



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
Valledupar, diez (10) de julio de dos mil quince (2015).

Acción : NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante : JHON CARLOS SALCEDO
Demandado : LA NACION-MINDEFENSA- EJERCITO NACIONAL
Radicación : 20-001-33-33-001-2012-00361-00

I. ASUNTO

JHON CARLOS SALCEDO en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda contra de LA NACION-MIN-DEFENSA- EJERCITO NACIONAL, con el a fin de obtener las declaraciones y condenas que a continuación se detallan:

II. DEMANDA

Piden los actores que en sentencia de mérito se haga un pronunciamiento sobre las siguientes:

III. PRETENSIONES

Que se declare nulo el acto administrativo complejo integrado por el fallo disciplinario de primera instancia de fecha Octubre 25 de 2011, proferido por el Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de Ingenieros de movilidad y Contramovilidad Nro. 10 "*Gral. Manuel Alberto Murillo González*"; el fallo disciplinario de segunda instancia de fecha Enero 24 de 2012 proferido por el Comandante del Batallón de Ingenieros de movilidad y Contramovilidad Nro. 10 "*Gral. Manuel Alberto Murillo González*"; los cuales dieron lugar a la expedición de la Resolución número 1022 de fecha Junio 22 de 2012, por parte del General Sergio Mantilla Sanmiguel Comandante del Ejército Nacional, mediante la cual resolvió ejecutar la sanción disciplinaria impuesta consistente en la suspensión de funciones en el ejercicio del cargo, sin derecho a remuneración por el término de 60 días e inhabilidad especial por el término de la suspensión para ejercer cargos y funciones públicas.

Que se declare para todos los efectos legales, que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados por el demandante al Ejército Nacional.

Que se condene solidaria y mancomunadamente a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - Batallón de Ingenieros de Movilidad y Contramovilidad Nro. 10 "*Gral. Manuel Alberto Murillo González*" a pagar a favor del demandante:

1. Todos los sueldos, primas (actividad militar, antigüedad, orden público, etc.), subsidio familiar, jineta de buena conducta, seguro de vida y demás emolumentos dejados de percibir, que le correspondían por los 60 días de suspensión, comprendiendo el valor de los aumentos que se hubieren decretado con posterioridad a la suspensión del servicio activo.
2. Por concepto de lucro cesante la suma de Cinco Millones Cuatrocientos Once Mil Novecientos Setenta Pesos con Treinta Centavos (\$5.411.970,30) correspondiente a los salarios dejados de percibir durante los 60 días de suspensión o la que se determine en peritazgo o a criterio del juzgador de instancia a la fecha de ejecutoria de la sentencia, según la fórmula matemática financiera $S-P(1+i)^n$, donde los símbolos indican S: Suma futura de dinero. i: interés. n: número de meses a considerar. P: valor histórico del dinero sobre el cual se aplica e interés. $S-R(1+i)^n$. S: Suma de dinero que se calcula después de haber transcurrido los días de suspensión.
3. Los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, a una tasa equivalente al DTF sobre las cantidades líquidas adeudadas siempre y cuando el pago se realice dentro de los diez (10) meses de que trata el inciso 2 del artículo 192 ó dentro de los cinco (05) días de que trata el numeral 3 del artículo 195 del C.P.A.C.A.; de lo contrario, serán liquidados a la tasa comercial.
4. Las costas ocasionadas en el presente proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A.
5. Las anteriores sumas liquidadas de dinero, las cuales se ajustarán en su valor tomando como base el Índice de Precios al Consumidor de conformidad con lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 187 del C.P.A.C.A.

IV. HECHOS

Relacionados con la falta de competencia.

1.- Mediante auto de fecha Febrero 02 de 2011, el Comandante del Batallón de Ingenieros de Movilidad y Contra movilidad Nro. 10 "*Gral. Manuel Alberto Murillo González*" (máxima autoridad disciplinaria de esa Unidad Militar) ordenó la apertura de indagación preliminar disciplinaria, decretó todas las pruebas que consideró pertinentes, conducentes y necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados. Y, comisionó a un funcionario instructor para que practicara las pruebas ordenadas.

2.- Trascurridos 9 días de haberse ordenado la apertura de indagación preliminar disciplinaria, es decir, el 11 de febrero de 2011, el comisionado envía al comitente el expediente, sin haber cumplido la comisión. Hecho que resulta trascendental para la vulneración del derecho fundamental al debido proceso porque es aquí cuando se forja la estrategia jurídica para evitar que las autoridades que disciplinariamente eran competentes para sancionarlo o absolverlo,

conozcan la investigación.

Es decir, el comisionado le envió el expediente contentivo de la Indagación Preliminar Disciplinaria al Comitente (Comandante del Batallón), pero misteriosamente, quien recibe y resuelve de fondo la indagación preliminar es el Segundo Comandante y Ejecutivo del Batallón, quien desde el inicio había sido desplazado jurídicamente por el primero para conocer de la investigación.

3.- Entre el viernes 11 y lunes 14 de febrero de 2011, no se profirió por parte del Comandante del Batallón de Ingenieros de Movilidad y Contra movilidad Nro. 10 "*Gral. Manuel Alberto Murillo González*" (máxima autoridad disciplinaria de esa Unidad Militar, que adelantaba la indagación preliminar), ninguna providencia donde se dispusiera el traspaso de las atribuciones disciplinarias al Ejecutivo y Segundo Comandante de esa Unidad Militar, tal como lo impone el artículo 89 de la ley 836 de 2003; es más, en esa etapa procesal no obra dentro del expediente prueba alguna que demuestre la ausencia temporal o accidental del oficial titular del cargo de Comandante de la Unidad Militar.

Sin embargo, de manera ilegal, injustificada y vulnerando el derecho fundamental a ser investigado por el funcionario competente, el Comandante de la Unidad Militar ese fin de semana resuelve despojarse de sus atribuciones disciplinarias. Y, el día lunes 14 de febrero de 2011, el Ejecutivo y Segundo Comandante de la Unidad Militar asume el conocimiento del expediente y ordena no sólo abrir investigación disciplinaria sino además practicar las pruebas que habían quedado pendientes.

4.- Como quiera que nunca existió un traspaso de atribuciones disciplinarias del Comandante al Ejecutivo y Segundo Comandante de la Unidad Militar, ni mucho menos, el Comandante de la Unidad Militar manifestó su incompetencia, tal como lo dispone el inciso 2 del artículo 112 de la ley 836 de 2003 para conocer la investigación disciplinaria Nro.005-11, en primera instancia, se concluye que abusó de su autoridad para lograr que tanto el fallo de primera como de segunda instancia se profiriera al interior de su Unidad Militar.

Evitando así, que la investigación, bajo el imperio del principio de legalidad, se surtiera por las autoridades disciplinarias competentes, que en este caso particular lo serían: en primera instancia¹⁷, el Comandante del Batallón de Ingenieros de Movilidad y Contra movilidad Nro. 10 "*Gral. Manuel Alberto Murillo González*"; y, en segunda instancia, el Comandante de la Décima Brigada Blindada del Ejército Nacional; por lo anterior, la autoridad disciplinaria incurrió en un defecto orgánico con el cual se vulneró el derecho fundamental del accioante al debido proceso.

Relacionados con desviación de las atribuciones propias de quienes profirieron los fallos de primera y segunda instancia dentro de la investigación disciplinaria Nro. 005-11.

1.- El Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de Ingenieros de Movilidad y Contramovilidad Nro. 10 "*Gral. Manuel Alberto Murillo González*", profirió fallo de primera

instancia y la apelación a esta decisión fue conocida y resuelta en segunda instancia por el Comandante del Batallón de Ingenieros de Movilidad y Contra movilidad Nro. 10 "*Gral. Manuel Alberto Murillo González*". Autoridad que ya había intervenido en la indagación preliminar, ordenando las pruebas que sirvieron para motivar el fallo tanto de primera como de segunda instancia.

Como quiera que en la intervención del Comandante de la Unidad se profirió una decisión (auto de apertura de indagación preliminar) que tuvo eco en el fallo de primera instancia, aquél debió haberse declarado impedido para conocer del proceso en segunda instancia, en virtud de lo dispuesto por el numeral 6 de artículo 231 en concordancia con el 239 del C.P.M., a los cuales debe someterse por remisión expresa contenida en el artículo 120 de la ley 836 de 2003.

Resulta oportuno aclarar al Juez de Conocimiento tres situaciones frente a este hecho: la primera, que el Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de Ingenieros de Movilidad y Contra movilidad Nro. 10 "*Gral. Manuel Alberto Murillo González*", tiene atribuciones disciplinarias pero no es la máxima autoridad con dichas atribuciones del Batallón. La segunda, que la vulneración al derecho fundamental la realiza la autoridad disciplinaria, no el funcionario que ostenta dicha autoridad. Y, la tercera, no se discute que el Comandante del Batallón sea el superior jerárquico con atribuciones disciplinarias del Ejecutivo y Segundo Comandante de la Unidad Militar.

Relacionados con la forma irregular en que se produjeron las decisiones de fondo de primera y segunda instancia

1.- Según el demandante, quienes profirieron las decisiones de fondo dentro del presente proceso, no son abogados; es decir, ni el Comandante, ni el Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de Ingenieros de Movilidad y Contramovilidad Nro. 10 "*Gral. Manuel Alberto Murillo González*" ostentan dicha idoneidad, por lo cual, resulta necesario que quien sustancie dichas providencias sea un abogado para atender todas las exigencias legales que imponen tales decisiones. En el presente caso eso ocurrió.

Lo preocupante y que afectó la imparcialidad de la decisión que hoy se ataca por vía judicial es que la misma abogada sustanció tanto el fallo de primera como de segunda instancia. Hecho que será probado con los oficios solicitados en el acápite de pruebas.

Relacionados con la infracción de las normas en que deberían fundarse las decisiones disciplinarias de fondo.

1.- La falta que se le imputó a mi poderdante y por la cual se le sancionó disciplinariamente con sesenta días de suspensión sin derecho a remuneración, es la prevista en el numeral 6 del artículo 59 de la ley 836 de 2003, la cual consistió en: provocar o dar lugar a accidentes fluviales por falta de previsión.

Dentro del material probatorio recaudado no obra ninguna prueba demostrativa que el

ahogamiento del soldado regular Castellar López Alfonso, hubiese sido como consecuencia de un accidente fluvial. En otras, porque en dicho siniestro tan particular deben existir unos presupuestos normativos tales como: i) que el accidente hubiese ocurrido en una vía fluvial. ii) que soldado regular Castellar López Alfonso hubiese estado dentro de una embarcación. iii) que la embarcación estuviese en movimiento. iv) que mi poderdante ó el soldado regular Castellar López Alfonso el día 02 de febrero de 2011, estuviese desarrollando una actividad fluvial; de lo contrario, el hecho investigado disciplinariamente no podría calificarse como un accidente fluvial.

Sin embargo, para determinar a ciencia cierta sí la falta por la cual se sancionó disciplinariamente al demandante, estaba debidamente probada en toda su estructura normativa, resulta necesario acudir ante las autoridades marítimas nacionales para que sean ellas quienes conceptúen sobre la expresión "*accidente fluvial*"; y, analizar el material probatorio recaudado a fin de determinar sí el demandante provocó o dio lugar a que el soldado Castellar López perdiera la vida.

Por lo anterior, manifiesta que el operador disciplinario incurrió en un defecto fáctico al valorar erróneamente en su conjunto el material probatorio, lo que dio lugar a sancionar al demandante con una falta que no se adecuaba a la conducta investigada generando como consecuencia la violación del derecho fundamental al debido proceso. 2.- Los operadores disciplinarios en su afán por sancionar disciplinariamente al demandante, desconocieron y omitieron declarar que los hechos investigados eran constitutivos de la causal de exoneración de responsabilidad nominada "*culpa exclusiva de la víctima*", a pesar de estar debidamente probado dicho eximente, lo cual conlleva a la vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, los elementos de la culpa de la víctima son: i) la imprevisibilidad, ii) la irresistibilidad, y iii) la exterioridad respecto del investigado o demandado.

El hecho causante del daño sin duda se generó cuando el soldado regular Castellar López Alfonso decidió lanzarse al pozo de agua sin ninguna medida de seguridad, por tratar de salvar la vida del demandante.

El señor Castellar López se metió por su propia voluntad en el pozo, tal como lo manifestaron los testigos presenciales del hecho: "*el soldado Castellar se lanzó a auxiliar a mi Sargento Salcedo*"

Respecto de dicha conducta, se puede aseverar que no era imprevisible que los militares subalternos que se encontraban en el Kiosco almorzando se metieran en el pozo para tratar de salvar la vida del demandante, pero si se tiene en cuenta que el soldado Castellar López se lanzó imprudentemente y sin tomar ninguna medida de precaución para evitar un daño a su vida o integridad física, luego éstas circunstancias se convierten en algo imprevisible para el sancionado disciplinariamente.

El daño causado por la conducta imprudente de la víctima era irresistible para el demandante en la medida en que no tenía la posibilidad de evitar dicho comportamiento del soldado Castellar, porque, de acuerdo a los testimonios, el conscripto nunca actuó en cumplimiento de una orden militar sino por iniciativa propia.

En relación con la exterioridad respecto del demandante no cabe duda que la causa del daño fue la conducta arriesgada del señor soldado regular Castellar López Q.E.P.D., la cual es totalmente ajena a las actividades propias que desempeñaba en el casino.

De lo anterior, se colige que las actividades determinantes para la producción del daño causado al señor soldado regular Castellar López fue su propio actuar imprudente, lo cual constituye causal de exoneración de responsabilidad disciplinaria a favor del demandante.

Relacionado con la cuantía

1. El último sueldo básico mensual devengado por mi Poderdante, más las primas y demás emolumentos laborales fue superior a CINCO MILLONES CUATROCIENTOS ONCE MIL NOVECIENTOS SETENTA PESOS CON TREINTA CENTAVOS (\$5.411.970,30).

V. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Considera que la entidad demandada vulnera entre otras las siguientes normas: Constitución Política: Arts. 2, 6, 25, 29, 48, 90, 218 y 222; Código Civil: Arts. 1613, y 1614; Ley 836 de 2003: Arts. 3, 4, 59 numeral 6°, 74, 78, 89, 93, 96 numerales 1, 2, 3 y 4, 160 numeral 1, 194 numeral 2; Código Contencioso Administrativo: Arts. 138 ss y cc.

Dentro de las normas que fueron violadas tanto por el fallador de primera como de segunda instancia dentro de la investigación disciplinaria Nro. 005-11 adelantada por el Batallón de Ingenieros de Movilidad y Contra movilidad Nro. 10 "*Gral. Manuel Alberto Murillo González*", con relación a la falta de competencia, se encuentran las siguientes: artículo 29 de la Constitución Política; artículos 4, 74, 78 y 160 numeral 1 de la Ley 836 de 2003, según mi concepto sobre la materia.

El Comandante del Batallón de Ingenieros de Movilidad y Contra movilidad Nro. 10 "*Gral. Manuel Alberto Murillo González*" inició la indagación preliminar disciplinaria Nro. 005-11, porque él, era el competente para investigar y sancionar o absolver al inculpado; sin embargo, no término lo que inició. Porque quien terminó la indagación preliminar ordenando la Apertura de Investigación Disciplinaria adelantada contra mi poderdante fue el Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de Ingenieros de Movilidad y Contra movilidad Nro. 10 "*Gral. Manuel Alberto Murillo González*".

Dentro de las normas que fueron violadas por el fallador de segunda instancia dentro de la investigación disciplinaria Nro. 005-11 adelantada por el Batallón de Ingenieros de Movilidad y

Contra movilidad Nro. 10 "*Gral. Manuel Alberto Murillo González*", con relación al impedimento para proferir fallo de segunda instancia, se encuentran las siguientes: artículos 231, 232 y 239 del Código Penal Militar; artículos 120 de la Ley 836 de 2003, según mi concepto sobre la materia.

En el momento procesal que el Comandante del Batallón de Ingenieros de Movilidad y Contra movilidad Nro. 10 "*Gral. Manuel Alberto Murillo González*" recibe la investigación disciplinaria Nro. 005-11 para decidir si absuelve o sanciona al investigado debió manifestarle al Comandante de la Décima Brigada Blindada del Ejército Nacional que se encontraba in curso en la causal 6 de impedimento prevista en el artículo 231 del C.P.M., para que decidiera si debía o no, ser sustraído del conocimiento del asunto; sin embargo, ello no ocurrió a pesar de que él ya había intervenido en la indagación preliminar disciplinaria, no sólo ordenando la apertura sino también decretando todas las pruebas que se recopilaron.

VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada vencido el término para contestar la demanda guardó silencio.

VII. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 18 de diciembre de 2012, la misma fue admitida por el Despacho el día 7 de marzo de 2013, las notificaciones al demandado al Procurador 75 Judicial Administrativo Delegado ante el Juzgado (fl.659), y se procedió a correr el traslado para la contestación de la demanda en la que la demandada guardó silencio. Vencido este término se dispuso a señalar el día 28 de enero de 2014, como fecha para realizar la audiencia inicial ordenada en el artículo 180 de la ley 1437/2011 (fl 665). En audiencia de pruebas realizada el 20 de noviembre de 2014, se aplaza la misma y se programa nuevamente audiencia para el día 15 de abril de 2015, se verifica que se aportaron los documentos solicitados y no habiendo más pruebas que practicar se corrió término para la presentación de los escritos de alegatos a las partes, según lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 181 de la ley 1437/2011. Luego de presentados los alegatos, se procede a proferir la presente sentencia.

VIII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante presentó sus alegatos de conclusión, refiriendo que está probado que los fallos proferidos dentro de la investigación disciplinaria No. 005-11, se incurrió en causal de nulidad por haberse expedido dichas decisiones por funcionarios que carecían de competencia. Que la autoridad Comandante de Batallón, que ordena la apertura de indagación preliminar y decreta las pruebas que sirve de fundamento para sancionar al hoy demandante.

Que el fallador de primera instancia asumió el conocimiento de la investigación, sin que se hubiese traspasado las atribuciones disciplinarias por parte del Comandante de Batallón, es decir dentro del expediente no existe ninguna prueba que explique o permita inferir por qué asume la investigación y emite sanción el Segundo Comandante.

El fallo disciplinario de segunda instancia fue proferido por el Comandante de Batallón quien ya había intervenido en la indagación preliminar ordenando la apertura de la misma y decretando pruebas que sirvieron para fundamentar el fallo de primera instancia, es decir, se configuró la causal de impedimento prevista en el numeral 6 del artículo 231 del C.P.M.

Los fallos de primera y segunda instancia fueron proferido con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió, ya que las atribuciones del comandante de Batallón no fueron traspasados al Segundo Comandante. Si se observa detenidamente la investigación disciplinaria allegada como prueba se puede evidenciar que previo a que se ordena la apertura de investigación disciplinaria no obra ninguna prueba que permita concluir que el Comandante del Batallón se ausentó del cargo, bien sea por vacaciones, licencia, permiso, comisión, enfermedad, muerte repentina, o por desaparición.

Que la valoración errónea del material probatorio conllevó a que se desconociera que el ahogamiento del soldado fue el resultado de la culpa exclusiva de la víctima, pues el señor Castellar López se metió por su propia voluntad en el pozo, tal como lo manifestaron los testigos presenciales del hecho: *"el soldado Castellar se lanzó a auxiliar a mi Sargento Salcedo"*. El hecho causante del daño sin duda se generó cuando el soldado regular Castellar López Alfonso decidió lanzarse al pozo de agua sin ninguna medida de seguridad, por tratar de salvar la vida del demandante.

Respecto de dicha conducta, se puede aseverar que no era imprevisible que los militares subalternos que se encontraban en el kiosco almorzando se metieran en el pozo para tratar de salvar la vida del demandante, pero si se tiene en cuenta que el soldado Castellar López se lanzó imprudentemente y sin tomar ninguna medida de precaución para evitar un daño a su vida o integridad física, luego éstas circunstancias se convierten en algo imprevisible para el sancionado disciplinariamente.

El daño causado por la conducta imprudente de la víctima era irresistible para el demandante en la medida en que no tenía la posibilidad de evitar dicho comportamiento del soldado Castellar, porque, de acuerdo a los testimonios, el conscripto nunca actuó en cumplimiento de una orden militar sino por iniciativa propia. En relación con la exterioridad respecto del demandante no cabe duda que la causa del daño fue la conducta arriesgada del señor soldado regular Castellar López (q.e.p.d.), la cual es totalmente ajena a las actividades propias que desempeñaba en el casino. De lo anterior, se colige que las actividades determinantes para la producción del daño causado al señor soldado regular Castellar López fue su propio actuar imprudente, lo cual constituye causal de exoneración de responsabilidad disciplinaria a favor del demandante.

La Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional, vencido el término para presentar sus alegatos de conclusión, guardó silencio.

IX. ACERVO PROBATORIO

Las partes dentro del presente proceso presentaron las siguientes pruebas.-

- ✓ Poder para actuar (fl. 16-17).
- ✓ Constancia de agotamiento de requisito de procedibilidad (fl.18-23).
- ✓ Resolución No. 1022 del 22 de junio de 2012, por medio del cual se ejecuta una sanción disciplinaria impuesta a un suboficial del Ejército Nacional (fl.24-26).
- ✓ Copia de proceso de investigación disciplinaria No. 005-11 (fl. 27-631).
- ✓ Original de certificado de salario correspondiente al Salcedo John Carlos (fl. 682-699).

X.- CONSIDERACIONES

10.1. Pronunciamiento sobre Nulidades, Presupuestos Procesales y Caducidad.

No encuentra el Despacho irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad parcial o total de lo actuado. Encuentra sí cumplidos los presupuestos procesales: i) Esta agencia judicial es competente en razón de la naturaleza del asunto y el lugar donde se impuso la sanción. ii) Tanto el demandante como la entidad demandada tienen capacidad sustancial y procesal. iii) La demanda fue presentada en tiempo, de modo que no ha ocurrido el fenómeno de la caducidad de la acción.

10.2. Problema Jurídico.

El Problema Jurídico en el sub-lite, consiste en determinar si en el presente caso procede la declaratoria de nulidad del acto administrativo mediante el cual en providencia de primera instancia de fecha Octubre 25 de 2011, proferido por el Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de Ingenieros de movilidad y Contra movilidad Nro. 10 "Gral. Manuel Alberto Murillo González"; del fallo disciplinario de segunda instancia de fecha Enero 24 de 2012 proferido por el Comandante del Batallón de Ingenieros de movilidad y Contra movilidad Nro. 10 "Gral. Manuel Alberto Murillo González"; los cuales dieron lugar a la expedición de la Resolución número 1022 de fecha Junio 22 de 2012, por parte del General Sergio Mantilla Sanmiguel Comandante del Ejército Nacional, mediante la cual resolvió ejecutar la sanción disciplinaria impuesta consistente en la suspensión de funciones en el ejercicio del cargo, sin derecho a remuneración por el término de 60 días e inhabilidad especial por el término de la suspensión para ejercer cargos y funciones públicas, o si por el contrario la actuación cuestionada se encuentra ajustada a la Constitución y a la Ley.

10.3. Antecedentes Jurisprudenciales y Normatividad Aplicable.

La Ley 836 del 16 de julio de 2003, por la cual se expide el reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares

(...)

Artículo 3º. Legalidad.- *Los destinatarios de este reglamento sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización.*

Artículo 4º. Debido Proceso.- Los destinatarios de este reglamento deberán ser investigados por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de la ley vigente al momento de la realización de la conducta.

(...)

De las atribuciones disciplinarias.

Artículo 72º Definición. Se entiende por atribución disciplinaria la facultad para premiar, sancionar y autorizar permisos, que tienen los superiores en relación con el personal que está bajo sus órdenes y responsabilidad.

(...)

Artículo 74º Competencia. Es competente para conocer y sancionar una falta el superior jerárquico con atribuciones disciplinarias bajo cuyas órdenes se encuentre el presunto infractor al momento de la comisión del hecho. Si este cambia de unidad por traslado o comisión del servicio, se dará aviso al nuevo superior para la notificación y ejecución de la sanción.

Artículo 78º en el Ejército Nacional.

Primer Grado: Para sancionar por faltas gravísimas. Es competente para sancionar a un oficial por faltas gravísimas el superior jerárquico, inmediato o no, dentro de la línea de dependencia del infractor, que sea comandante de unidad operativa mayor o menor o jefe de la respectiva jefatura dentro de la estructura orgánica del Cuartel General del Comando de la Fuerza.

(...)

Segundo Grado: Para sancionar faltas graves. El Oficial que sea superior jerárquico, inmediato o no, dentro de la línea de dependencia del infractor y que ostente como mínimo el grado de mayor.

(...)

Artículo 89º Traspaso de Atribuciones Disciplinarias.- En las ausencias temporales o accidentales no mayores de sesenta (60) días de los oficiales titulares de cargos de comando con competencia disciplinaria, bien sea por vacaciones, licencia, permiso, comisión, enfermedad, muerte repentina, o por desaparición, quienes lo sucedan en el cargo asumirán de inmediato la plenitud de las funciones y atribuciones disciplinarias correspondientes a dichos cargos, sin necesidad de que se expida disposición encargándolos de tales funciones.

Al efecto, bastará que la novedad se ordene, autorice o registre por la orden del día del comando inmediatamente superior, o por la del comando afectado cuando se trate de casos accidentales para que lo dispuesto en el inciso anterior comience a producir todos sus efectos.

(...)

Artículo 120° Causales de Recusación y de Impedimento. Son causales de recusación y de impedimento para los funcionarios de instrucción y superior competente, las establecidas en el Código Penal Militar.

A su turno el Código Penal Militar establece las causales de impedimento, de la siguiente forma:

(...)

Artículo 231° causales de impedimento.- Son causales de impedimento

(...)

6. Que el funcionario judicial haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado en el proceso, o sea cónyuge o compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, primero civil, o segundo de afinidad, del funcionario que dictó la providencia a revisar.

(...)

Artículo 160° Nulidades. Son causales de nulidad las siguientes:

1. La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo o tomar decisión de fondo.

2. La violación del derecho de defensa.

3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

4. Violación al principio de la jerarquía.

Parágrafo. No podrá declararse la nulidad de la actuación por causales distintas de las señaladas en este artículo.

(...)

Indagación Preliminar.

Artículo 166° Indagación Preliminar. En caso de duda sobre la procedencia de investigación disciplinaria, se podrá ordenar una indagación preliminar. Para ello el competente podrá

nombrar funcionario de instrucción.

Artículo 167° fines de la Indagación Preliminar. La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si esta es constitutiva de falta disciplinaria, si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de responsabilidad, e identificar al presunto infractor.

Artículo 168° Facultades en la Indagación Preliminar. Para el cumplimiento de los fines de la indagación preliminar, el funcionario competente o el instructor designado, podrán hacer uso de los medios de prueba legalmente reconocidos y oír en versión libre y espontánea a quienes consideren necesario para determinar la individualización o identificación de los intervinientes en el hecho investigado.

Podrá comisionarse para la práctica de todas las pruebas, según lo establecido en este reglamento.

(...)

Artículo 171° Terminación de la Indagación Preliminar. La indagación preliminar se dará por terminada con el auto que ordena la investigación respectiva o el archivo del expediente, providencias que serán dictadas solamente por el superior competente con atribuciones disciplinarias, y contra las cuales no procede recurso alguno.

(...)

Artículo 174° autoridad competente para ordenar la investigación. Son competentes para ordenar la investigación quienes tienen máxima atribución disciplinaria y los de primer y segundo grado

10.4.-El Caso en Concreto.-

Pretende el apoderado del demandante se decrete la nulidad de la resolución del acto administrativo mediante el cual en providencia de primera instancia de fecha Octubre 25 de 2011, proferido por el Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de Ingenieros de movilidad y Contra movilidad Nro. 10 "Gral. Manuel Alberto Murillo González"; el fallo disciplinario de segunda instancia de fecha Enero 24 de 2012 proferido por el Comandante del Batallón de Ingenieros de movilidad y Contra movilidad Nro. 10 "Gral. Manuel Alberto Murillo González"; los cuales dieron lugar a la expedición de la Resolución número 1022 de fecha Junio 22 de 2012, por parte del General Sergio Mantilla Sanmiguel Comandante del Ejército Nacional, mediante la cual resolvió ejecutar la sanción disciplinaria impuesta consistente en la suspensión de funciones en el ejercicio del cargo, sin derecho a remuneración por el término de 60 días e inhabilidad especial por el término de la suspensión

para ejercer cargos y funciones públicas en contra del señor John Carlos Salcedo pues considera que dicho acto fue expedido mediante falsa motivación, al no corresponder el acto con los hechos y el derecho.

Pues bien, este Despacho conforme a las pruebas contenidas y solicitadas dentro del proceso, y teniendo en cuenta que es el mismo ordenamiento jurídico (ley 836 de 2003), el que regula la institución de Nulidad, cuyas causales están contenidas en el artículo 160, encuentra este Despacho la configuración clara dentro de la actuación disciplinaria demandada, de la primera de las causales de nulidad: la falta de competencia del funcionario para proferir el fallo o tomar la decisión de fondo.

Dicha causal se fundamenta en el hecho de que fue un funcionario diferente con un cargo distinto el que decidió de la suerte de la indagación preliminar disciplinaria No. 011/2011, en atención que dicha actuación previa la inició el señor Teniente Coronel JORGE LUIS BULLA CASTAÑEDA, en su condición de Comandante del Batallón de Ingenieros de Movilidad y Contra Movilidad No. 10 "Gral. MANUEL ALBERTO MURILLO GONZALEZ", y la decidió de fondo el señor Mayor CESAR AUGUSTO BARRIOS REINA, en su condición de Ejecutivo y Segundo Comandante de dicha Unidad Militar; sin auto previo que le delegara tal atribución y/o competencia.

La apertura de la investigación disciplinaria se origina, de la indagación preliminar, de la queja, del informe o de oficio y cuando el superior competente encuentre establecida la existencia de la posible comisión de una falta y sobre el carácter de la falta disciplinaria encuentre la prueba del posible autor de la misma, conforme lo dispone el artículo 177 de la ley 836 de 2003. En este entendido, correspondía al mismo funcionario que adelantó la indagación preliminar, dar por terminada la actuación, disponiendo la apertura de la investigación y/o en su defecto ordenado el archivo del expediente, tal y como lo establece el artículo 171 ibídem, y no como sucedió en el caso sublite.

Esta irregularidad originada desde el proveído de fecha catorce (14) de Febrero de 2011, a través del cual dio por terminada la indagación preliminar y se ordenó la apertura de la investigación en contra del hoy demandante, configura una flagrante violación al debido proceso constitucional y legal, el primero de estos consagrado en el artículo 29 superior y el segundo en el artículo 4º de la Ley 836 de 2003, toda vez que la actuación debió adelantarse con total observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, toda vez que apareció en el curso procesal un funcionario extraño a la actuación adoptando una decisión sin ninguna facultad, atribución y/o competencia dentro de la indagación preliminar Disciplinaria No. 011/2011.

Lo anterior no quiere decir que para la fecha de los hechos el señor Mayor CESAR AUGUSTO BARRIOS REINA, en su condición de Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de Ingenieros de Movilidad y Contra Movilidad No. 10 "Gral. MANUEL ALBERTO MURILLO GONZALEZ", no tuviera atribución disciplinaria para investigación y sancionar al señor JOHN

CARLOS SALCEDO, toda vez que como se desprende del artículo 78 de la Ley 836 de 2003, que para sancionar faltas graves, solo es necesario ser el Oficial Superior Jerárquico, inmediato o no, dentro de la línea de dependencia del infractor y que ostente como mínimo el grado de mayor, requisitos que dicho ejecutivo poseía; pero no es menos cierto que dicha atribución ya la había ejercido otro funcionario con mayores atribuciones, que para el caso se trata del Comandante de la Unidad Militar, la cual ejerció a través de la apertura de la indagación preliminar Disciplinaria No. 011/2011, luego entonces correspondía a este último dar por terminada dicha actuación y decidirla conforme a las previsiones legales para tal fin, y que si a su criterio dentro de tal pronunciamiento estableciera que la competencia la ostentaba otro funcionario por grado y calificación de la falta, debió remitir la investigación al que considere tiene la competencia, mediante acto motivado. Sin embargo, al analizar los folios que anteceden la decisión de apertura de investigación disciplinaria no se advierte la existencia de ningún documento o providencia administrativa, que permita concluir que la intervención del Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de Ingenieros de Movilidad y Contra movilidad Nro. 10 "*Gral. Manuel Alberto Murillo González*" dentro de la indagación preliminar disciplinaria.

Por lo que se concluye que los actos administrativos objeto de la presente contención no están revestidos de legalidad, puesto que no fueron proferidos por los funcionarios competentes, contraviniendo el orden jurídico contenido en las normas en que se debieron fundarse y los motivos que le sirvieron de causa para su expedición. Ya que en el proceso contencioso administrativo la observancia del debido proceso, en virtud de los artículos 6, 121, 122 y 123 de la Carta, en un Estado de derecho las autoridades solamente pueden actuar conforme las competencias que les han sido otorgadas. Lo anterior tiene por finalidad delimitar el campo de acción, función o actividad que corresponde ejercer a una determinada entidad o autoridad pública, haciendo efectivo de esta manera el principio de seguridad jurídica

Por lo expuesto en precedencia, se accederá a las pretensiones debido a que se logró desvirtuar la presunción de legalidad de que gozaba los actos administrativos por lo que el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo complejo integrado por las providencias de primera instancia de fecha Octubre 25 de 2011, proferido por el Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de Ingenieros de movilidad y Contra movilidad Nro. 10 "*Gral. Manuel Alberto Murillo González*"; el fallo disciplinario de segunda instancia de fecha Enero 24 de 2012 proferido por el Comandante del Batallón de Ingenieros de movilidad y Contra movilidad Nro. 10 "*Gral. Manuel Alberto Murillo González*"; los cuales dieron lugar a la expedición de la Resolución número 1022 de fecha Junio 22 de 2012, por parte del General Sergio Mantilla Sanmiguel Comandante del Ejército Nacional, mediante la cual resolvió ejecutar la sanción disciplinaria consistente en la suspensión de funciones en el ejercicio del cargo, sin derecho a remuneración por el termino de sesenta (60) días e inhabilidad especial por el término de la suspensión para ejercer cargos y funciones públicas al demandante, y título de restablecimiento del derecho se ordenará que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados, el reconocimiento de la remuneración de

los sesenta (60) días de salario dejados de percibir, así como la nulidad de la inhabilidad especial por el término de la suspensión para ejercer cargos y funciones públicas impuesta a el señor Sargento Viceprimero del Ejército Nacional John Carlos Salcedo.

La suma ordenada a cancelar será objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según esta fórmula, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es el correspondiente al concepto indemnizatorio según liquidación de salarios y prestaciones, 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 debió hacerse el pago). Los intereses serán reconocidos conforme al último inciso del artículo 187 del C.P.A.C.A.

Costas.- De acuerdo con el artículo 188 del CPACA, en esta sentencia debe imponerse la condena en costas a la parte vencida y a favor de la parte demandante, las cuales se liquidaran por Secretaria. Para efectos de Agencias en Derecho se fija el 5% del monto de lo establecido en la demanda, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 6 del Acuerdo No 1887 de 2005, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la nulidad del acto administrativo complejo integrado por las providencias de primera instancia de fecha Octubre 25 de 2011, proferido por el Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de Ingenieros de movilidad y Contra movilidad Nro. 10 “Gral. Manuel Alberto Murillo González”; el fallo disciplinario de segunda instancia de fecha Enero 24 de 2012 proferido por el Comandante del Batallón de Ingenieros de movilidad y Contra movilidad Nro. 10 “Gral. Manuel Alberto Murillo González”; los cuales dieron lugar a la expedición de la Resolución número 1022 de fecha Junio 22 de 2012, por parte del General Sergio Mantilla Sanmiguel Comandante del Ejército Nacional, mediante la cual resolvió ejecutar la sanción disciplinaria consistente en la suspensión de funciones en el ejercicio del cargo, sin derecho a remuneración por el termino de sesenta (60) días e inhabilidad especial por el término de la suspensión para ejercer cargos y funciones públicas al el señor Sargento Viceprimero del Ejército Nacional John Carlos Salcedo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la NACION MINISTERIO DE DEFENSA EJERCITO NACIONAL BATALLÓN DE INGENIEROS DE MOVILIDAD Y CONTRA MOVILIDAD NRO. 10 "GRAL. MANUEL ALBERTO MURILLO GONZÁLEZ, que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados, el reconocimiento de la remuneración de los sesenta (60) días de salario dejados de percibir, así como la nulidad de la inhabilidad especial por el término de la suspensión para ejercer cargos y funciones públicas impuesta a el señor Sargento Viceprimero del Ejército Nacional John Carlos Salcedo.

Los valores que resultaren liquidados deberán actualizarse en la forma prevista en el artículo 192 del C.P.A.C.A., de conformidad la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a lo dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último párrafo del artículo 187 del C.P.A.C.A.

TERCERO: Negar las demás pretensiones solicitadas por la parte actora, por las razones ya expuestas.

CUARTO: La parte condenada cumplirá esta sentencia dentro de los términos consagrados en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

QUINTO: Condenar en costas a la entidad demandada. Para efectos de Agencias en Derecho se fija el 5% del monto de las pretensiones reconocidas.

SEXTO: Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

Notifíquese y Cúmplase.


JAIME ALFONSO CASTRO MARTÍNEZ
Juez Primero Administrativo del Circuito de Valledupar

PFMA.