



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00089-00

Cartagena de Indias D. T y C. dieciocho (18) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-008-2016-0089-00
Demandante	OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ
Demandado	NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL
Tema	Reintegro Laboral
Sentencia No	0538

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por el señor **OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ**, a través de apoderado judicial, contra la **NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL**.

2. ANTECEDENTES

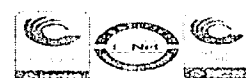
- PRETENSIONES

1-Se decrete la nulidad del Decreto No. 2015 de fecha 16 de Octubre de 2015, expedido por el Ministerio de Defensa, mediante el cual se hizo efectiva una sanción disciplinaria impuesta al Teniente de Fragata de la Armada Nacional **OSCAR ANDRES CARDERON DIAZ**, en cumplimiento de un fallo disciplinario, que dispuso separar en forma absoluta de las Fuerzas Militares – Armada Nacional a dicho Oficial y lo inhabilitó en forma general por el término de 10 años.

2-Que se decrete la nulidad del fallo disciplinario de primera instancia de fecha 14 de Octubre de 2014 proferido por el Comandante de Flotilla de Superficie del Pacifico, y del fallo disciplinario de segunda instancia de fecha 28 de Julio de 2015 proferido por el Comandante General de las Fuerzas Militares, que confirmó el de primera instancia, en los cuales se dispuso separar en forma absoluta de las Fuerzas Militares – Armada Nacional al Teniente de Fragata de la Armada Nacional **OSCAR ANDRES CARDERON DIAZ** y lo inhabilitó en forma general por el término de 10 años.

3-Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL**, a ordenar el reintegro del Teniente de Fragata **OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ** al mismo cargo y grado que ocupaba al momento de su retiro u otro de igual o superior categoría, con efectividad a partir de la fecha en que se efectuó el retiro y sin solución de continuidad, respetándosele el derecho a ascender al grado que corresponda teniendo en cuenta su antigüedad y los derechos que le asisten para ascender a un grado superior.

4-Que se ordene a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL**, a pagar a favor del señor **OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ**, de forma indexada, los sueldos, las prestaciones sociales de toda índole y reajustes y demás emolumentos y reconocimientos de los que gozan los miembros de las Fuerzas Militares, como subsidio de vivienda y otros dejados de percibir por el señor **OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ** durante el tiempo que permanezca separado de las Fuerzas Militares y hasta cuando sea efectivamente reintegrado.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00089-00

5-Que se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL, ascender al grado que corresponda al Teniente de Fragata OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, al momento de ordenar su reintegro a la Armada Nacional, con la misma antigüedad de sus compañeros de curso, dentro de la estructura y nomenclatura de la planta de personal como miembro de dicha institución.

6-Que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL, a cancelar las costas procesales, la devaluación.

7-Que se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL, que en cumplimiento de la sentencia pague a favor de la parte demandantes los intereses comerciales y moratorios a que haya lugar, de acuerdo a lo establecido en el artículo 197 y SS del CPACA.

8-Que se declare que para todos los efectos legales en general y para las prestaciones sociales y otras acreencias de orden laboral, no ha existido solución de continuidad de los servicios prestados por el señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, desde que fue desvinculado del servicio por parte de la entidad demandada hasta cuando sea efectivamente reintegrado.

9-Que ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 187 del CPACA.

10-Que se declare la responsabilidad de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL, por el daño antijurídico causado al señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ y a su núcleo familiar, en consecuencia, se condene a reconocer y pagar a título de indemnización por concepto de daños morales, causados con la expedición y ejecución de los actos administrativos demandantes, el equivalente a 100 SMLMV para el señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, en su condición de víctima directa, 100 SMLMV para KAREN STELLA TORRES ARAUJO, en su condición de cónyuge del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, 50 SMLMV para la menor THALIANA CALDERON TORRES, en su condición de hija del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ.

11-Que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL, reconocer y pagar a título de indemnización por concepto de daños materiales a favor del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, el valor de los sueldos, primas, vacaciones, cesantías, quinquenios, bonificaciones, dotaciones, incrementos salariales, aportes para seguridad social y demás emolumentos y derechos económicos dejados de percibir por el señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ durante el tiempo que permanezca separado de las Fuerzas Militares y hasta cuando sea efectivamente reintegrado.

10-Que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL, reconocer y pagar a título de indemnización por concepto de daño a la salud – relación vida a favor del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, el equivalente a 100 SMLMV para el señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, en su condición de víctima directa, 100 SMLMV para KAREN STELLA TORRES ARAUJO, en su condición de cónyuge del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, 50 SMLMV para la menor THALIANA CALDERON TORRES, en su condición de hija del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ.

- HECHOS

Como fundamentos facticos de sus pretensiones, la parte demandante, en concreto, planteó lo siguiente:

-El señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ estuvo vinculado en la Armada Nacional durante el periodo comprendido entre 19 de Febrero de 2003 hasta el 16 de Octubre de 2015.

-Dentro de la actuación disciplinaria que se adelantó contra el Teniente de Fragata de la Armada





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00089-00

Nacional OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, en la cual se expidió el fallo disciplinario de primera instancia de fecha 14 de Octubre de 2014 proferido por el Comandante de Flotilla de Superficie del Pacífico y el fallo disciplinario de segunda instancia de fecha 28 de Julio de 2015 proferido por el Comandante General de las Fuerzas Militares, que confirmó el de primera instancia, mediante los cuales se dispuso separar en forma absoluta de las Fuerzas Militares – Armada Nacional al Teniente de Fragata de la Armada Nacional OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ y se inhabilitó en forma general por el término de 10 años, se presentaron una serie de irregularidades que representaron una flagrante violación, de sus derechos al debido proceso, a la defensa y a la contradicción, entre las cuales, denunció, 1) el desconocimiento de los supuestos que permitían colegir que la conducta del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, que era investigada, no comportaba una ilicitud sustancial, 2) que se violó el principio de jerarquía y con ello la legalidad de las pruebas, ya que se permitió que se practicarán unas pruebas por un servidor de la Armada Nacional de inferior jerarquía al señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, 3) la inobservancia del principio de proporcionalidad entre la conducta investigada y la sanción impuesta, y 4) la indebida y/o falta de notificación de unas actuaciones en donde debía intervenir la defensa del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, - (como por ejemplo, en la formación de la prueba representada por la certificación jurada del señor Almirante HERNANDO WILLS VELEZ) -, entre otras.

-Con base en lo anterior, solicita que se declare la nulidad de los actos que denuncia como contrarios a derecho; en consecuencia, se ordene el reintegro del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ a un cargo de igual o superior categoría al que ocupaba en la Armada Nacional, con las consecuencias laborales-económicas y demás que de ello se derive.

- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION.

Considera el apoderado judicial de la accionante que con la expedición del acto acusado las accionadas ha trasgredido las siguientes normas:

- Constitucionales artículos 29, 32, 83, 228, 229 y 230.
- Leyes 734 de 2002 y 836 de 2003.

Como concepto de violación de las normas invocadas, reafirmó, que dentro de la investigación disciplinaria que se llevó a cabo en contra del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, y que terminó con decisión sancionatoria en su contra, se materializaron una serie de irregularidades que representaron una evidente violación de sus derechos al debido proceso, a la defensa y a la contradicción, entre las cuales, denunció, el desconocimiento de los supuestos que permitían colegir que la conducta del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, que era investigada, no comportaba una ilicitud sustancial, que se violó el principio de jerarquía y con ello la legalidad de las pruebas, ya que se permitió que se practicarán unas pruebas por un servidor de la Armada Nacional de inferior jerarquía al señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, la inobservancia del principio de proporcionalidad entre la conducta investigada y la sanción impuesta y la indebida y/o falta de notificación de unas actuaciones en donde debía intervenir la defensa del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, - (como por ejemplo, en la formación de la prueba representada por la certificación jurada del señor Almirante HERNANDO WILLS VELEZ) -, entre otras.

- CONTESTACIÓN

MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL

En el escrito de contestación de la demanda, argumentó, que se opone a la pretensión de la demanda que busca que se declare la nulidad del Decreto 2015 del 16 de octubre de 2016 – por





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00089-00

medio del cual se ejecutó los fallos disciplinarios mediante los cuales la ARMADA NACIONAL, sancionó al actor, ya que dicho acto es de ejecución y de acuerdo a lo dispuesto en el 42 numeral 1 de la Ley 1015 de 2006 y a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, los mismos no son susceptibles de ser atacado a través del medio de control.

Del mismo modo, arguyó, que se opone a las pretensiones restantes, ya que en los fallos objeto de la presente controversia, no se advierte vulneración del artículo 29 de la constitución política, en tanto que, al demandante se le permitió ejercer su derecho de defensa y contradicción en cada una de las etapas procesales y pese a ello, éste no pudo desvirtuar el pliego de cargo de las faltas disciplinarias que se le indilgaron.

Con base en lo anterior, solicitó negar las pretensiones de la demanda.

- TRAMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el día 06 de mayo de 2016; sin embargo, este Despacho al considerar que no era el competente envió el mismo a la Oficina de Apoyo Judicial para que fuera repartido entre los Jueces Administrativos del Circuito de San Andrés y Providencia, siéndole asignado al Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés y Providencia, quien procedió admitir dicho asunto mediante auto de fecha 07 de julio de 2016 y se le notificó al demandante por estado electrónico.

El día 16 de agosto de 2016 el apoderado de la parte demandante presentó reforma de la demanda.

Sin embargo, mediante auto de 18 de octubre de 2016, el Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés y Providencia, se declara incompetente para conocer el presente medio de control y ordena su remisión al H. Consejo de Estado para que dirima el conflicto negativo de competencia suscitado, quien por medio de proveído de fecha 04 de julio de 2017 resolvió que este Despacho es el competente para conocer el presente medio de control.

En tal virtud, este Despacho Judicial por medio de auto de fecha 17 de octubre de 2017 aprende el conocimiento del presente medio de control y admite la reforma de la demanda presentada por el apoderado de la parte demandante.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, y al Ministerio Público el 14 de noviembre de 2017 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Posteriormente, mediante auto de fecha 13 de marzo de 2018 se citó a las partes a audiencia inicial para el día 17 de abril de 2018, conforme con el artículo 180 del CPACA, en la cual se decretaron unas pruebas y se señaló el día 02 de agosto de 2018, como fecha para la celebración de la audiencia de prueba; llegado el día antes señalado se suspendió la audiencia de prueba hasta tanto se allegara la documentación solicitada; posteriormente, mediante auto de fecha 14 de septiembre de 2018, se señaló como fecha para reanudar la audiencia de prueba el día 24 de octubre de 2018, fecha en la cual se da por cerrado el debate probatorio y se corre traslado por 10 días para alegar.

- ALEGACIONES

DE LA PARTE DEMANDANTE. Reitera los argumentos expuestos en la demanda y reforma de la misma, consistentes, en que, dentro del proceso disciplinario en el que se le sancionó al señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, existieron muchas irregularidades que desconocieron normas constitucionales, tales como: el artículo 29, alusiva al debido proceso – derecho de defensa y contradicción, artículo 32 sobre presunción de inocencia, artículo 83 sobre buena fe, artículos 228, 229 y 230 sobre acceso a la justicia; y además, que desconocieron la norma rectora





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00089-00

en materia disciplinaria, es decir, la Ley 734 de 2002, a la cual se debe acudir para llenar los vacíos o darle sentido a las decisiones.

Que, la condena impuesta al señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, vulnera el principio de proporcionalidad, en tanto, aquella es tan grave que no guarda correspondencia con la conducta que se tuvo como cometida; que, ello obedeció entre otras cosas debido a la omisión de realizar el análisis y la calificación de la ilicitud sustancial de la conducta, prevista en materia disciplinaria.

DE LA PARTE DEMANDADA:

MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL

Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

En ese orden, reafirma, que no es posible acceder a la primera pretensión, con la que se busca que se declare la nulidad del Decreto 2015 del 16 de octubre de 2016 – por medio del cual se ejecutó la sanción impuesta al demandante, ya que, al ser dicho acto de ejecución, no es susceptibles de ser declarado nulo, de acuerdo a la Ley y a la jurisprudencia.

Igualmente, solicita que sean denegadas las demás pretensiones, ya que no se advierte vulneración del artículo 29 de la constitución política, en tanto que, al demandante se le permitió ejercer su derecho de defensa y contradicción en cada una de las etapas procesales y pese a ello, éste no pudo desvirtuar el pliego de cargo de las faltas disciplinarias que se le indilgaron.

Añade, que el señor OSCAR ANDRÉS CALDERON DIAZ, fue investigado disciplinariamente por haber incurrido en las faltas gravísimas a título de dolo, contempladas en el No. 30 y 33 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003, debido a que, durante los días 27 a 30 de mayo de 2011, cuando se desempeñaba como comandante del ARC Bahía Ultria abusó del ejercicio de sus funciones y en desarrollo de la operación militar No. 099 CFNP-MAILU II embarcó a la señora KAREN ESTELA TORRES ARAUJO a la unidad militar, no obstante que era civil, colocando en peligro la vida de dicha civil y en riesgo la operación militar que se encontraban desarrollando; además, que se probó dentro del proceso disciplinario, que prestó sin autorización prendas de uniforme militar a una civil, contraviniendo lo estipulado en el reglamento de uniformes de la Armada Nacional, Capítulo II, Segmento G, Numeral 111, uniformes 6C faena de la Disposición Comando Armada Nacional No. 002 del 1 de marzo de 2004, que señala que el overol azul y la gorra de mar azul son propias del uniforme que utiliza el personal de Suboficiales de las FFMM – Armada Nacional.

Que, mediante el fallo disciplinario de fecha 14 de octubre de 2014, se resolvió sancionar al demandante con separación absoluta de las FFMM e inhabilidad general por el término de once años, y se le dio la oportunidad de recurrir, y en fallo de segunda instancia de fecha 28 de julio de 2015 se confirmó el fallo de primera instancia, pero lo modificó en su numeral segundo, variando el término de inhabilidad a 10 años.

Por último, argumenta, que la entidad demandada dentro de la actuación disciplinaria adelantada en contra del demandante no hizo otra cosa diferente que aplicar la Ley 836 de 2003.

Con base en lo anterior, solicitó negar las pretensiones de la demanda.

MINISTERIO PUBLICO: No emitió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00089-00

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES

- PROBLEMA JURIDICO

Se contrae a determinar si el retiro del servicio del Teniente de Fragata de la Armada Nacional OSCAR ANDRES CARDERON DIAZ, estuvo conforme al procedimiento legal o si el mismo se produjo vulnerando su debido proceso y derecho de defensa; en consecuencia, establecer si el accionante tiene derecho a que se le reintegre a la Armada Nacional a un cargo de igual o superior categoría.

- TESIS

Este Despacho Judicial, luego de realizar el recuento pormenorizado de la actuación procesal disciplinaria dentro de la cual se sancionó al señor **OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ**, y un examen minucioso del mismo, no encuentra que en su interior se hayan materializados y que aún existan irregularidades de trascendencia tal que obliguen a colegir que las decisiones por medio de las cuales se sancionó al señor **OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ**, fueron proferidas dentro de un escenario procesal en el cual se desconoció el derecho al debido proceso del señor **CALDERON DIAZ**, y en especial, sus derechos a la defensa y a la contradicción, pues, en el discurrir de dicho examen, se pudo evidenciar que al señor **OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ**, se le permitió ser oído durante toda la actuación disciplinaria, se le notificaron las decisiones que eran adoptadas, se le permitió su participación desde su inicio hasta su culminación, la actuación fue adelantada por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, se le permitió solicitar, aportar y controvertir pruebas, y se le permitió impugnar cada una de las decisiones adoptadas.

De otro lado, no tiene asidero la parte demandante cuando señala que en la actuación dentro de la cual se sancionó al señor **OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ** se omitió pronunciarse respecto a la ilicitud sustancial de las conductas disciplinarias que se le indilgaron, pues, como se observó en los fallos sancionatorios, en ellos, se encontró demostrado y se dejó sentado el desconocimiento de los deberes funcionales del servidor público disciplinado prevalido de conocimiento e intención de hacerlo, el gran desmedro que le causó dicho desconocimiento al correcto o buen funcionamiento de la función pública y las demás importantísimas consecuencias que tal desconocimiento acarreó.

Pero además, como en el caso del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, al encontrarse probado que incurrió en las faltas disciplinarias gravísimas establecidas en los numerales 30 y 33 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003, se le impuso como sanción la separación absoluta de las fuerzas militares, con pérdida del derecho a concurrir a las sedes sociales y sitios de recreación de las Fuerzas Militares e inhabilidad para ejercer cargos públicos de once años, sin dejar de tener en cuenta que incurrió en dos circunstancias de agravación (numerales 4 y 6 art. 65 Ley 836 de 2003, cometer la falta para ocultar otra y, la jerarquía y mando que ejerce el funcionario) y solo una de atenuación (núm. 7. art. 64 Ley 836 de 2003, la buena conducta anterior), estima este Despacho que la dosificación o adecuación de la sanción disciplinaria impuesta se realizó de forma correcta.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00089-00

Finalmente ha de indicarse que el Decreto No. 2015 de fecha 16 de Octubre de 2015, expedido por el Ministerio de Defensa, por medio del cual ejecutó la sanción disciplinaria, no es susceptible de control por vía Contenciosa Administrativa, toda vez que, se trata de un acto de ejecución de la sanción disciplinaria que le fue impuesta al demandante y atendiendo a la Jurisprudencia del Consejo de Estado su utilidad en esta materia únicamente radica en servir de parámetro para el inicio de la contabilización de los términos de caducidad de la acción.

Por lo tanto, teniendo en cuenta todas las consideraciones antes expuestas estima este Despacho que las pretensiones deprecadas por la parte demandante no tienen vocación de prosperidad, y en tal virtud las mismas serán negadas.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

- **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

Potestad disciplinaria.

Para ilustrar lo referente a la prerrogativa y/o potestad disciplinaria del Estado, por su claridad se expone un aparte de lo que la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-028 de 2006, MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, en los siguientes términos:

“El ejercicio de la potestad disciplinaria es una de las más importantes manifestaciones del ius puniendi estatal, la cual tiene como objetivo fundamental prevenir y sancionar aquellas conductas que atenten contra el estricto cumplimiento de los deberes que se imponen a los servidores públicos u obstaculicen el adecuado funcionamiento de la administración pública, es decir, la potestad disciplinaria corrige a quienes en el desempeño de la función pública contraríen los principios de eficiencia, moralidad, economía y transparencia, entre otros, que necesariamente deben orientar su actividad. (...) En dicho sentido, esta Corporación precisó que “la ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro.”

En esta providencia la Corte declaró la exequibilidad de algunos numerales de los artículos 44, 45 y 46 de la Ley 734 de 2002.

Bajo este contexto, tal y como se señaló en sentencia C-280 de 1996, puede decirse que el derecho disciplinario “es consustancial a la organización política y absolutamente necesario en un Estado de Derecho (CP art. 1°), por cuanto de esa manera se busca garantizar la buena marcha y buen nombre de la administración pública, así como asegurar a los gobernados que la función pública sea ejercida en beneficio de la comunidad y para la protección de los derechos y libertades de los asociados (CP art. 6°)”

Entonces, resulta claro que el modelo de Estado adoptado por Colombia pone de presente, en las diferentes normas constitucionales, que el cumplimiento de las finalidades básicas y fundamentales por él trazadas, se logra a través del desarrollo de las funciones públicas atribuidas a los servidores públicos y a ciertos particulares, razón por la cual, dada la indiscutible relevancia





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00089-00

que el buen ejercicio de dichas labores reviste, se hace indispensable la instauración de un régimen de responsabilidades que garantice el efectivo desempeño de las referidas tareas.

Sobre este aspecto en particular, dicha Corporación afirmó que “la disciplina, que condiciona y somete el comportamiento del individuo a unos específicos y determinados parámetros de conducta, “es elemento necesario en toda comunidad organizada; factor esencial de su funcionamiento; presupuesto y requisito de su operatividad y eficacia”, razón por la cual justifica su existencia, permanencia y consolidación en todos los ámbitos de la actividad pública como privada”.

Así las cosas, debe afirmarse que el derecho disciplinario pretende garantizar la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo, cometido éste que se vincula de manera íntima al artículo 209 de la Carta Política porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliera los principios de “igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” a que hace referencia la norma constitucional.”

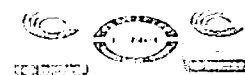
Competencia atribuida a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en lo que se refiere al control judicial de la potestad disciplinaria.

Conforme lo esbozado en renglones precedentes, según el diseño Constitucional y legal nuestro, la potestad disciplinaria corresponde al Estado y la acción se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, a quien se le reconoce un poder preferente, que no excluye la facultad que tienen algunas entidades - como ejército Nacional - en esta materia, pero, en ambos casos, sometida al control judicial por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ahora, la doctrina de la Corte Constitucional ha expuesto que dicho control no se ejerce de cualquier modo, sino que está sujeto a limitaciones que lo alejan de convertirse en una tercera instancia, sin embargo, esta posición no puede ser interpretada en el sentido de limitar las facultades de control del juez contencioso-administrativo ni de impedirle realizar un examen integral de las pruebas con base en las cuales se adoptaron las decisiones administrativas disciplinarias sujetas a su control.

El Consejo de Estado ha subrayado, y desea enfatizarlo en la presente providencia, que la diferencia fundamental que existe entre la actividad y valoración probatoria del fallador disciplinario, y la actividad y valoración probatoria del juez contencioso administrativo -en virtud de la cual el proceso judicial contencioso no puede constituir una tercera instancia disciplinaria-, no implica bajo ninguna perspectiva que el control jurisdiccional de las decisiones disciplinarias sea restringido, limitado o formal, pues debe aplicar, en tanto parámetros normativos, no sólo las garantías puramente procesales, sino también las disposiciones sustantivas de la Constitución Política que resulten relevantes; así lo ha expuesto -por ejemplo- en la Sentencia del 10 de marzo de 2011, donde dice:

“La Corporación ha sostenido en diversos pronunciamientos que en materia disciplinaria, la revisión de legalidad de estas decisiones dadas las prerrogativas procesales propias de ese procedimiento, no debe repetir el debate agotado ante la autoridad administrativa competente. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad y





Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00089-00

restablecimiento, no es una simple extensión del trámite disciplinario, sino que es funcionalmente distinto. El control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especialidad y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba, como si se tratara de una tercera instancia. Empero, tampoco implica la intangibilidad de los actos de juzgamiento disciplinario, pues ellos están sometidos a la jurisdicción, aunque no de cualquier manera, sino con marcadas restricciones. Corresponde entonces a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, entre otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario se haya ajustado a las garantías constitucionales básicas, es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba, a condición de que dicha prueba sea manifiestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales, o sea, aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa. También es pertinente el análisis de legalidad, cuando en dicho proceso se ven comprometidos derechos de rango constitucional, como el debido proceso, la presunción de inocencia, el buen nombre, el honor y la dignidad, entre otros. En suma, a la jurisdicción le corresponde proteger al ciudadano de la arbitrariedad, de la desmesura, de la iniquidad, de la ilegalidad, en fin, de las conductas de la administración que vayan contra la Constitución y la ley, pero dentro del marco señalado precedentemente."

Consecuente con la posición anterior, pero de manera más explícita, esa Corporación en reciente fallo de la Sección Segunda, Subsección "A", del 2 de mayo de 2013¹, sentó doctrina, conforme la cual el control que ejerce esta jurisdicción sobre actos disciplinarios es pleno y no admite interpretaciones restrictivas, en los siguientes términos: *"El control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos administrativos disciplinarios proferidos por la Administración Pública o por la Procuraduría General de la Nación es un control pleno e integral, que se efectúa a la luz de las disposiciones de la Constitución Política como un todo y de la ley en la medida en que sea aplicable, y que no se encuentra restringido ni por aquello que se plantee expresamente en la demanda, ni por interpretaciones restrictivas de la competencia de los jueces que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa."*

La entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, con su catálogo de derechos fundamentales y sus mandatos de prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones de la administración de justicia (art. 228, C.P.) y de prevalencia normativa absoluta de la Constitución en tanto norma de normas (art. 4, C.P.), implicó un cambio cualitativo en cuanto al alcance, la dinámica y el enfoque del ejercicio de la función jurisdiccional, incluyendo la que ejercen los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa (incluyendo al Consejo de Estado).

En efecto, según lo han precisado tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, la plena vigencia de los derechos y garantías fundamentales establecidos por el constituyente exige, en tanto obligación, que los jueces sustituyan un enfoque limitado y restrictivo sobre el alcance de sus propias atribuciones de control sobre los actos de la administración pública, por un enfoque garantista de control integral, que permita a los jueces verificar en casos concretos si se ha dado pleno respeto a los derechos consagrados en la Carta Política.

Esta postura judicial de control integral del respeto por las garantías constitucionales contrasta abiertamente con la posición doctrinal y jurisprudencial prevaleciente con anterioridad, de





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00089-00

conformidad con la cual las atribuciones del juez contencioso-administrativo son formalmente limitadas y se restringen a la protección de aquellos derechos y normas expresamente invocados por quienes recurren a la justicia, posición -hoy superada- que otorgaba un alcance excesivamente estricto al principio de jurisdicción rogada en lo contencioso-administrativo.

Este cambio, constitucionalmente impuesto y de gran calado, se refleja nitidamente en un pronunciamiento reciente del Consejo de Estado, en el cual la Sección Segunda-Subsección "B" de esta Corporación, recurriendo a los pronunciamientos de la Corte Constitucional y dando aplicación directa a los mandatos de la Carta, rechazó expresamente una postura restrictiva que limitaba las facultades garantistas del juez contencioso-administrativo en materia de control de las decisiones disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación con base en el principios de jurisdicción rogada y adoptó en su reemplazo una postura jurisprudencial que exige a las autoridades jurisdiccionales realizar, en tanto obligación constitucional, un control sustantivo pleno que propenda por materializar, en cada caso concreto, el alcance pleno de los derechos establecidos en la Constitución... (...)

En este sentido, el Consejo de Estado ha subrayado, y desea enfatizar en la presente providencia, que la diferencia fundamental que existe entre la actividad y valoración probatoria del fallador disciplinario, y la actividad y valoración probatoria del juez contencioso administrativo -en virtud de la cual el proceso judicial contencioso no puede constituir una tercera instancia disciplinaria-, no implica bajo ninguna perspectiva que el control jurisdiccional de las decisiones disciplinarias sea restringido, limitado o formal, ni que el juez contencioso carezca de facultades de valoración de las pruebas obrantes en un expediente administrativo sujeto a su conocimiento; y también ha explicado que el control que se surte en sede judicial es específico, y debe aplicar en tanto parámetros normativos no sólo las garantías puramente procesales sino también las disposiciones sustantivas de la Constitución Política que resulten relevantes..."

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

- CASO CONCRETO

Según se extrae de las piezas procesales obrantes en el expediente objeto de estudio, los supuestos facticos que dieron origen a la actuación disciplinaria que se examinan se expusieron así:

"el día 30 de mayo de 2011, en horas de la mañana, se tiene conocimiento que en la Unidad "Bahía Utria" LCU-253 que en aquel momento se halla en cumplimiento de la Orden de Operación Marítima No. 099-CFNP-11 "MALIBU II" en el Municipio de Guapi, luego de tres días de haber zarpado de la Base Naval "Málaga", se encuentra la esposa del señor Comandante de aquella Unidad, motivo por el cual mediante llamada telefónica el señor Comandante de la Fuerza Naval del Pacífico le cuestionó sobre esa posible pasajera al señor Teniente de Fragata OSCAR ANDRÉS CALDERÓN DÍAZ, Comandante del precitado Buque, quien respondió que era mentira; a la par de aquella conversación, procede a uniformar a su señora esposa quien efectivamente se hallaba en la Unidad, y desembarcarla en el bote de la Unidad hacia Guapi, luego ordenó una formación con el propósito de conocer el punto de vista de la tripulación referente a los hechos que se hallaban ocurriendo y acto seguido los instruyó en una versión falaz de los hechos con el propósito de ser rendida en las declaraciones; luego de aquellas diligencias y de percatarse que su versión no había sido acatada en su totalidad, nuevamente el hoy investigado ordenó una formación con el fin de recriminar a la tripulación por lo que él denominó falta de lealtad."





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00089-00

Del proceso disciplinario seguido en contra del señor OSCAR ANDRÉS CALDERON DIAZ:

En razón a tales hechos, mediante proveído de fecha 30 de mayo de 2011, el Teniente Coronel RAFAEL OLAYA QUINTERO – Comandante del Batallón Fluvial de I.M. No. 10, ordenó la apertura de la Indagación Preliminar para identificar los responsables de los hechos denunciado, se decretaron unas pruebas, entre las cuales estuvo el llamado a rendir declaración juramentada al señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, y designó como funcionario instructor al Teniente de Fragata EFREN CARRASCAL TRIANA.

Luego, al estimar que no se tenía competencia para conocer de dicho asunto, en razón a que el personal vinculado pertenecía a la LCU 253 Bahía Utría, por ende, jerárquicamente dependiente de la Flotilla de Superficie del Pacífico, mediante auto de fecha 02 de junio de 2011, se ordenó remitir por competencia al Comandante de Flotilla de Superficie del Pacífico.

Ya, en manos del Comando de Flotilla de Superficie del Pacífico, mediante auto de fecha 21 de junio de 2011, avocó el conocimiento de dicha actuación, y en esa misma fecha, se resolvió abrir formalmente investigación disciplinaria en contra del Teniente de Fragata OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, se decretaron unas pruebas, entre las cuales estuvo el llamado a rendir versión libre al señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, y se designó como funcionario de Instrucción al Capitán de Corbeta DORIAN LEANDRO TOLOSA CÁCERES. Ver Folios 678 a 687.

Dicha decisión se le notificó de manera personal al señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, el día 08 de julio de 2011, y se le dieron a conocer sus derechos, incluso, se le informó que tenía derecho a designar un apoderado. Ver Folio 690.

Acto seguido, el señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, solicitó copias de todo lo actuado y éstas le fueron entregadas el día 04 de agosto de 2011. Ver Folio 716.

El día 10 de agosto de 2011, se practica diligencia de versión libre del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, quien se encontraba acompañado de su apoderado de confianza. Ver Folio 719.

Luego, a través de auto de fecha 10 de agosto de 2011, se accede a la solicitud de nulidad deprecada por el apoderado del Teniente de Fragata OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, y en tal virtud, se declaró inexistentes unas declaraciones, pero se decreta la práctica de otras declaraciones. Esta decisión se notificó por estado el día 12 de agosto de 2011 y de forma personal a su apoderado el 15 de septiembre de 2011 y al investigado el día 11 de octubre de 2011. Ver Folios 722 a 725, 726, 732 y 738.

Tiempo después, por medio de auto de fecha 21 de octubre de 2011, se ordenó el testimonio por certificación jurada del Contralmirante HERNANDO WILLS VELEZ. Esta decisión se notificó por estado el día 24 de octubre de 2011. Ver Folios 742.

En diligencia llevada a cabo el día 07 de diciembre de 2011, el señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, renunció a su derecho a ser escuchado en diligencia de versión libre y espontánea y se reservó el derecho a ser escuchado posteriormente. Ver Folios 787.

Posteriormente, mediante auto de fecha 12 de junio de 2012, se declaró cerrada la investigación y se corrió traslado a las partes por el término de 10 días hábiles para que presenten los alegatos pre-clasificatorios. Esta decisión se le notificó personalmente a la apoderada del investigado el día 14 de junio de 2012. Ver Folio 808.

A continuación, mediante proveído de fecha 10 de julio de 2012, se le formuló cargos al Teniente de Fragata OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ. Esta decisión se le notificó personalmente a la





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00089-00

apoderada del investigado el día 25 de julio de 2012 y al investigado el día 08 de agosto de 2012. Ver Folios 859 y 881.

Seguidamente, mediante auto de fecha 06 de septiembre de 2012, se niega la solicitud de archivo de la actuación deprecada por el apoderado del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, y así, se confirma el proveído de fecha 10 de julio de 2012.

Luego, mediante auto de fecha 10 de octubre de 2012, se corre traslado al investigado y a su apoderado por el termino de 10 días para presentar alegatos de conclusión.

Sin embargo, mediante auto de fecha 11 de octubre de 2012, se declaró la nulidad del auto de fecha 10 de octubre de 2012 y se negó por improcedente el recurso de reposición interpuesto por la apoderada de la parte demandante. Esta decisión se notificó por estado el día 11 de octubre de 2012. Ver Folio 912.

Nuevamente, mediante auto de fecha 06 de noviembre de 2012, se corre traslado al investigado y a su apoderado para presentar alegatos de conclusión. Esta decisión se notificó por estado el día 09 de noviembre de 2012. Ver Folio 916.

La parte demandante presentó sus alegatos de conclusión. Ver Folio 921 a 932.

Después de surtirse las diligencias procesales antes señaladas, mediante fallo de fecha 02 de enero de 2013, se sancionó al señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, con separación absoluta de las Fuerzas Militares e inhabilidad general por el término de 18 años. Inconforme con dicha decisión el apoderado del demandante presento recurso de apelación en contra de la misma. Ver folios 1001 a 1009.

Posteriormente, mediante auto de fecha 19 de junio de 2013, se rechaza la solicitud de nulidad presentada por el apoderado del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ y se concede el recurso de apelación interpuesto por el mismo. Esta decisión se notificó por estado el día 24 de junio de 2013. Ver Folio 1033.

Sin embargo, mediante auto de fecha 29 de noviembre de 2013, el Comando General de las Fuerzas Militares, resolvió revocar totalmente el fallo sancionatorio de fecha 02 de enero de 2013 y decretó la nulidad parcial de lo actuado a partir del auto de cargos de fecha 10 de julio de 2012. Esta decisión se notificó de forma personal a su apoderado el 20 de enero de 2014. Ver Folio 1064.

Nuevamente, mediante proveído de fecha 03 de febrero de 2014, se le formuló cargos al Teniente de Fragata OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ. Esta decisión se notificó de forma personal al investigado el 18 de febrero de 2014. Ver Folio 1110.

El apoderado del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, presentó solicitud de nulidad. Ver folios 1118 a 1129.

Luego, mediante auto de fecha 22 de abril de 2014, no se accede a la solicitud de nulidad deprecada por el apoderado del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ.

Seguidamente, mediante auto de fecha 03 de junio de 2014, se corre traslado al investigado y a su apoderado por el término de 10 días para presentar alegatos de conclusión. Esta decisión se le notificó de manera personal al apoderado del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, el día 15 de julio de 2014.

La parte demandante presentó sus alegatos de conclusión. Ver Folio 1166 a 1170.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00089-00

Después de surtir las diligencias procesales antes señaladas, mediante fallo de fecha 14 de octubre de 2014, proferido por el Comando de Flotilla de Superficie del Pacífico – Capitán de Navío HERNANDO ENRIQUE MATTOS DAGERD se resolvió declarar probados los cargos indilgados al Teniente de Fragata OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, en consecuencia, lo sancionó disciplinariamente con separación absoluta de las Fuerzas Militares e Inhabilidad General por el Terminio de Once Años, además, a la pérdida del derecho a concurrir a las sedes sociales y sitios de recreación de las Fuerzas Militares. Esta decisión se le notificó personalmente al señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ y a su apoderado el día 22 de octubre de 2014. Ver folios 1240 y 1245.

Inconforme con dicha decisión el apoderado del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, interpuso el recurso de apelación. Ver folios 1248 a 1267.

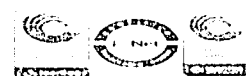
Inconforme con dicha decisión, el día 29 de octubre de 2014, el apoderado del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, interpuso recurso de apelación contra la misma.

Posteriormente, mediante fallo de segunda instancia de fecha 28 de julio de 2015, proferido por el Comando General de las Fuerzas Militares – General JUAN PABLO RODRIGUEZ BARRAGAN, se resolvió confirmar el fallo de fecha 14 de octubre de 2014, pero se modificó el numeral segundo del fallo de primera instancia, en el sentido de que la inhabilidad será de 10 años. Esta decisión se le notificó personalmente al apoderado del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ el día 13 de agosto de 2015, y a éste el día 21 del mismo mes y año. Ver folios 1354 y 1360.

Pues bien, este Despacho Judicial, luego de realizar el recuento pormenorizado de la actuación procesal disciplinaria dentro de la cual se sancionó al señor **OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ**, y un examen minucioso del mismo, no encuentra que en su interior se hayan materializados y que aún existan irregularidades de trascendencia tal que obliguen a colegir que las decisiones por medio de las cuales se sancionó al señor **OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ**, fueron proferidas dentro de un escenario procesal en el cual se desconoció el derecho al debido proceso del señor **CALDERON DIAZ**, y en especial, sus derechos a la defensa y a la contradicción, pues, en el discurrir de dicho examen, se pudo evidenciar que al señor **OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ**, se le permitió ser oído durante toda la actuación disciplinaria, se le notificaron las decisiones que eran adoptadas, se le permitió su participación desde su inicio hasta su culminación, la actuación fue adelantada por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, se le permitió solicitar, aportar y controvertir pruebas, y se le permitió impugnar cada una de las decisiones adoptadas.

De otro lado, respecto a la supuesta omisión en que incurrieron las autoridades que conocieron y resolvieron el caso del señor **OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ**, de pronunciarse respecto a la ilicitud sustancial de las conductas disciplinarias que se le indilgaron, el Despacho, de cara a lo demostrado en la actuación disciplinaria, se permite acometer el siguiente análisis:

De acuerdo a la decisión de fecha 14 de octubre de 2014, proferida por el Comando de Flotilla de Superficie del Pacífico – Capitán de Navío HERNANDO ENRIQUE MATTOS DAGERD, mediante la cual se sancionó disciplinariamente con separación absoluta de las Fuerzas Militares e Inhabilidad General al señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, además, a la pérdida del derecho a concurrir a las sedes sociales y sitios de recreación de las Fuerzas Militares, y confirmada parcialmente por medio de fallo de segunda instancia de fecha 28 de julio de 2015, proferido por el Comando General de las Fuerzas Militares – General JUAN PABLO RODRIGUEZ BARRAGAN, al señor OSCAR ANDRES





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00089-00

CALDERON DÍAZ, se le declaró disciplinariamente responsable de las conductas tipificadas en los numerales 30 y 33 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003.

La conducta disciplinaria descrita en el numeral 30 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003, consiste en *"Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la Ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo"*

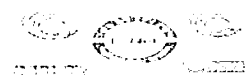
Y en el caso del señor OSCAR ANDRES CALDERON DÍAZ, la descripción típica consagrada en la Ley Penal sancionable a título de dolo que se le atribuyó, fue la establecida en el artículo 416 del Código Penal, es decir, el tipo penal de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, que establece que: *"El Servidor Público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público"*.

Y para adoptar esa decisión final, según se desprende de los fallos por medio de los cuales se sancionó al señor OSCAR ANDRES CALDERON DÍAZ, se tuvieron en cuenta las siguientes consideraciones:

Como primera medida, se encontró acreditado la calidad de Servidor Público del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, por ser en el momento de los hechos Oficial de la Armada Nacional, así mismo, se encontró probado la extralimitación de sus funciones y el abuso de autoridad por parte de dicho servidor público, al haber embarcado en la unidad ARC "Bahía Utria" e involucrado a su señora esposa sin fundamento alguno en la misión asignada, cuando el Comandante de la Fuerza en la Orden de Operación Marítima No. 099-CFNP-11 "MALIBU II", indicó de manera expresa el personal que hacía parte de la tripulación de la unidad ARC "Bahía Utria".

Como pruebas de estos hechos, en los fallos sancionatorios, se tuvieron en cuenta el certificado donde consta la calidad de militar del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ y las declaraciones testimoniales rendidas por los señores Marinero Segundo PEDRO ALFONSO RODRIGUEZ DIAZ, Marinero Primero OSCAR MOISES LUCHETTA ANICHARICO, Marinero Segundo JESSID DAVID ANAYA MIRANDA, Marinero Primero VICTOR MANUEL LEAL BOHORQUEZ, Marinero Segundo MANUEL FERNANDO OSORIO RAMIREZ, Marinero Segundo GIOVANY LEONARDO CAMACHO LEAL, Suboficial Jefe WILSON RAFAEL ACOSTA SARMIENTO, Marinero Segundo ARROW EIVAR ALCALÁ CARRASQUILLA, Marinero Primero ARMANDO JOSÉ GUERRERO GUERRERO, Almirante HERNANDO WILLS VELEZ, quienes manifestaron al unísono que el señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ embarcó en la unidad ARC "Bahía Utria" e involucró en la operación encomendada a su señora esposa.

Con relación a la conducta cometida por el señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, en los fallos sancionatorios se explicó que: *"El señor Teniente de Fragata OSCAR ANDRES CALDERON, incurrió en falta disciplinaria, al afectar sin justificación alguna el deber funcional, desarrollando en sí mismo su actuar sin justificación alguna, por contrariar el ordenamiento, al trasgredir lo dispuesto en la Orden de Operación Marítima No. 099-CFNP-11 "MALIBU II", proferida por el Comando Fuerza Naval del Pacífico para el Buque ARC "Bahía Utria", la cual indicaba claramente el personal involucrado en la misma, y donde no se encontraba personal civil y mucho menos la*





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00089-00

esposa del Comandante, poniendo en riesgo la operación militar, a la tripulación y la vida misma de la persona ajena a la institución, toda vez que la razón de ser de la operación cambió, así como la disposición de la tripulación a bordo de la nave, pues sus actuaciones deberán tener en cuenta la protección de la persona ajena a ésta y que se encuentra con ellos irregularmente. Así mismo es injusto en la medida que con la permanencia de ésta persona en la Unidad Militar mientras se desarrollaba una operación militar, hace que pierda su status de protección, haciéndola participe de las hostilidades de acuerdo con el DIH". Subrayas del Despacho.

Así mismo, se explicó que: "es preciso resaltar que en el presente caso al disciplinado le correspondía cumplir en debida forma con las funciones que como Comandante Operativo del ARC "Bahía Utria", le habían sido asignada y que como militar estaba en la obligación de ejecutar con exactitud y eficientemente, pero se desprende del acervo probatorio obrante en el expediente, que fue en contravía del correcto desempeño de la función que le exigía su cargo y su conducta afectó su deber funcional, ya que con su actuar no solo desconoció la orden que se le había impartido, sino además no obró conforme lo estipulado en la Orden de Operaciones vigente para la fecha de los hechos, por lo que inobservó un deber que se traduce en la vulneración de la función pública, así como quedó comprobado que esto repercutió en la unidad, al generar un malestar e inconformidad, al punto que uno de los tripulantes, fue el que comunicó de la novedad a los altos mandos."

De lo anterior se desprende entonces, que no tiene asidero la parte demandante cuando señala que en la actuación dentro de la cual se sancionó al señor **OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ** se omitió pronunciarse respecto a la ilicitud sustancial de las conductas disciplinarias que se le indilgaron, pues, como se observó en los fallos sancionatorios, en ellos, se encontró demostrado y se dejó sentado el desconocimiento de los deberes funcionales del servidor público disciplinado prevalido de conocimiento e intención de hacerlo, el gran desmedro que le causó dicho desconocimiento al correcto o buen funcionamiento de la función pública y las demás importantísimas consecuencias que tal desconocimiento acarreo.

Por otro lado, la conducta disciplinaria descrita en el numeral 33 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003, consiste en "Prestar sin autorización a persona o a entidades no militares equipo, armamento o prendas de uniforme"

Pues bien, en relación con esta conducta, en los fallos sancionatorios, se indicó, que de acuerdo a las declaraciones testimoniales recepcionadas y al material fotográfico recaudado, se pudo deducir, que el señor **OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ**, al percatarse que sus superiores se enteraron de su conducta irregular le proporcionó prendas de uniforme de la Armada Nacional a su esposa con la finalidad de embarcarla en el bote de motor del ARC "BAHÍA UTRIA", y así poder encubrir su falta; y se hizo claridad en que la esposa del disciplinado portó un uniforme azul tipo overol de trabajo de la Armada Nacional, con gorra de mar, sin tener la calidad de militar y sin la debida autorización correspondiente.

Por último, se indicó, que, según lo probado en el proceso, se entiende que el señor Teniente de Fragata **OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ**, incurrió en una falta disciplinaria, que tiene un grado de ilicitud sustancial suficiente para ser objeto de reproche en el sentido que con su proceder no salvaguardó lo dispuesto en las disposiciones internas de la Armada Nacional, observándose así con su comportamiento consistente en





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00089-00

prestar a su señora esposa prendas de un uniforme de la Institución, se adecua perfectamente a la descripción típica que comporta la falta disciplinaria descrita en el numeral 33 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003, sin vislumbrar pruebas que conlleven a demostrar que obró alguna causal de exclusión de responsabilidad prevista en la Ley.

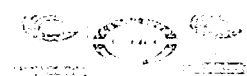
De allí entonces, que se reafirme que no le asiste razón a la parte demandante cuando señala que en la actuación dentro de la cual se sancionó al señor **OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ** se omitió pronunciarse respecto a la ilicitud sustancial de las conductas disciplinarias que se le indilgaron.

Ahora, teniendo en cuenta que en los fallos disciplinarios se le responsabilizó al señor **OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ**, de incurrir en las faltas disciplinarias gravísimas consistentes en: *“Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la Ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo”,* y *“Prestar sin autorización a persona o a entidades no militares equipo, armamento o prendas de uniforme”*; que, estas faltas están establecidas como gravísimas en los numerales 30 y 33 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003; que, la comisión de dichas faltas gravísimas a título de dolo puede dar lugar a la imposición de la sanción de separación absoluta de las fuerzas militares, lo cual implica pérdida del derecho a concurrir a las sedes sociales y sitios de recreación de las Fuerzas Militares.

Y como en el caso del señor OSCAR ANDRES CALDERON DIAZ, al encontrarse probado que incurrió en las faltas disciplinarias gravísimas establecidas en los numerales 30 y 33 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003, se le impuso como sanción la separación absoluta de las fuerzas militares, con pérdida del derecho a concurrir a las sedes sociales y sitios de recreación de las Fuerzas Militares e inhabilidad para ejercer cargos públicos de once años, sin dejar de tener en cuenta que incurrió en dos circunstancias de agravación (numerales 4 y 6 art. 65 Ley 836 de 2003, cometer la falta para ocultar otra y, la jerarquía y mando que ejerce el funcionario) y solo una de atenuación (núm. 7. art. 64 Ley 836 de 2003, la buena conducta anterior), estima este Despacho que la dosificación o adecuación de la sanción disciplinaria impuesta se realizó de forma correcta.

Finalmente ha de indicarse que el Decreto No. 2015 de fecha 16 de Octubre de 2015, expedido por el Ministerio de Defensa, por medio del cual ejecutó la sanción disciplinaria, no es susceptible de control por vía Contenciosa Administrativa, toda vez que, se trata de un acto de ejecución de la sanción disciplinaria que le fue impuesta al demandante y atendiendo a la Jurisprudencia del Consejo de Estado su utilidad en esta materia únicamente radica en servir de parámetro para el inicio de la contabilización de los términos de caducidad de la acción.

Por lo tanto, teniendo en cuenta todas las consideraciones antes expuestas estima este Despacho que las pretensiones deprecadas por la parte demandante no tienen vocación de prosperidad, y en tal virtud las mismas serán negadas.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00089-00

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva. Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

".....

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

En el presente caso el Despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandante, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que la parte demandante haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme se explicó en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas.

TERCERO Ejecutoriada la presente providencia, archive el expediente, dejando las constancias del caso

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez

