revoca y accede. Transportes Pubenza Ltda. Vs Ministerio del Trabajo Territorial Cauca. M.P. Naun Mirawal Muñoz Muñoz.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Popayán, veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

SENTENCIA TA-DES 002-ORD. 112-2017

Magistrado Ponente: NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

Decide el Tribunal el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia No. 250 de 10 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, en el proceso de la referencia, en la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda¹.

El señor EVERTH QUINTERO VIÁFARA, actuando a través de apoderado debidamente constituido, promovió demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL**, a fin de que se declare la nulidad de los fallos disciplinarios de primera y segunda instancia, por medio de los cuales se sancionó al demandante con multa de 10 smlmv, así como la nulidad de la Resolución 035 de 2012, por medio de la cual se ejecutó la sanción.

A título de restablecimiento del derecho solicitó reconocer y pagar al demandante todos los sueldos, primas, bonificaciones, prestaciones que en todo tiempo devengue un patrullero de la Policía Nacional en servicio activo en el mismo grado del demandante, los cuales fueron dejados de percibir. También solicitó el resarcimiento del perjuicio moral en suma equivalente a 100 smlmv, o la suma establecida por el Consejo de Estado, más los intereses moratorios, como compensación de los momentos de angustia, zozobra, sufrimiento y depresión causados con la arbitraria e injusta sanción y como retribución al daño moral, ético, social y profesional padecido con los actos demandados.

1.1 Hechos.

¹Folios 203 a 226 Cuaderno Principal

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte demandante expuso los siguientes:

El 23 de noviembre de 2011, sobre las 11:30 horas, el demandante observó que el Subintendente Jesús Erney Martínez Devia, le inmovilizó la motocicleta a un amigo suyo por no portar SOAT ni utilizar casco de protección.

Al acercarse a preguntar por el procedimiento, el subintendente procedió a solicitarle al demandante los documentos de su motocicleta, la cual tenía parqueada en un lugar permitido; razón por la cual, el señor Quintero Viáfara se negó a su entrega por considerar que el policial se estaba extralimitando en sus funciones.

En el procedimiento se elevó una orden de comparendo de tránsito por no entregar los documentos como el SOAT y la Licencia de Conducción.

Adicionalmente, el Subintendente suscribió un informe en contra del Patrullero Quintero Viáfara.

El 24 de enero de la misma anualidad, la Oficina de Control Interno Disciplinario del Departamento de Policía Cauca, abrió investigación disciplinaria contra el patrullero, atribuyéndole la falta contenida en la Ley 1015 de 2006 en su artículo 36, que tiene por falta leve, tratar a los superiores en forma descortés e impropia y se ordenó la práctica de pruebas.

Dentro del proceso quedó evidenciado que el demandante no trató a su superior de forma impropia, por lo que procedía la absolución del investigado.

Sin embargo, el operador disciplinario decidió variar el cargo, bajo la figura del error en la calificación jurídica, mediante auto de 26 de octubre de 2012, para concretar la falta grave contenida en el artículo 35 de la Ley 1015 de 2006, cual es incurrir en la comisión de conducta descrita en la ley como contravención cuando se encuentra en situaciones administrativas tales como franquicia.

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

El 19 de noviembre de 2012, el demandante presentó sus descargos y el 26 de noviembre los respectivos alegatos de conclusión.

El 30 de noviembre se profirió el fallo de primera instancia, en el cual se impuso la sanción de 10 días de multa; decisión apelada por el señor Quintero Viáfara.

El 11 de diciembre de 2012, se desató la segunda instancia, confirmando la decisión inicial, la cual fue notificada el 19 de diciembre siguiente.

Por Resolución 035 de 17 de diciembre de 2012 se ejecutó la sanción.

La sanción le causó un perjuicio moral grave al demandante, en tanto le impide concursar para ascender al grado de Subintendente, le impide ser llamado a pertenecer a Grupos Especiales de la Policía Nacional o recibir alguna beca para estudiar, pues para acceder a estos cursos su hoja de vida no debe tener antecedentes disciplinarios.

1.2 Normas violadas y concepto de violación.

El extremo procesal activo dentro de la presente litis consideró sobreseído el artículo 29 de la Constitución Política, así los artículos 4, 6, 9, 18, 90, 91, 92, 128, 129, 140, 141, 142 y 143 de la Ley 734 de 2002.

Consideró que el debido proceso se vio comprometido en tanto lo conducta atribuida como tratar a sus superiores de forma impropia, solamente es posible desarrollarla cuando se está en servicio activo, pero el demandante se encontraba de descanso.

De otro lado significó que con el solo informe o queja no estaban dados los presupuestos para formular pliego de cargos y por lo tanto el operador disciplinario no debió citar a audiencia, porque no estaba demostrado que el investigado hubiese tratado de forma impropia al superior.

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

Igualmente consideró que no era factible adelantar proceso verbal sin haber adelantado previamente la indagación preliminar, porque el solo informe policial y la copia del comparendo, eran insuficientes para formular pliego de cargos.

Entre tanto refirió que el cargo atribuido resultó desacreditado por lo que procedía absolver al hoy demandante y no efectuar una variación del cargo de manera irregular.

Refirió que dentro del proceso disciplinario jamás se allegó prueba de que el señor Quintero Viáfara se encontraba en franquicia y en consecuencia tal situación no podía deducirse como mal lo hizo el operador disciplinario.

También consideró que la adecuación al tipo disciplinario estuvo mal fundamentada, porque en su criterio el artículo 131 de la Ley 769 de 2002 no constituye la descripción de una contravención, sino la consecuencia y por lo tanto al endilgar indebidamente el cargo y no citar los complementos normativos que se hacían necesarios para realizar el respectivo reproche disciplinario, existió irregularidad en la calificación jurídica de la conducta desarrollada por el investigado.

De otro lado manifestó que no existió en el presente asunto afectación al deber funcional, en la medida en que el demandante laboró toda la tarde, hasta las nueve de la noche que terminaba su turno normal del servicio y por lo tanto la conducta es atípica.

2. La contestación de la demanda².

La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, contestó la demanda, y se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas, argumentando que contrario a lo aducido por la parte demandante, dentro del proceso disciplinario estuvieron evidenciadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que sustentaron la sanción disciplinaria, se presentaron los recursos de ley por parte del abogado y se modificó la sanción.

²Folios 437 a 441 Cuaderno Principal

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

En consecuencia arguyó que no es factible deprecar vulneración al debido proceso cuando en las diferentes instancias no se desconocieron las garantías procesales, máxime cuando se alude a argumentos que ya fueron objeto de debate en la justicia disciplinaria con la observancia de la ley, y principios rectores de la norma aplicable al caso concreto, con pruebas legalmente obtenidas y bajo el derecho de contradicción en las diferentes instancias.

Recalcó que de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, el proceso contencioso administrativo no puede convertirse en una tercera instancia para reabrir el debate probatorio surtido en el proceso disciplinario.

3. La Sentencia de primera instancia³.

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, mediante sentencia No. 250 de 10 de diciembre de 2015 denegó las pretensiones de la demanda y adicionalmente se declaró inhibido para pronunciarse sobre la nulidad de la Resolución No. 035 de 2012, por tratarse del acto de ejecución de la sanción.

Como fundamento de su decisión significó que auscultadas las etapas del proceso, se cumplió con la garantía del debido proceso.

Señaló además que la nulidad planteada fue sorteada al interior del proceso porque la primera falta era leve, lo que permitía implementar el proceso verbal y el segundo cargo era el que se adecuaba al material probatorio recaudado, concediendo el derecho a la defensa y contradicción del implicado; resaltando que los argumentos expuestos en la demanda ya fueron objeto de debate al interior del proceso disciplinario y ya existe una decisión tomada por la autoridad competente.

4. El recurso de Apelación⁴.

³Folios 521 a 523 del Cuaderno Principal

⁴ Folios 534 a 545 Cuaderno principal

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante insistió en la posibilidad de adelantar el proceso verbal y la imposibilidad de atribuirle un cargo que no puede efectuarse por fuera del servicio activo, máxime cuando se demostró que las aseveraciones no eran veraces, se varió el cargo y continuó con el procedimiento verbal, sin el cumplimiento de requisitos.

Iteró que al momento de citar a audiencia no estaban dados los requisitos del inciso 4 del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, tal como lo reconoció la segunda instancia, preguntándose por qué el Inspector Delegado No. 4 no declaró la nulidad de la actuación si verificó que no se cumplían los presupuestos procesales para citar a audiencia; concluyendo que en el proceso lo procedente era iniciar una indagación preliminar que le permitan allegar pruebas, para posteriormente optar por dicho procedimiento.

Así mismo, consideró comprometido el debido proceso por cuanto se le impidió al demandante presentar alegatos de conclusión en segunda instancia, al interior del proceso disciplinario.

También dijo que se produjo resquebrajamiento al debido proceso porque no se resolvieron, antes de proferir fallo, las nulidades procesales propuestas en los descargos, frustrándose la posibilidad de presentar recursos frente a tales decisiones.

Con todo, concluyó que cuando se omiten los procedimientos establecidos en la ley y los lineamientos jurisprudenciales, se vulnera el debido proceso y el derecho de defensa y por lo tanto se acudió a la jurisdicción para que se declare la nulidad de los actos administrativos expedidos de manera irregular.

5. Actuación en segunda instancia.

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 09 de febrero de 2016⁵, se admitió el recurso de apelación y se ordenó la notificación al Ministerio Público para los fines consagrados en el artículo 303 del CPACA.

Por auto de 22 de febrero de 2016⁶, se decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado a las partes para alegar por el término de diez (10) días.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Por la parte demandada⁷.

La entidad demandada presentó sus alegatos de conclusión, iterando una vez más los argumentos de la contestación. Adicionalmente refirió que el pliego de cargos fue variado bajo los presupuestos consagrados en la norma, es decir antes del fallo de primera instancia.

La parte demandante guardó silencio.

El Ministerio Público rindió concepto de manera extemporánea.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

1. La competencia.

El Tribunal Administrativo es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, de conformidad con el Artículo 153 del CPACA.

2. Caducidad.

La Resolución No. 035 de 17 de diciembre de 2012, que dispuso la ejecución de la sanción disciplinaria impuesta al demandante, fue notificada el 19 de diciembre siguiente⁸.

⁵Folio 03 Cuaderno Segunda Instancia

⁶Folio 07 ibídem

⁷Folios 25 a 28 ibídem

⁸ Folio 184

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que la solicitud de audiencia de conciliación prejudicial fue presentada el 18 de abril de 2013⁹, y la constancia de fracaso de la audiencia fue expedida el 12 de junio de 2013¹⁰, al haberse presentado la demanda el 13 de junio de 2013¹¹, se concluye que el libelo fue radicado dentro de los términos legales establecidos en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

3. Problema jurídico.

Le corresponde al Tribunal verificar si los fallos disciplinarios que sancionaron al demandante Everth Quintero Viáfara con diez días de multa, son conculcatorios del debido proceso, a efectos de dilucidar si la sentencia No. 250 de 10 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, debe ser revocada o mantenerse inalterable.

4. El caso concreto.

En el sublite, el extremo activo de la litis, enrostra una serie de irregularidades al interior del proceso disciplinario, que en su entender resquebrajan el derecho fundamental al debido proceso y conllevan a que la actuación se encuentre afectada de nulidad, al desconocer las garantías fundamentales del disciplinado.

El Juez a quo, luego de efectuar un recuento de las etapas surtidas al interior del proceso disciplinario, concluyó que no se encontraba comprometido el debido proceso del demandante, toda vez que, a su entender se respetaron los postulados de las normas disciplinarias, no pudiendo pronunciarse sobre la valoración probatoria efectuada en sede disciplinaria, por cuanto el proceso contencioso administrativo mal puede constituir una tercera instancia.

⁹ Folio 199

¹⁰ Folio 200

¹¹ Folio 228

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

Para abordar el asunto así planteado, ha de señalarse que de acuerdo con la Sentencia de Unificación de 09 de agosto de 2016, dentro del proceso 1210-2011, el control de legalidad que efectúa el Juez de lo Contencioso Administrativo, debe efectuarse de manera integral, sin que le esté vedado a esta Jurisdicción pronunciarse incluso, respecto de la valoración probatoria efectuada en sede administrativa.

Por lo anterior, aunque la posición del A quo se justifica en la jurisprudencia vigente al momento de dictar sentencia, tal postura no constituía precedente de unificación, por cuanto existían pronunciamientos que abogaban por el control judicial integral de los fallos disciplinarios por parte del juez administrativo; además no puede desconocer esta Sala que al momento de proferir la decisión de segunda instancia, existe sentencia de unificación del Órgano Vértice de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que ordena el control integral de estos fallos.

En consecuencia, corresponde al Tribunal Administrativo del Cauca efectuar el análisis de legalidad de las decisiones de primera y segunda instancia que impusieron la sanción disciplinaria al demandante, en forma integral.

Una vez analizado el proceso disciplinario allegado al plenario por el extremo activo de la litis, esta Corporación se persuade que al interior del mismo se incurrió una irregularidad flagrante que afecta de nulidad los fallos de primera y segunda instancia, como pasa a observarse.

El parágrafo 5 del artículo 165 de la Ley 734 de 2002, establece:

“ARTÍCULO 165. NOTIFICACIÓN DEL PLIEGO DE CARGOS Y OPORTUNIDAD DE VARIACIÓN. *El pliego de cargos se notificará personalmente al procesado o a su apoderado si lo tuviere.*

Para el efecto inmediatamente se libraré comunicación y se surtirá con el primero que se presente.

Si dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación no se ha presentado el procesado o su defensor, si lo tuviere, se procederá a designar defensor de oficio con quien se surtirá la notificación personal.

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

Las restantes notificaciones se surtirán por estado.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> El pliego de cargos podrá ser variado luego de concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única instancia, por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente. La variación se notificará en la misma forma del pliego de cargos y ~~de ser necesario~~ se otorgará un término prudencial para solicitar y practicar otras pruebas, el cual no podrá exceder la mitad del fijado para la actuación original.” Negrilla de la Sala.

A partir de la norma en comento, si bien el pliego de cargos puede ser variado una vez concluida la práctica de pruebas, las razones que dan lugar a tal variación, lo comportan el error en la calificación jurídica o la prueba sobreviniente.

El artículo 23 de la Ley 734 de 2002, define las faltas disciplinarias así:

ARTÍCULO 23. 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.

Ahora bien, frente a la calificación jurídica de la conducta la Ley 734 de 2002, enseña:

ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

Cuando la conducta no fuere reiterada conforme a la modalidad señalada, será calificada como grave.

ARTÍCULO 157. SUSPENSIÓN PROVISIONAL. TRÁMITE. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento por faltas calificadas como gravísimas o graves, el funcionario que la esté adelantando podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, sin derecho a remuneración alguna, siempre y cuando se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere.

ARTÍCULO 170. CONTENIDO DEL FALLO. El fallo debe ser motivado y contener:

(...)

5. La fundamentación de la calificación de la falta.

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

De acuerdo al compendio normativo recordado, entiende esta Corporación que la calificación jurídica de la conducta obedece a la gravedad o levedad de la misma, conforme a los artículos 33 y subsiguientes de la Ley 1015 de 2006, norma especial, aplicable a los miembros de la Fuerza Pública.

Ahora, con respecto al error en la calificación jurídica planteada en el párrafo 5 del artículo 165 de la Ley 734 de 2002, subyace necesario traer a líneas el desarrollo que en la materia han decantado tanto la H. Corte Constitucional como el Órgano Vértice de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, efectos de ilustrar en debida forma el yerro contenido en el proceso disciplinario que llama la atención de la Sala en esta oportunidad.

Mediante sentencia C- 1076 de 2002, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del Parágrafo quinto del artículo 165 de la Ley 1437, bajo los siguientes razonamientos:

No comparte la Corte los cargos que formula el actor contra la totalidad del último inciso del artículo 165 de la Ley 734 de 2002, por las razones que pasan a explicarse.

En primer lugar, la calificación que se realiza en el pliego de cargos es provisional, y es de su esencia que así sea. En efecto, la finalidad del proceso disciplinario es la de esclarecer lo ocurrido, buscar la verdad real y formular un reproche en tal sentido. De lo anterior se desprende que el funcionario o corporación a cuyo cargo se encuentra la decisión final debe estar en condiciones de modificar, parcial o totalmente, las apreciaciones con base en las cuales se dio principio al proceso.

En segundo lugar, el carácter provisional de la calificación de una falta disciplinaria se aviene con la garantía del debido proceso, toda vez que mantiene la presunción de inocencia del procesado en cuanto a la falta por la cual se lo acusa, presunción únicamente desvirtuable mediante el fallo disciplinario por medio del cual se impone una determinadas sanción.

No obstante, a juicio de la Corte la expresión de ser necesario, que figura en el artículo demandado, viola el derecho de defensa del procesado disciplinariamente, y en especial, el derecho de contradicción, por cuanto la propia norma establece que, una vez modificada la calificación provisional de la falta disciplinaria, al arbitrio de la autoridad competente, se otorgará un término prudencial para solicitar y decretar otras pruebas, el cual no podrá exceder la mitad del fijado para la actuación original.

En este orden de ideas, la Corte declarará la exequibilidad del inciso 5 del artículo 165 de la Ley 734 de 2002, salvo la expresión de ser necesario, que se declarará inexecutable.

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

Con posterioridad, la Sentencia SU -901 de 2005, planteó:

[CALIFICACIÓN DE LA FALTA DISCIPLINARIA - Variación de una imputación dolosa a una imputación culposa]

47. En el caso planteado por el actor, se está ante la variación de la calificación de la falta disciplinaria pero no de una conducta a otra diferente sino de una imputación dolosa a una imputación culposa en relación con una misma conducta.

En efecto. En la apertura de investigación disciplinaria, al actor y a los demás disciplinados, se les hizo una imputación fáctica por la suscripción del acta de recibo final de la obra y por la suscripción y aprobación del acta de liquidación y una imputación jurídica que se adecuó a los artículos 24.8, 26.1, 26.2, 26.4, 51, 53 y 60 de la Ley 80 de 1993 y a los artículos 20, 38 y 144 de la Ley 200 de 1995. Luego, en el pliego de cargos se mantuvo la imputación fáctica y la imputación jurídica se hizo por la falta consagrada en el artículo 25.4 de la Ley 200 de 1995, la que se imputó a título de dolo. Finalmente, en los fallos sancionatorios de primera y segunda instancia, se mantuvo la imputación fáctica y la imputación jurídica solo que la conducta fue imputada no a título de dolo sino de culpa gravísima.

En estas condiciones, no es cierto el argumento esgrimido por el actor en el sentido que se lo sancionó por una falta dolosa con la motivación inherente a una falta culposa, pues si bien en el pliego de cargos se le imputó una conducta dolosa, en el fallo de primera y segunda instancia se varió la imputación ya que en lugar de una conducta dolosa se imputó una conducta culposa.

Sobre este particular hay que indicar que efectivamente, en el pliego de cargos se expuso que a los investigados se les imputaba una falta disciplinaria a título de dolo y para ello se tuvo en cuenta el conocimiento de la ilicitud de su obrar y su voluntad de obrar a pesar de ese conocimiento. Con todo, en estricto sentido, no se advertían fundamentos probatorios para formular una imputación de esa índole ya que la prueba era indicativa que se estaba ante un imprudente obrar de los disciplinados antes que ante una conducta cometida con conocimiento y voluntad. Luego, en el fallo disciplinario se reconsideró el título de la imputación y se lo hizo de tal manera que la responsabilidad se declaró por una falta cometida con culpa gravísima y no con dolo. Qué duda cabe que esta imputación es mucho más consistente con lo demostrado en el proceso pues los actores, a pesar de su nivel directivo, se limitaron a suscribir y a aprobar las actas que les fueron puestas de presente, sin preocuparse por verificar las reales condiciones de ejecución de la obra contratada; proceder con el cual validaron el recibo de un obra, la liquidación de un contrato y su pago total a pesar de que había sido cumplido sólo de manera parcial.

Para la Corte, no contraría ni los fundamentos, ni la dinámica del derecho disciplinario el que se formulen cargos por una falta cometida a título de dolo y que en el fallo se declare la responsabilidad por esa misma falta pero cometida a título de culpa. Y ello tiene sentido pues puede ocurrir que, como consecuencia de las pruebas solicitadas en la contestación de los cargos y luego practicadas, se desvirtúe o atenúe la inicial forma de imputación, lo que es consecuente con el debido proceso disciplinario y con el derecho de defensa que le asiste al disciplinado. Carecería de sentido que formulada una imputación dolosa, no haya lugar a su atenuación a título de culpa gravísima o incluso grave o leve pues la calificación de la falta realizada en el pliego de cargos no puede reputarse definitiva y de allí que, si se aducen elementos probatorios que conduzcan a su reconsideración, pueda haber lugar a ella.

48. Desvirtuada la afirmación realizada por el actor en el sentido que se lo declaró disciplinariamente responsable y se lo sancionó por la comisión de una falta dolosa pero con la fundamentación inherente a una falta culposa y, por el contrario, acreditado que la sanción se impuso por una falta gravísima cometida con culpa, pierde todo sustento la pretensión de amparo de los derechos fundamentales presuntamente afectados con la comisión de una irregularidad inexistente.

Entre tanto, el H. Consejo de Estado en reciente providencia, dictada dentro del proceso con radicación interna 0583-11, fue conteste al explicar la variación en el pliego de cargos, en los siguientes términos:

“ii) El principio de congruencia entre el acto de formulación de cargos y el fallo disciplinario

Entre el pliego de cargos y el fallo disciplinario debe existir correspondencia en lo que respecta a la denominación jurídica que se atribuye al disciplinado, en garantía de los derechos que le asisten, en particular los de acceso a la investigación¹², rendir descargos¹³, motivo por el cual los cargos deben estar plenamente identificados en cuanto delimitan el marco de acción de su derecho de defensa; de igual manera garantiza el derecho de impugnación de las decisiones¹⁴ ya que su controversia está delimitada por los cargos que se hubieran formulado.

Tal es la relevancia del principio de congruencia, que su desatención puede dar lugar a la invalidación de la actuación, por violación al debido proceso y al derecho de defensa y contradicción¹⁵, es por ello que entre una y otra decisión debe haber consonancia y armonía y no puede ocurrir que se formule un cargo por una falta y el fallo disciplinario se emita atribuyendo una distinta a aquella que fue imputada en el pliego de cargos, dado que tal incongruencia redundaría en violación de los derechos previamente aludidos.

Si bien es cierto la ley permite la variación del pliego de cargos¹⁶, ello no implica la sustitución total de la imputación inicialmente formulada, pues la conducta o falta atribuida no puede ser modificada, a ese respecto se hace precisión en el inciso 5 del artículo 165 de la Ley 734 de 2002, cuando refiere que la variación permitida surge por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente.

Ahora bien, tal variación solo puede realizarse hasta antes del fallo de primera o única instancia, se debe notificar al implicado y permitir que ejerza

¹² Artículo 92 numeral 1 de la Ley 734 de 2002.

¹³ Artículo 92 numeral 5 de la Ley 734 de 2002.

¹⁴ Artículo 92 numeral 6 de la Ley 734 de 2002.

¹⁵ Tal como lo consideró la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa en fallo de segunda instancia, radicado N° IUS 2012-405658 IUC D-2012-120-561345.

¹⁶ “**Artículo 165. Notificación del pliego de cargos y oportunidad de variación.** El pliego de cargos se notificará personalmente al procesado o a su apoderado si lo tuviere.

Para el efecto inmediatamente se librá comunicación y se surtirá con el primero que se presente.

Si dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación no se ha presentado el procesado o su defensor, si lo tuviere, se procederá a designar defensor de oficio con quien se surtirá la notificación personal.

Las restantes notificaciones se surtirán por estado.

El pliego de cargos podrá ser variado luego de concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única instancia, por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente. La variación se notificará en la misma forma del pliego de cargos y de ser necesario se otorgará un término prudencial para solicitar y practicar otras pruebas, el cual no podrá exceder la mitad del fijado para la actuación original.” (aparte subrayado declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-1076/02)

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

su derecho de defensa y contradicción, y no puede sustituir en su integridad, el pliego de cargos inicialmente formulado de modo que no se sorprenda al implicado con una imputación diferente al momento de emitir el fallo.

En todo caso, incluso en el evento en que haya variación del pliego de cargos, siempre que se cumplan las formalidades que la ley exige para el ejercicio del derecho de defensa y contradicción del implicado, ésta haría parte integral del pliego de cargos inicialmente formulado y las dos decisiones deberán estar en plena armonía y consonancia con el fallo disciplinario, so pena de declarar inválida la actuación por violación del debido proceso del disciplinado." Negrilla de la Sala

Por su parte, en concepto rendido en el año 2004, por el Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, Dr. Esiquio Manuel Sánchez Herrera, que si bien no comporta un carácter vinculante; refuerza los planteamientos de las Altas Corporaciones, se decantó:

"En los oficios de la referencia señalan ustedes que en una investigación en la cual se calificó inicialmente la conducta de grave, se considera, luego de analizados descargos, que ésta debe modificarse a leve; en consecuencia, preguntan si es posible emitir fallo sancionatorio y conceder la apelación o si por el contrario, se debe iniciar el procedimiento propio para faltas leves.

Sobre el aspecto planteado debe considerarse lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 165 de la Ley 734 de 2002, que admite la variación del pliego de cargos por error en la calificación jurídica de la falta o por prueba sobreviniente, cuando ello se advierta concluida la etapa de pruebas y hasta antes de proferir fallo de instancia (esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-1076 de 2002)

Lo anterior, significa que si al momento de evaluar el asunto para la adopción de la decisión de primera o única instancia se presenta una diferencia frente a la calificación de la falta o existen nuevos elementos de juicio que determinen el cambio de apreciación de los hechos, el operador jurídico está facultado para modificar total o parcial las consideraciones que soportaron la decisiones iniciales del proceso; lo dicho de manera alguna permite la variación integral del pliego de cargos, pues la conducta o falta imputada no puede ser objeto de alteración, se trata de hacer la misma imputación bajo supuestos diferentes que pueden conducir a la agravación o atenuación de la conducta, mediante la explicación de la nueva incriminación superando el error o a partir de la prueba sobreviniente; el fallo que se dicte debe estar en consonancia con esta nueva determinación.

La opción prevista obedece precisamente a la calificación provisional que se hace en el cargo y a la necesidad de que el asunto se encuentre siempre ajustado a la verdad real y no esté fundado sólo en imputaciones formales ajenas a ella, imponiéndose, en aras del debido proceso y el derecho de defensa, como única obligación que la modificación sea notificada al disciplinado, para que éste tenga la oportunidad de controvertir los nuevos aspectos.

La posibilidad de variar el pliego de cargos, según las previsiones vistas y bajo los supuestos establecidos en el mencionado artículo 165, en sentir de esta oficina, no tiene por qué afectar la clase de procedimiento que se encuentra

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

en curso, debido precisamente a que en primer término la calificación que se hace en el pliego de cargos o en la citación a audiencia, es provisional y por esa razón es claro que la misma es susceptible de ser cambiada una vez se obtengan las explicaciones y pruebas de descargos, sin que ello implique alteración del procedimiento como tal, ya que éste lo determina e impone la calificación que del asunto debe hacerse al iniciar las diligencias, que es cuando corresponde encausar la actuación, conforme a las situación fáctica que se evidencie y las probanzas con las que se cuente en ese momento.

Además, cuando se dan las circunstancias que determinan la modificación de los cargos y una vez otorgada la posibilidad de rendir nuevas explicaciones de acuerdo con el artículo 165 en cita, obviamente bajo los términos del procedimiento que se esté cursando, sólo resta adoptar la decisión correspondiente, trámite que adelantado conforme a las reglas que se imponen según su naturaleza, no afecta de manera alguna los derechos del implicado o el debido proceso.

Por último, le informo que la presente respuesta únicamente constituye un criterio auxiliar de interpretación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución Política, 5 ° de la Ley 153 de 1887 y 25 del Decreto 01 de 1984."

Teniendo claro que la permisión en la variación del pliego de cargos dispuesta en el artículo 165 de la Ley 734 de 2002, por error en la calificación jurídica redundante en la agravación o atenuación de la falta mas no en la conducta misma, para la Sala es evidente el resquebrajamiento del debido proceso, en las actuaciones disciplinarias surtidas en contra del señor Quintero Viáfara.

De acuerdo a las piezas del proceso disciplinario incorporadas a la presente litis, se tiene que el 24 de enero de 2012, por parte de la Oficina de Control Interno Disciplinario DECAU, se profirió el Auto de Citación a Audiencia Pública al hoy demandante, por los hechos acaecidos el 23 de noviembre de 2011.

Como hechos que sustentan la decisión, se relacionaron:

Da cuenta el oficio sin número (sic) de fecha 28 de mayo de 2011 suscrito por el señor Subintendente MARTINEZ DEVIA JESUS; el oficio número 111 del 23 de noviembre de 2011 suscrito por el señor SI. MARTINEZ DEVIA JESUS, Jefe del Grupo de Tránsito y Transporte de Puerto Tejada, quien manifestó que el señor Patrullero ELVER QUINTERO VIAFARA quiso de manera grosera interferir en un procedimiento de tránsito (sic) realizado a un familiar. Incitando a la ciudadanía para que se aglutinara y provocara turba, que él trabajaba en

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

tránsito en Cali y que en ese municipio se hacían los procedimientos que no se ajustaban a la norma.

En estos términos, la conducta investigada correspondió cabalmente a los hechos remembrados, respecto de la cual se consideró quebrantado el artículo 36 de la Ley 1015 de 2006, en su numeral 11, correspondiente a las faltas leves, por Tratar a los Superiores en forma impropia.

La modalidad de la conducta, se determinó en el auto de citación a audiencia que la misma al parecer se realizó por acción y su naturaleza fue catalogada como una falta leve y la forma de culpabilidad dolosa.

La investigación fue tramitada por el procedimiento verbal, por considerar que se cumplían los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos.

El 09 de marzo de 2012 se surtió la audiencia pública, en la cual se escuchó la versión libre del investigado y sus descargos, la ratificación del informe de Jhon Fryman Chará, procediendo a su aplazamiento para continuar con la etapa probatoria.

El 23 de mayo de 2012, se escuchó la ratificación y ampliación del informe efectuado por el SI Jesús Erney Martínez Devia, procediendo nuevamente a la suspensión de la audiencia.

El 26 de octubre de 2012, en audiencia se declaró clausurada la etapa probatoria, pero, previo a continuar con la etapa de alegatos de conclusión, el operador disciplinario procedió a la variación del pliego de cargos, con fundamento en el artículo 165 de la Ley 734 de 2002, fundamentado en el error en la calificación jurídica.

Al estructurar las circunstancias modales de ocurrencia de la conducta señaló que al parecer el señor Quintero Viáfara incurrió en una falta contenida en el artículo 35 de la Ley 1015 de 2006, correspondiente a las faltas graves, por incurrir en la comisión de una conducta descrita en la ley

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

como contravención, cuando se encuentre en situaciones administrativas tales como franquicia.

Al respecto, dijo que en concordancia con el artículo 131 de la Ley 769 de 2002, los infractores de las normas de tránsito serán sancionados con multas de acuerdo al tipo de infracción; y para el caso en particular, la misma correspondía a la definida en el literal D 02, por conducir sin portar los seguros ordenados por la ley.

En cuanto a la relación con el servicio estableció que al momento de comisión de los hechos el demandante se encontraba disfrutando de franquicia en el municipio de Puerto Tejada, cuando la motocicleta de su propiedad le fue inmovilizada por no portar SOAT, considerando que la conducta fue realizada por omisión y su gravedad fue establecida como grave, en tanto la norma disciplinaria de manera taxativa la plantea, mientras que la forma de culpabilidad fue dolosa.

Con base en la actuaciones surtidas, resulta incontrovertible que en el sublite, el operador disciplinario no varió simplemente la calificación jurídica de la conducta, pues aunque se puede evidenciar que se varió de una calificación leve a una calificación grave; en esencia, bajo el amparo del artículo 165 de la Ley 734 de 2002, lo que acaeció en el asunto de marras, fue que el operador disciplinario varió o modificó la conducta o falta e incluso los propios hechos por los cuales se inició la investigación.

Toda vez que la modificación de la conducta o falta está absolutamente proscrita en materia disciplinaria, porque lo único que se admite como quedó expuesto en precedencia, es la variación por error en la calificación jurídica, claro está que el operador disciplinario excedió sus límites competenciales, quebrantando de manera flagrante el debido proceso estatuido en el artículo 5 de la Ley 1015 de 2006, que señala:

ARTÍCULO 5o. DEBIDO PROCESO. *El personal destinatario de este régimen será investigado conforme a las leyes preexistentes a la falta disciplinaria que se le endilga, ante funcionario con atribuciones disciplinarias previamente establecido y observando las garantías contempladas en la Constitución Política y en el procedimiento señalado en la ley. La finalidad del proceso es la*

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen.,

Amén de lo anterior, el sorprender al señor Quintero Viáfara con unos nuevos cargos por la posible comisión de una falta distinta por la que se citó a audiencia, constituye un total desconocimiento de los procedimientos establecidos en la Ley 734 de 2002, aplicable al caso concreto por remisión expresa de la Ley 1015 de 2006, a diferencia de la posición de primera instancia, fuerza es concluir, la afectación al debido proceso.

En este caso, el operador disciplinario lo que debió fue terminar con fallo absolutorio o sancionatorio en el proceso disciplinario que abrió en contra del hoy demandante por la falta por la cual se formuló inicialmente pliego de cargos y compulsar copias para en otro proceso investigar la comisión de la falta disciplinaria por la que terminó sancionado

Por tal motivo se declarará la nulidad de los fallos disciplinarios de 30 de noviembre de 2012 y de 11 de diciembre de 2012, dictados dentro de la investigación Disciplinaria No. DECAU 2011-272, mediante la cual se sancionó al señor Quintero Viáfara con multa de 10 días, por haber incurrido en una conducta descrita en la ley como contravención.

No acontece lo mismo con la Resolución 035 de 2012, por medio de la cual se ejecutó la sanción disciplinaria, porque como bien lo dilucidó el juzgador de primer grado, al tratarse de un acto administrativo de ejecución, no es posible de control jurisdiccional; sin perjuicio de la pérdida de fuerza ejecutoria del acto, al desaparecer los fundamentos de hecho o de Derecho que dieron lugar a su nacimiento.

Clarificado como se encuentra el quebrantamiento del derecho fundamental al debido proceso, deviene inocuo pronunciarse respecto de los otros cargos formulados en la demanda inicial y en la alzada.

4.1. Del restablecimiento del derecho.

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

En el escrito introductorio se reclama como restablecimiento del derecho, todos los salarios y prestaciones dejados de percibir por el patrullero de la Policía Nacional.

Sin embargo, como quiera que la consecuencia de la decisión disciplinaria fue la imposición de una multa por valor de \$357.520, el restablecimiento del derecho estará dirigido a que se reintegre al demandante la suma pagada.

El valor anterior deberá cancelarse, una vez verificado el pago de la multa impuesta y deberá ser actualizado, en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo descontado mes a mes, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debieron efectuarse cada uno de los pagos.

4.2 Del perjuicio moral.

La Sala se abstendrá de acceder a la condena por concepto de perjuicio moral, como quiera que al interior del presente asunto, ninguna prueba da cuenta de los sentimientos de aflicción y congoja padecidos por el señor Quintero Viáfara y por lo tanto, las solas manifestaciones respecto de la imposibilidad del demandante de acceder a cursos de ascenso, actividades de capacitaciones y demás situaciones en el empleo, fruto de la sanción impuesta, no sobrepasan el daño meramente hipotético eventual, pues se insiste, ninguna prueba se allega respecto de este rubro indemnizatorio.

Corolario de lo expuesto, siendo que el caso concreto puesto a consideración de la Sala, no corresponde a aquellos escenarios donde la

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo establece presumir el perjuicio, estaba en cabeza de la parte demandante, la acreditación del perjuicio deprecado.

En ausencia de ello, es del caso denegar la pretensión invocada.

5. Costas.

En razón se revocará la decisión de primera instancia, se condenará a la Nación – Ministerio de defensa – Policía Nacional, en costas en ambas instancias.

Por concepto de agencias en derecho en segunda instancia fíjense el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de la condena impuesta en esta decisión.

III. DECISIÓN

Por lo anteriormente expuesto el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia No. 250 de 10 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de fallos disciplinarios de 30 de noviembre de 2012 y de 11 de diciembre de 2012, dictados dentro de la investigación Disciplinaria No. DECAU 2011-272, mediante la cual se sancionó al señor Everth Quintero Viáfara con multa de 10 días, por haber incurrido en una conducta descrita en la ley como contravención.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00303-01
Demandante: EVERTH QUINTERO VIÁFARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

NACIONAL, reintegrar al demandante la suma de \$357.620, pagados con ocasión de la multa impuesta.

TERCERO: Las sumas a que se condena a la entidad demandada por medio de esta providencia se actualizarán, aplicando para ello la fórmula indicada en la parte motiva.

CUARTO: Denegar las demás pretensiones.

QUINTO: CONDENAR en costas en ambas instancias a la parte demandada, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEXTO: Se dará cumplimiento a esta Sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se hace constar que el proyecto de sentencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

Los Magistrados,

NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO

CARLOS H. JARAMILLO DELGADO