



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, nueve (9) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: YEIRON PINZÓN BARRIOS

DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL

RADICADO: 20-001-33-33-007-2017-00118-01

MAGISTRADO PONENTE: OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA

I. ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la accionante en el presente asunto, en contra de la sentencia de fecha 30 de enero de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que resolvió:

“PRIMERO: Declarar NO probadas las excepciones de (i) presunción de legalidad y la de (ii) inexistencia de vicios de nulidad propuestas por el apoderado de la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, por las consideraciones señaladas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARESE la nulidad de la Resolución No. 00523 del 20 de febrero de 2017, emanado del Director General de la Policía Nacional, en cuanto retiro del servicio al señor patrullero YEIRON CAMILO PINZÓN BARRIOS, conforme a la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho del actor, se dispone:

A. ORDENASE a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL a pagar al señor YEIRON CAMILO PINZÓN BARRIOS, identificado con C.C. No. 1.070.610.720, al cargo de patrullero o a uno igual categoría o equivalente.

B. CONDENASE a la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL a pagar al señor YEIRON CAMILO PINZÓN BARRIOS los sueldos y prestaciones sociales compatibles con el servicio, dejados de percibir desde la fecha real de su desvinculación del servicio y hasta cuando sea efectivamente reincorporado, sin que en ningún caso el valor reconocido sea inferior a seis (6) meses ni superior a veinticuatro meses, tal como se indica en la parte motiva.

C. Se autoriza a la entidad demandada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, para reducir los aportes que se

debieron realizar sobre los valores que se ordena adicionar en este fallo, en el caso que no hayan sido previamente descontados.

D. DECLARESE para todos los efectos legales, que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte del demandante.

CUARTO: Deniéguense las demás súplicas de la demanda, tal como se indicó en la parte considerativa.

QUINTO: ORDENASE la actualización de la condena en los términos del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a efecto que se pague con su valor actualizado, conforme a la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Sin condena en costas en esta instancia (...)”¹.

II.- ANTECEDENTES.-

PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte demandante, actuando por conducto de apoderado judicial, elevó las siguientes súplicas:

“PRIMERO: Que se DECLARE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO contenido en la Resolución No. 00523 de 20 de febrero de 2017, por medio del cual se RESUELVE: “Retirar del servicio activo de la Policía Nacional, por voluntad de la Dirección General, de conformidad con lo establecido, en los artículos 55 numeral 6 y 62 del Decreto Ley 1791 de 2000, al Patrullero YEIRON CAMILO PINZÓN BARRIOS, identificado con la cedula de ciudadanía No. 1.070.610.720, retiro que fue recomendado por la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, personal del Nivel Ejecutivos y Agentes, mediante Acta No. 001-APROP-GRURE-3.22 del 02 de febrero de 2017.”

SEGUNDO: Como consecuencia de la nulidad, a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se condene a LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, a reintegrar al servicio activo a mi representado el señor YEIRON CAMILO PINZÓN BARRIOS, en el grado de PATRULLERO, cargo que venía desempeñando, con efectividad a la fecha de su desvinculación.

TERCERO: Reconocer y pagar al señor YEIRON CAMILO PINZÓN BARRIOS, o a quien represente sus derechos, todos los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones, subsidios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir y a que tenga derecho, desde la fecha de su retiro de la institución hasta cuando sea reintegrado en el grado y cargo que le corresponda dentro del escalafón policial, comprendido por el valor de los aumentos decretados con posterioridad a su retiro con su respectiva indexación.

CUARTO: Reconocer a mi poderdante los daños morales causados por su destitución de la Policía Nacional y a su núcleo familiar, debido a que

¹ Folio 308 del expediente.

viene sufriendo de problemas de tipo psicoemocional ocasionados por la incertidumbre laboral y económica que enfrenta desde su retiro, ya que su familia dependía única y exclusivamente de los ingresos que recibía como patrullero de la Policía Nacional, de tal manera que al quedar sin empleo como miembro activo de la Policía Nacional, su manutención, la de su esposa, sus hijos uno de un año y una de dos meses de edad y de su madre la señora NIDIA BARRIOS TRUJILLO, debido a que es el señor Patrullero YEIRON CAMILO PINZÓN BARRIOS el encargado de suplir sus necesidades y quien además padece graves quebrantos de salud”².

2.1.- HECHOS.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones incoadas por el demandante a través de su apoderado judicial en la presente litis, podríamos resumirlos así:

El Sr. YEIRON CAMILO PINZÓN BARRIOS prestó sus servicios a la Policía Nacional por el término de 4 años, 10 meses y 16 días en el grado de patrullero.

El 25 de diciembre de 2016, mientras se encontraba de permiso, el hoy demandante iba como acompañante en una motocicleta que se vio involucrada en un accidente de tránsito. La motocicleta –se relata en la demanda- era conducida por Dina Soledad Rangel.

Como consecuencia del accidente, se impuso el comparendo No. 20011000000014133171.

Luego de percatarse de la infracción, el hoy demandante solicitó la realización de una audiencia y, con decisión del 21 de febrero de 2017, fue exonerado de la comisión de la conducta ya descrita.

Mientras tanto, el 20 de febrero de 2017, la Policía Nacional profirió la Resolución No. 00523, por medio de la cual resolvió retirarlo del servicio activo por voluntad del Director General y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 del Decreto 1791 de 2000.

SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Séptimo (7°) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia de fecha 30 de enero de 2019, concedió las pretensiones de la demanda.

En la providencia se dejó consignado:

“(…) como vimos la momentos de relacionar lo probado, no se adelantó investigación penal contra el accionante por los hechos que dieron motivo a su retiro, tal como lo informó el Juzgado 170 de Instrucción Penal Militar, mediante oficio No. S-2018-1346 / MDN EDJPM DGDJ / JUZ 170 IPM de fecha 15 de agosto de 2018 y el 22 de enero de 2019 se allegó al Despacho Control Interno DECES de la Policía Nacional informa que al revisar el Sistema Jurídico de la Policía Nacional – SIJUR, se encontró que se adelantó investigación disciplinaria bajo el radicado No. DECES-2017-57, 25 de diciembre de 2016, donde la decisión fue absolución al no hallar responsabilidad por parte del investigado.

Así las cosas, de las pruebas antes relacionadas y las anotaciones en la hoja de vida del accionante, se tiene que no existían motivos para que la entidad accionada pudiera hacer uso de la facultad discrecional para

² Folio 52 y 53 del expediente.

retirarlo del servicio, la cual está fundada en razones del servicio, y como vimos el patrullero YEIRON CAMILO PINZÓN BARRIOS, se estaba desempeñando en dicho cargo en forma idónea, tanto es así que recibió múltiples felicitaciones y su calificación de desempeño fue superior, de lo cual se deduce que la actuación de la administración no fue guiada por el buen servicio.

(...)

Es decir que al expedir el acto acusado, no tuvieron en cuenta los parámetros establecidos a través de los precedentes constitucionales y judiciales, que se encaminan a evitar el uso arbitrario de la facultad discrecional; así mismo, porque fallaron sin una prueba determinante, en ese caso, que permitía establecer si la Policía actuó dentro del marco de la legalidad o de la arbitrariedad.

(...)

De conformidad con lo expuesto, se accederá a las suplicas de la demanda, declarando la nulidad de la resolución No. 00523 del 20 de febrero de 2017, proferida por el Directo (sic) de la Policía Nacional, en cuanto retiro del servicio activo de la Policía Nacional, al patrullero YEIRON CAMILO PINZÓN BARRIOS y se declararan no probadas las excepciones de (...)”³.

SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN

En síntesis, el apoderado de la Policía Nacional insiste en afirmar que en el caso planteado no se está en presencia de un acto anulable en tanto la desvinculación del hoy demandante se dio en ejercicio de la figura de la potestad discrecional y, en ese sentido, siendo que la misma no fue deliberada o desproporcionada, se estima lógico revocar la decisión adoptada en primera instancia en el sentido de revocar el acto de desvinculación y confirmar la legalidad del mismo.

III. TRÁMITE PROCESAL.-

Mediante auto del 11 de abril de 2019, se admitió el recurso de apelación formulado por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar⁴.

Por auto del 16 de mayo de 2019, se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión⁵.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Sr. Agente del Ministerio Público no rindió concepto al interior de este proceso.

V.- CONSIDERACIONES.-

No advirtiéndose en este momento procesal ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por apoderado de la parte demandada, contra la sentencia del 30 de enero de 2019.

³ Folio 307 del expediente.

⁴ Folio 345 del expediente.

⁵ Folio 349 del expediente.

5.1.- COMPETENCIA.-

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente para la época de presentación de la demanda, es competente esta Corporación para conocer en segunda instancia del recurso de apelación propuesto por la parte demandante, contra la sentencia emitida por el Juzgado Séptimo (7º) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, fechada del 30 de enero de 2019.

5.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

El problema Jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo (7º) Administrativo de Valledupar, debe ser revocada en virtud de lo señalado por la parte apelante en el sentido de afirmar que el acto demandado se expidió en ejercicio de la facultad discrecional, razón por la cual no es dable anularlo en tanto no se demostró desviación de poder en su expedición; o si, por el contrario, la decisión adoptada por el Despacho de instancia se ajusta a los lineamientos jurisprudencial y legalmente establecidos para esta clase de casos, evento en el cual se confirmará la decisión adoptada en primera instancia.

5.3.- PRUEBAS

De las pruebas allegadas al expediente, se tiene:

El patrullero YEIRON CAMILON PINZÓN BARRIOS, ingresó a la entidad policial el 14 de marzo de 2012 y prestó sus servicios hasta el 21 de febrero de 2017⁶.

Mediante Resolución No. 00523 de 20 de febrero de 2017, el Director General de la Policía Nacional, ordenó su retiro del servicio activo de la Policía Nacional, por voluntad de la dirección general⁷.

A folio 13 y 14 del expediente, obra extracto de la hoja de vida del hoy demandante, de la que se da cuenta de 16 felicitaciones al entonces patrullero, además de certificación de no haber recibido sanciones ni suspensiones.

De folio 192 a 193 del expediente, obra formulario de evaluación del Sr. PINZÓN BARRIOS, del periodo comprendido entre el 5 de abril y 31 de diciembre de 2014; además de la evaluación del periodo comprendido entre el 1 de enero y 31 de diciembre de 2015, ambos con calificación *superior*.

El 21 de febrero de 2017, el Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Aguachica, resolvió exonerar al señor YEIRON CAMILON PINZÓN BARRIOS como infractor de las normas de tránsito en razón al comparendo impuesto el 25 de diciembre de 2016⁸.

5.4. ANÁLISIS DEL CASO

A efectos de resolver el caso planteado, se adentrará la Sala en el análisis de la figura de la llamada *facultad discrecional* en un intento por establecer las bases de la decisión a tomar. Veamos:

⁶ Folio 12 del expediente.

⁷ Folio 3 a 11 del expediente.

⁸ Folio 22 del expediente.

SOBRE LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL GOBIERNO Y DE LA POLICÍA NACIONAL PARA RETIRAR MIEMBROS DEL SERVICIO ACTIVO

En Derecho Administrativo es necesario diferenciar la existencia de potestades regladas y potestades discrecionales. La potestad reglada se presenta cuando una autoridad está sometida estrictamente a aplicar la ley (en sentido general), si se dan determinados hechos regulados por ésta.

Dicha potestad está fundamentada en el principio de legalidad, que establece que toda actividad estatal debe ser ejecutada de acuerdo a la ley. En esa medida, busca que los actos oficiales no estén regidos por el capricho o la voluntad de las personas.

Ahora bien, como es sabido, las hipótesis legalmente reguladas no agotan la totalidad de las presentes en la cotidianidad de la actividad estatal, debido a lo cual, para la prestación eficaz y célere de la función pública⁹, se han diseñado herramientas que permiten la toma de decisiones, sin pasar por todo el proceso legislativo correspondiente, pero que respetan el principio de legalidad.

La principal herramienta para dar solución a esta tensión es la posibilidad de facultar a determinados funcionarios públicos para la toma de decisiones discrecionales, dentro de márgenes que les posibilitan apreciar y juzgar las circunstancias de hecho, de oportunidad y/o conveniencia general.

En esa medida, la potestad discrecional se presenta cuando una autoridad es libre, dentro de los límites de la ley, de tomar una u otra decisión, porque esa determinación no tiene una solución concreta y única prevista en la ley.

En el derecho administrativo *clásico*, la facultad discrecional de la Administración está sustentada en la separación de poderes *pura y simple*. Por tanto, según esta visión, los actos discrecionales de la Administración pública no pueden ser susceptibles de control judicial, pues ello implica la intromisión de esa Rama del Poder, en aquella. Por la misma razón, tampoco es exigible la motivación de los mismos, por lo cual la arbitrariedad de algunos actos discrecionales queda, entonces, fuera del alcance de cualquier tipo de control.

Desde otra visión, que predica una separación de poderes *recíproca o de controles mutuos*, como la presente en el Estado Social de Derecho o en el Estado Constitucional, la tesis del control judicial de los actos discrecionales varía, en clave de protección de derechos de los administrados e instruye una necesaria proscripción de la arbitrariedad. Por ello, bajo esta visión los actos discrecionales son susceptibles del control de constitucionalidad y de legalidad por parte de los jueces y es exigible a la administración pública presentar un mínimo de justificación para la toma de decisiones.

Colombia, gracias a que está instituida bajo la fórmula de Estado Social de Derecho, se inscribe en la tesis que admite el control judicial de los actos discrecionales de la administración pública y exige un mínimo de justificación para la expedición de éstos. Lo anterior, en virtud de los postulados de primacía constitucional, de sometimiento de los poderes públicos a la Ley, de colaboración armónica entre éstos, de prohibición de la arbitrariedad y de protección efectiva de los derechos de los habitantes del territorio nacional.

⁹ Artículo 209 de la Constitución.

Así, para esta Corporación¹⁰ ha sido claro que los actos discrecionales están sometidos al control jurisdiccional, debido a que no pueden contrariar la Constitución ni la ley, y a que, en todo caso, es necesario diferenciar tal facultad de la arbitrariedad.

Lo arbitrario expresa el capricho o voluntad individual, contraria a la razón, de quien ejerce el poder sin sujeción a la Ley. Para Cassagne¹¹, la arbitrariedad es un concepto amplio “y comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario, siendo uno de los límites sustantivos de la discrecionalidad”. Por tanto, según la sentencia C-031 de 1995, hasta “en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso-administrativo por desviación de poder contra aquellos actos discrecionales de la administración en que el agente de la administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de derecho”.

Así se puede concluir que la potestad discrecional, en nuestro sistema jurídico, tiene un límite fuerte en la prohibición de la arbitrariedad, que implica “una garantía para el administrado y constituye, al propio tiempo, una pauta de control que ejercen los jueces para proteger los derechos e intereses de las personas con la mira puesta, fundamentalmente, en la defensa de sus libertades, y someter a la Administración al Derecho”¹².

SOBRE EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL POR PARTE DE LA POLICÍA NACIONAL

El artículo 4º¹³ del Decreto 2010 de 1992¹⁴, consagró en cabeza del Director General de la Policía, la potestad discrecional de disponer del retiro de agentes policiales *por razones del servicio*, siempre y cuando mediara el concepto previo del Comité de Evaluaciones de Oficiales Subalternos. Dicho artículo fue objeto de estudio constitucional y la Corte lo declaró exequible, mediante sentencia C-175 de 1993¹⁵.

Dicho fallo indicó que el fin de tal facultad discrecional era dotar a la Policía de un medio idóneo para proceder a su saneamiento, en pro del cumplimiento y desempeño eficaz de su función pública. No obstante lo anterior, se advirtió que su uso no era absoluto ni podía tornarse arbitrario, “porque como toda atribución discrecional requiere de un ejercicio proporcionado y racional que se ajuste a los fines que persigue”.

El fin, en ese caso, se concretaba en la eficacia de la Policía Nacional, de manera que el retiro discrecional debía relacionarse con el deficiente desempeño del agente, el incumplimiento de sus funciones o la observancia de conductas reprochables o irregulares.

¹⁰ Cfr. C-031 de 1995, M. P. Hernando Herrera Vergara, C-333 de 1999 y C-1161 de 2000, en ambas, M. P. Alejandro Martínez Caballero y C-144 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo, entre otras.

¹¹ CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2009. Pág. 196.

¹² CASSAGNE, Juan Carlos. Op., Pág. 216.

¹³ Artículo 4º. Por razones del servicio determinadas por la Inspección General de la Policía Nacional, el Director General podrá disponer el retiro de Agentes de esa Institución con cualquier tiempo de servicio, con el solo concepto previo del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos establecido en el artículo 47 del Decreto - ley 1212 de 1990.

¹⁴ “Por el cual se toman medidas para aumentar la eficacia de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.” Este decreto fue expedido bajo un estado de excepción por conmoción interior decretado para la época, por lo tanto fue sometido a la revisión automática por parte de la Corte Constitucional.

¹⁵ M. P. Carlos Gaviria Díaz

Con posterioridad, se expidió el Decreto Ley 41 de 1994¹⁶, cuyos artículos 75 y 76, fueron modificados por los artículos 6º y 7º del Decreto Ley 573 de 1995. Esos textos normativos estipulaban que “el retiro” era la situación en que, por disposición del Gobierno Nacional o de la Dirección General de la Policía Nacional, los oficiales o suboficiales, cesaban en la obligación de prestar el servicio. Así mismo, consagraban las diferentes causales por las cuales tal retiro procedía.

A ese respecto, el Decreto Ley 573 de 1995, claramente desarrolló, de forma autónoma, la causal relativa al “*retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía*”. Así, su artículo 12 previó que “*por razones del servicio y en forma discrecional el Gobierno Nacional o la Dirección General, según el caso, podrán disponer el retiro de los Oficiales y Suboficiales, con cualquier tiempo, previa recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores, establecido en el Artículo 50 del Decreto 41 de 1994*”.

Dicho artículo fue objeto de revisión constitucional y, mediante la sentencia C-525 de 1995¹⁷, la Corte declaró su exequibilidad¹⁸. Ese fallo, después de diferenciar ampliamente la discrecionalidad de la arbitrariedad, explicó que para el efectivo cumplimiento de la función pública de la Policía, era necesario un medio especial para la remoción de personal como la facultad discrecional, sin que ello significara legalizar la extralimitación de atribuciones.

En aquella ocasión, la Corte precisó que para evitar tal extralimitación, la facultad discrecional debía cumplir con los requisitos de racionalidad y razonabilidad, y en esa medida, los actos administrativos de retiro debían tener un “*mínimo de motivación justificante*”.

Tal mínimo de motivación justificante, según el Decreto analizado en ese momento, se garantizaba si el acto administrativo era emitido en virtud del respectivo informe del Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales, debido a que éste tenía “*a su cargo el examen exhaustivo de los cargos o razones que inducen a la separación*” de un determinado agente de policía¹⁹. Este examen debía constar en un acta que detallara la evaluación de “*la hoja de vida de la persona cuya separación es propuesta*” y “*los informes de inteligencia o contrainteligencia, así como del ‘Grupo anticorrupción’ que opera en la Policía Nacional*”, entre otros documentos.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte precisó que para la expedición de un acto de retiro discrecional, debía seguirse un procedimiento que era verificable y enjuiciable, lo cual disipaba cualquier duda de arbitrariedad.

Más adelante se expidió el Decreto Ley 1791 de 2000²⁰, modificado por la Ley 857 de 2003²¹, en lo pertinente al retiro de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional. El artículo 1º de esta ley previó que el retiro se efectuará a través de

¹⁶ Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.

¹⁷ M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁸ Durante este periodo hubo diversas demandas contra este artículo, por lo cual se emitieron las C-072 y C-120 de 1996, en ambas, M. P. José Gregorio Hernández Galindo y la C-193 de 1996, M. P. Hernando Herrera Vergara. En todas ellas se declaró estarse a lo resuelto en la sentencia C-525 de 1995.

¹⁹ Esta Corporación en fallo C-564 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz, declaró la exequibilidad de la facultad del Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales para emitir sus conceptos, “*bajo el entendimiento de que las actuaciones... deben constar en acta en donde aparezcan los motivos del retiro que se recomienda, dentro de las reglas del debido proceso administrativo*” y “*precedida de la aplicación de circunstancias objetivas, justas y razonables*”.

²⁰ Los artículos 54, 55 y 62 de ese Decreto Ley, que regulaban el retiro discrecional de los miembros de la Policía Nacional, fueron declarados inexecutable mediante la sentencia C-253 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis, debido a que el Presidente excedió las facultades extraordinarias que le había otorgado en esa ocasión.

²¹ Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto-ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones.

decreto expedido por el Gobierno Nacional o de resolución expedida por el Director General de la Policía Nacional, según el caso.

Allí mismo se contempló que el acto de separación del cargo debe someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, excepto cuando se trate *i)* de Oficiales Generales, *ii)* de miembros del servicio en los eventos de destitución, incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez, *iii)* cuando no supere la escala de medición del decreto de evaluación del desempeño y *iv)* en caso de muerte.

Por su parte, el artículo 4º *ibídem* precisó lo pertinente al retiro de Oficiales y Suboficiales por voluntad del Gobierno o del Director General de la Policía, en cualquier tiempo, por razones del servicio y en forma discrecional, *“previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los Suboficiales”*.

Este último artículo, también fue declarado exequible por la Corte, mediante sentencia C-179 de 2006²². Allí se reiteró lo anteriormente expuesto por la Corte Constitucional relativo a que el retiro discrecional de miembros de la Fuerza Pública no desconoce los principios y derechos constitucionales, siempre y cuando esté sustentado.

En esta ocasión, la Corte precisó que los actos de separación deben fundamentarse *“en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones [Fuerzas Militares y Policía Nacional], en aras de la prevalencia del interés general”*. En concordancia, insistió en que tales razones deben consignarse en los actos de evaluación emitidos por las respectivas juntas asesoras, basados en *“un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario”*.

La Corte recordó que lo discrecional no puede confundirse con lo arbitrario, pues esto último implica un capricho individual que no está sujeto al ordenamiento jurídico y es contrario por completo a la atribución facultativa, que en todo caso, sí está cobijada por las reglas de derecho preexistentes. El fallo C-179 de 2006 concluyó que:

“la atribución discrecional que por razones del servicio puede ser utilizada para retirar del servicio a miembros de la Fuerza Pública, no obedece a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes, por el contrario, para el caso sub examine ella queda consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contenciosa administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder”.

De todo lo expuesto, se puede deducir que las diversas normas que han consagrado la facultad discrecional estudiada, han sido respaldadas por la Constitución, en la medida en que se entienda que no se trata de atribuciones arbitrarias. Por tanto, ha de entenderse que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad y, en el caso de los policías, es verificable a través *i)* de los procedimientos previos de evaluación y *ii)* de las acciones judiciales de defensa correspondientes.

²² M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

La Sala no desconoce ciertas disimilitudes entre la posición sostenida por el H. Consejo de Estado y la Corte Constitucional sobre el tema objeto de estudio, sin embargo, es echa mano de la posición unificadora adoptada por esta última en sentencia SU172 de 2015, donde se dijo:

“(...) Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente estén motivados en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible.

La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado.

El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio.

El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional. No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad.

El afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro. Por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado. En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales.

Si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservaran tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado. El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente.

Si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro (...).”

CASO CONCRETO

Del caso planteado, se desprende inicialmente que el señor YEIRON PINZÓN BARRIOS ingresó a la Policía Nacional el 14 de marzo de 2012 y prestó sus servicios hasta el pasado 21 de febrero de 2017.

De las pruebas obrantes en el plenario, se desprenden también diversas evaluaciones del desempeño del hoy demandante del año 2014 y 2015, donde se determinó un nivel *superior*.

El 25 de diciembre de 2016, solicitó un permiso con el fin de *visitar a su esposa* que se encontraba en estado de gravidez. Es de anotar que el permiso fue concedido para las horas de la tarde de aquel día, por tanto el hoy demandante debía reintegrarse a la prestación del servicio a las 18.00 horas.

Minutos antes de la hora de regreso, el hoy demandante se vio envuelto en un accidente de tránsito mientras se desplazaba en una motocicleta en compañía de una mujer de nombre DINA SOLEDAD RANGEL.

El agente de tránsito que atendió el caso, declaró que una vez recibió información sobre el accidente, fue informado por los testigos de quien había sido el conductor y, luego de encontrarlo en el centro de salud al que había sido trasladado, solicitó la práctica de una prueba de alcoholemia al hoy demandante, la cual arrojó un resultado positivo.

El hoy demandante, inconforme con la decisión de la imposición de la orden de comparendo, solicitó la práctica de una audiencia que tuvo lugar el 5 de enero de 2017. En ella, afirmó que efectivamente se encontraba *tomando unas cervezas* con algunos amigos, cuando decidió irse a *buscar una plata* con DINA SOLEDAD RANGEL en la motocicleta, esta última decidió manejar el vehículo ante su estado de alicoramiento, con el resultado ya conocido. Lo anterior, deviene de la versión libre rendida por el demandante ante la autoridad de tránsito.

Ante esa misma autoridad de tránsito se presentó la Sra. DINA SOLEDAD RANGEL, que efectivamente ella era la que conducía el vehículo automotor en razón a que el hoy demandante había estado consumiendo alcohol.

Más adelante, el 21 de febrero de 2017, el Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Aguachica – Cesar, lugar donde ocurrieron los hechos, dictó una providencia en donde exoneró el Sr. YAIRON CAMILO PINZÓN BARRIOS de la infracción que se le había endilgado²³.

Un día antes, la Policía Nacional profirió la resolución No. 00523, por medio de la cual retiró del servicio al hoy demandante. A continuación, las actuaciones surtidas por esta entidad en la línea de tiempo ya presentada.

Efectivamente, según se describió en la minuta de novedades, se tiene que el Sr. PINZÓN BARRIOS le fue concedido un permiso para a tarde del día 25 de diciembre de 2016, con el fin de visitar a su esposa que se encontraba en embarazo.

Ese mismo día a las 17:35 horas, se presenta una novedad en la que se informa que el señor patrullero sufrió un accidente mientras conducía una motocicleta e intentó evitar una colisión con otro vehículo. El patrullero –se deja consignado- fue ingresado a un Hospital local con *trauma craneoencefálico con una herida abierta en región frontal izquierda en donde se sutura con tres puntos separados*,

²³ Véase el folio 15 y subsiguientes del expediente.

laceraciones en cara, hombro y rodillas (...) aparentemente en estado de embriaguez, lo cual es corroborado con examen médico forense de embriaguez, emitido por el doctor (...) donde su diagnóstico es paciente masculino con somnolencia imposibilidad para articular lenguaje, incapaz de mantener postura, este paciente integra cuadro clínico de embriaguez alcohólica de tercer grado²⁴.

El propio 25 de diciembre, la Policía Nacional realizó una entrevista a DINA RANGEL VERA – la misma persona que meses después contaría a la autoridad de tránsito que ella era quien efectivamente conducía la motocicleta, quien en esta oportunidad, afirmó:

“(...) pues íbamos normal por la calle 16 al ver la persona que se nos atravesó él lo que hizo fue esquivarlos el frenó en seco al ver que cayó yo lo llamaba por el nombre de él. Pregunta: porque carril circulaba cuando pasó el accidente. REPSUESTA: sé que era por la carrera 10b cuando el alcanzó a frenar y se cayó. PREGUNTA: a qué velocidad transitaban. RESPUESTA: No sé, muy poco se de motos. PREGUNTA: Que actividades se encontraban realizando. RESPUESTA: tomando, compartiendo hay (sic) la recocha. PREGUNTA: ingirió bebidas alcohólicas. RESPUESTA: Si como tres tragos y tres cervezas porque soy consciente que estuvo tomando el 24 con mi papá. PREGUNTA: Usted iba como acompañante o conductor del vehículo automotor. RESPUESTA: Como acompañante, si fuera mi moto conduciendo pero no lo es (...)”²⁵.

Así entonces, de los eventos que tuvieron lugar en el lapso comprendido entre el 25 de diciembre de 2016 y el 21 de febrero de 2017, se tiene:

En primer lugar, el Sr. YEIRON CAMILO PINZÓN BARRIOS solicitó un permiso de su labor al servicio de la Policía Nacional en la tarde del 25 de diciembre de 2016, con el fin de visitar a su esposa que se encontraba en estado de embarazo.

Ese mismo día, apenas minutos antes que se acabara el permiso, se vio involucrado en un accidente en una motocicleta en la que se transportaba él junto con Dina Soledad Rangel Vera –quien no era su esposa–.

Ante la gravedad de las lesiones sufridas por el entonces patrullero, fue remitido a un centro Hospitalario, donde fue diagnosticado, entre otras lesiones, con trauma craneoencefálico y embriaguez alcohólica de grado 3.

Dina Soledad, quien apenas sufrió heridas menores, fue entrevistada por miembros de la Policía Nacional, a quienes les informó que ella no había manejado en tanto (i) la motocicleta no era de ella; y (ii) había estado tomando desde el día anterior, junto con su padre.

Luego de recolectada esta entrevista y una serie de elementos probatorios, como la minuta de anotaciones de la entidad y la recomendación expedida por la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, personal del nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, expidió la resolución No. 00523 el 20 de febrero de 2017.

El acto demandado, tuvo en cuenta, no solo el hecho que el Sr. PINZÓN BARRIOS conducía el vehículo motorizado al momento del siniestro, como se dijo en el fallo de instancia, sino que además, quedó suficientemente comprobado que el permiso que le había sido otorgado para visitar a su esposa gestante, fue en realidad usado

²⁴ Véase el reverso del folio 7 del expediente.

²⁵ Folio 9 del expediente.

como una excusa para consumir alcohol y departir socialmente, asunto este —el de la ingesta del alcohol— que estaba específicamente proscrito para esas fechas, según se dejó consignado en la minuta de la institución policial.

En el fallo de instancia, se acude al hecho que el actor fue exonerado de la violación a la norma de tránsito en tanto al proceso contravencional fue allegada una declaración rendida por la Sra. Dina Soledad Rangel Vera en opuesto sentido a lo afirmado ante la institución policial donde dijo que ella era quien conducía la motocicleta, un argumento que raya en el tecnicismo, máxime cuando la institución soportó su decisión en el hecho inequívoco de la pérdida de la confianza en el patrullero y como sus acciones desacreditaban el buen nombre de la institución pues lo cierto y demostrado es que el hoy demandante solicitó un permiso para visitar a su esposa embarazada y, en cambio, dedicó su tiempo a consumir alcohol²⁶ y estuvo involucrado en un accidente de tránsito que, según los dichos de la única testigo ante la autoridad competente para decidir sobre su vinculación a la entidad, manifestó que ella no era quien manejaba la motocicleta, pues había estado consumiendo licor ese día.

La decisión adoptaba en instancia, si bien reconoció la facultad discrecional en cabeza de la entidad demandada, ignoró —a juicio de esta Sala— la totalidad del caudal argumentativo expuesto por la institución como fundamento para la decisión finalmente adoptada, la cual estuvo ceñida a las facultades legalmente otorgadas y debidamente soportada en hechos y pruebas.

Bajo ese entendido, la Sala revocará la decisión adoptada por el Despacho de origen en el sentido de anular el acto demandado y, como consecuencia, desestimaré las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS

No habrá condena en costas, habida cuenta que no aparece de que se hubiesen causado, tal como lo exige el numeral 8º del artículo 365 del CGP²⁷, aplicable en materia contencioso — administrativa, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA²⁸.

El Consejo de Estado al respecto dispuso:

²⁶ La Ley 1542 de 2012, prescribió los grados de alcoholemia de conformidad con la cantidad de etanol presente en 100 ml de sangre. En ella, se determinó que el grado 3, en el que se encontraba el hoy demandante, era el más alto. A continuación, se cita la norma:

“(…) Artículo 152. Grado de Alcoholemia. Si hecha la prueba de alcoholemia se establece: Entre 20 y 39 mg de etanol/100 ml de sangre total, además de las sanciones previstas en la presente ley, se decretará la suspensión de la licencia de conducción entre seis (6) y doce (12) meses. Primer grado de embriaguez entre 40 y 99 mg de etanol/100 ml de sangre total, adicionalmente a la sanción multa, se decretará la suspensión de la Licencia de Conducción entre uno (1) y tres (3) años. Segundo grado de embriaguez entre 100 y 149 mg de etanol/100 ml de sangre total, adicionalmente a la sanción multa, se decretará la suspensión de la Licencia de Conducción entre tres (3) y cinco (5) años, y la obligación de realizar curso de sensibilización, conocimientos y consecuencias de la alcoholemia y drogadicción en centros de rehabilitación debidamente autorizados, por un mínimo de cuarenta (40) horas. Tercer grado de embriaguez, desde 150 mg de etanol/100 ml de sangre total en adelante, adicionalmente a la sanción de multa, se decretará la suspensión entre cinco (5) y diez (10) años de la Licencia de Conducción, y la obligación de realizar curso de sensibilización, conocimientos y consecuencias de la alcoholemia y drogadicción en centros de rehabilitación debidamente autorizados, por un mínimo de ochenta (80) horas (...).”

²⁷ “Art. 365.- En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos e que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)

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

²⁸ Art. 188. Condena en costas. 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.

“En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En esas condiciones, se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a cargo del ente demandado en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, se revoca la condena en costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda instancia”²⁹.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REOVCAR la providencia de treinta (30) de enero de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Administrativo de Valledupar, de conformidad con las consideraciones precedentes.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas de segunda instancia, por no aparecer causadas.

CUARTO: En firme esta sentencia, **DEVOLVER** el expediente al Juzgado Séptimo (7°) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, para lo de su competencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Éste proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 101.


OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA
MAGISTRADO

Ausente en comisión
DORIS PINZÓN AMADO
MAGISTRADA


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO

²⁹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA, sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00016-01 (21559), C.P. Jorge Octavio Ramírez