

ACTO DE SEPARACION ABSOLUTA DEL SERVICIO ACTIVO POR CONDENA EN PROCESO PENAL – No afecta su legalidad su expedición con posterioridad al término de 30 días señalado en la ley .Obligación de la Administración

Es una verdad incuestionable que el señor Gustavo Piedrahita fue condenado por la justicia penal militar a la pena principal de dos (2) meses de arresto, como autor responsable del delito de lesiones personales, concediéndole el beneficio de ejecución condicional. En tal virtud, con fundamento en el artículo 38 del Decreto 262 de 1994, vigente a la sazón, era obligación de la entidad proceder a separarlo en forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional, por hallarse incurso en el supuesto de hecho que consagra dicho fundamento normativo. En estas condiciones, la decisión se encuentra ajustada a las previsiones consagradas en el ordenamiento jurídico, es decir, a lo establecido en los artículos 38, 40 y 41 del Decreto 262 de 1994, por lo que no puede pretender el recurrente que el acto de retiro se tenga como ilegal e incurso en causal de nulidad, por el simple hecho de haberse expedido, supuestamente, por fuera del término consagrado en el artículo 41 del Decreto 262 de 1994, ya que la decisión de separarlo en forma absoluta de la Policía Nacional por haber sido condenado a la pena principal de dos (2) meses de arresto, multa de un mil pesos (\$1000) y como pena accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la pena principal, no contraría ningún mandato legal al existir una disposición de orden legal que autorizaba tal decisión. Ahora bien, en el plenario no obra prueba que corrobore la afirmación de la parte actora en el sentido de haberse expedido por fuera del término de los treinta (30) días que la norma consagra.

FUENTE FORMAL: DECRETO 262 DE 1994 – ARTICULO 38 / DECRETO 262 DE 1994 – ARTICULO 40 / DECRETO 262 DE 1994 – ARTICULO 41

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “A”

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., doce (12) de octubre de dos mil once (2011).

Radicación número: 68001-23-15-000-2000-00068-01((2798-08)

Actor: GUSTAVO PIEDRAHITA

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL

APELACIÓN SENTENCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veinticuatro (24) de julio de dos mil ocho (2008), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que negó las súplicas de la demanda instaurada por Gustavo Piedrahita contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contemplada en el artículo 85 del C.C.A., la parte actora por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda con el fin de obtener la nulidad de la Resolución 03044 del 3 de septiembre de 1999, expedida por el Director General de la Policía Nacional, por medio de la cual se dispuso su separación en forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional - Departamento de Policía de Santander.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad demandada a reintegrarlo al cargo que tenía cuando se produjo su desvinculación del servicio y se ordene el pago de los salarios, prestaciones sociales, ascensos y demás emolumentos prestacionales dejados de percibir desde la fecha del retiro (14 de septiembre de 1999) y hasta cuando sea legalmente reintegrado sin solución de continuidad.

Como hechos de la demanda, expuso que se vinculó a la Policía Nacional como Agente Profesional el 1 de agosto de 1990, y a lo largo de la relación laboral estuvo adscrito al Departamento de Santander. Señaló que estando prestando el servicio, el 1 de noviembre de 1995, le llamó la atención al menor Javier Yesid Marín quien había maltratado de palabra a unas jóvenes, cuando apareció en la puerta de la estación el ciudadano Víctor Pérez quien haciendo uso de palabras soeces, le reclamó el maltrato al menor, razón por la cual reaccionó causándole lesiones graves que arrojaron una incapacidad médico legal definitiva de 15 días, sin secuelas, lo que motivó el inicio de un proceso penal que terminó con

sentencia condenatoria el 30 de septiembre de 1998 proferida por la Auditoría Auxiliar de Guerra No. 100, decisión que fue confirmada en su integridad por el Tribunal Superior Militar el 11 de mayo de 1999, ejecutoriada el 21 de junio del mismo año.

Mediante la citada sentencia se le impuso pena de arresto de dos (2) meses y multa de \$1.000 m/cte.; y como pena accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y se le otorgó el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Fue separado del cargo en forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional el 14 de septiembre de 1999, mediante Resolución 03044 del 4 de septiembre de 1999, emanada del Director General de la Policía Nacional, sin embargo aduce que no se le hizo saber que contra ella tenía derecho a interponer los recursos de ley.

Sostuvo que la Dirección General de la Policía Nacional al expedir el acto acusado, no aplicó cabalmente lo normado en el artículo 41 del Decreto 262 de 1994, como quiera que dispuso la separación absoluta no dentro de los 30 días siguientes a la fecha de ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, sino 74 días después.

LA PROVIDENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Santander, por sentencia del 24 de julio de 2008, denegó las pretensiones de la demanda al considerar que si bien no se tiene certeza de la fecha exacta en que fue recibido por la Dirección General de la Policía Nacional el oficio comunicando la existencia de la sentencia condenatoria ejecutoriada, el acto de separación absoluta del servicio fue emitido respetando el término de los 30 días que la norma señala, sin que pueda aceptarse como causal

de anulación, la vulneración al derecho al debido proceso, máxime cuando no se estipula un procedimiento reglado a seguir para su expedición.

Adujo que la suspensión absoluta del servicio opera bajo ciertos supuestos normativos, los cuales la entidad encontró reunidos, por lo que no puede entenderse que esta sanción reemplaza la pena accesoria, y que la separación absoluta es el retiro de la fuerza pública sin algún condicionamiento respecto de un miembro de la policía condenado por un delito que no sea culposos. Es decir, son consecuencias diferentes, impuestas por autoridad diferente.

EL RECURSO DE APELACION

La parte actora apeló oportunamente la decisión del Tribunal solicitando que se revoque y en su lugar se acceda a las pretensiones del libelo.

Sostuvo que la “resolución de la administración, entonces, fue producto directo de la norma mas no del fallo condenatorio, porque éste solo se aplicó indirectamente y en contravía suya, ya que la consecuencia de la aplicación de la norma citada no fue otra que el desconocimiento del fallo.”

Adujo la falsa motivación en la expedición del acto acusado por cuanto en la parte motiva del acto que lo retiró de la institución se hizo referencia expresa a la sentencia aduciendo que se trataba del cumplimiento de la misma. Adicionalmente manifiesta que existió desvío de poder en cuanto al aplicar lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 262 de 1994, “era irrelevante la pena accesoria impuesta al demandante de interdicción de derechos y funciones públicas por dos (2) meses, como también era irrelevante el cumplimiento riguroso de los términos para disponer el retiro del servicio”.

Finalmente, respecto del término de los 30 días que tenía la institución para expedir el acto de retiro, dijo que este es el lapso máximo para tomar la determinación de retirarlo del servicio, el cual es oportuno e idóneo para el cumplimiento de la sentencia penal, y que no puede dejarse al arbitrio del funcionario competente la disposición del retiro, por necesidades del servicio que exigen inmediatez en decisiones de esta índole.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público solicitó que se confirme el fallo del Tribunal Administrativo de Santander. Advirtió que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 38 y 41 del Decreto 262 de 1994, la Policía Nacional podía retirar del servicio al demandante, teniendo en cuenta que la justicia penal militar lo había condenado a pena de arresto e inhabilidad e interdicción de derechos y el ejercicio de funciones públicas por el mismo término por lo que no se puede atribuir ilegalidad en la decisión.

Sostuvo que se hace necesario distinguir entre la condena que profiere la justicia penal militar y las decisiones que adoptan los entes estatales en desarrollo de la facultad discrecional, en cuanto tienen naturaleza diferente, por lo que basta que exista un fallo condenatorio para que con base en el se pueda tomar la medida de retiro definitivo al condenado.

En cuanto al argumento de que el acto de retiro no fue expedido dentro de los 30 días siguientes a la fecha de ejecutoria, manifestó que esta falencia no tiene la virtualidad para conducir a la nulidad del acto acusado, en cuanto no fue demostrado de manera fehaciente que se produjo por fuera del término y porque en caso de incumplimiento lo que podía originar es una responsabilidad para el funcionario que no lo adoptó dentro del término estipulado.

Adujo que está demostrado el proceder delictivo del demandante y los perjuicios que le ocasionó a la víctima, lo que genera un descrédito a la institución por cuanto le corresponde a la Policía Nacional velar por la seguridad y bienestar de la comunidad, lo que no se cumplió.

Admitido y tramitado el recurso de apelación interpuesto, la Sala decidirá la presente controversia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento de carácter laboral el señor **GUSTAVO PIEDRAHITA** a través de apoderado judicial, demandó la nulidad de la Resolución 03044 del 3 de septiembre de 1999 (fl. 61) por medio de la cual el Director General de la Policía Nacional dispuso su separación en forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional.

De las pruebas allegadas al proceso se pudo establecer:

- Del extracto de la hoja de vida se desprende que el actor fue dado de alta como Agente Alumno a partir del 12 de febrero de 1990 y prestó sus servicios en el Departamento de Policía de Santander (fl. 105).

- Por Resolución 11036 del 25 de octubre de 1990, el Director General de la Policía Nacional adicionó la Resolución 6994 del 12 de julio de 1990 por medio de la cual nombró Agente del Cuerpo Profesional al actor (fls. 108 – 109).

- El Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía de Santander, mediante providencia del 30 de septiembre de 1998 declaró responsable penalmente al actor del delito de lesiones personales en la humanidad de Víctor Francisco Pérez Ruiz, como autor material y procedió a

aplicar la pena correspondiente, consistente en que por no tener agravaciones punitivas y a su favor por observar buena conducta, entendida como una atenuación punitiva, fue condenado a la pena principal de dos (2) meses de arresto y un mil pesos (\$1000) moneda corriente como multa, y como pena accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal, teniendo en cuenta que la incapacidad no excedió de 30 días. Igualmente se le concedió la condena de ejecución condicional por tener derecho a ella, y en consecuencia se suspendió la ejecución de la pena por un período de prueba de dos (2) años, obligándolo a hacer presentaciones periódicas cada seis (6) meses ante el Juzgado de Primera Instancia por intermedio de la Auditoría Auxiliar de Guerra No. 100, previa suscripción del acta de compromiso (fls. 74 – 88).

- Contra la anterior providencia se interpuso el recurso de apelación, que fue resuelto por el Tribunal Superior Militar mediante sentencia del 11 de mayo de 1999, confirmando la sentencia proferida por el comandante del Departamento de Policía de Santander, notificada por edicto desfijado el día 27 de mayo de 1999 (fl. 97).

- A folios 98 y 99 del expediente obra copia del oficio suscrito por el Comandante del Departamento de Policía de Santander en su condición de Juez de Primera Instancia y dirigido al Director General de la Policía Nacional, por medio del cual pone en conocimiento lo decidido en las providencias de 1ª y 2ª instancia proferidas dentro del proceso en contra del actor, para los fines legales pertinentes.

- El Director General de la Policía Nacional mediante Resolución 03044 del 3 de septiembre de 1999 (fl. 61) separó en forma absoluta del servicio activo al actor, en consideración a los siguientes argumentos:

“(. . .)

Que el Tribunal Superior Militar, mediante sentencia del 11 de mayo de 1999, ejecutoriada el día 21 de junio del presente año, confirmó la providencia proferida por el Comandante del departamento de Policía Santander –Juez de Primera Instancia-, mediante la cual condenó al agente GUSTAVO PIEDRAHITA, a la pena principal de dos (2) meses de arresto, como autor responsable del delito de lesiones personales, concediéndole el beneficio de ejecución condicional.

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 38 del decreto 262 de 1994, el agente que resultare condenado por la Justicia Penal Militar o la Ordinaria a la pena principal de prisión o arresto por la comisión de delitos dolosos, será separado de la Institución en forma absoluta del servicio activo;

Que el Jefe del Grupo Talento Humano del Departamento de Policía Santander, mediante fax de fecha 30 de agosto de 1999, hace constar que el citado agente ha laborado en forma continua en esa Unidad,

Que por las razones expuestas, el Director General de la Policía Nacional en uso de las facultades que le confiere el artículo 41 del Decreto 262 de 1994,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Separar en forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional al AG. GUSTAVO PIEDRAHITA, C.C. 5'860.144, quien pertenece al Departamento de Policía Santander.

ARTICULO SEGUNDO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

(. . .).”

- El anterior acto administrativo fue notificado personalmente al actor el día 14 de septiembre de 1999, conforme se observa a folio 62 del expediente.

- A folio 124 obra oficio suscrito por el Comandante del Departamento de Policía de Santander, en el que se lee:

“(. . .)

Me permito informar al Tribunal Administrativo que el Juez de Primera Instancia es el encargado de ejecutar las sentencias que se profieran en su jurisdicción, para ello se profiere un Auto de Obedézcase y Cúmplase lo ordenado por el Honorable Tribunal Superior Militar efectuándose los correspondientes avisos de Ley a las respectivas autoridades así:

A la Dirección General de la Policía Nacional, a la Inspección General de la Policía Nacional y la Procuraduría No. 295 Penal I.

Con el Aviso emitido a la Dirección General, ésta efectúa los trámites pertinentes relacionados con el Régimen de Carrera de la Policía Nacional en cuanto a la suspensión, retiro, separación según lo ordenado en la providencia.

(. . .).”

El mentado acto administrativo fundamentó el retiro del actor en lo establecido en el artículo 38 del Decreto 262 de 1994 en concordancia con el artículo 41 de la misma preceptiva, normas de carrera del personal de agentes de la Policía Nacional, que disponen:

“ARTÍCULO 38. SEPARACIÓN ABSOLUTA. El agente de la Policía Nacional, que sea condenado por sentencia ejecutoriada **a la pena principal de prisión o arresto** por la Justicia Penal Militar o por la Ordinaria, salvo el caso de condena por delitos culposos, será separado en forma absoluta de la Policía Nacional.

El agente que sea separado en forma absoluta no podrá volver a pertenecer a la Policía Nacional.”

ARTÍCULO 41. AUTORIDAD QUE DISPONE LA SEPARACIÓN. La separación absoluta o temporal de que

tratan los artículos 38, 39 y 40 del presente Decreto, serán dispuestas por la Dirección General de la Policía Nacional, debiendo ordenarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de ejecutoria de la providencia respectiva.”

A su vez es el artículo 40 ibídem, dispone:

“ARTÍCULO 40. SEPARACIÓN POR SENTENCIA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL. El agente que sea condenado por la comisión de un delito, pero la autoridad judicial competente le hubiere concedido el subrogado penal de condena de ejecución condicional, será separado en forma absoluta o temporal, según se trate de los delitos a que se refieren los artículos 38 y 39 del presente decreto, respectivamente.”

De la anterior transcripción se evidencia que es causal para ser separado en forma absoluta del servicio, el haber sido condenado a la pena principal de prisión o arresto. La competencia radica en el Director General de la Policía Nacional y una vez ejecutoriada la providencia impositiva de la pena, se debe proferir el acto de separación del servicio dentro del término de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia que impuso la pena.

El recurrente alega que para el momento en que se profirió el acto de separación (14 de septiembre de 1999) ya había transcurrido el término que la normatividad dispuso.

Es una verdad incuestionable que el señor Gustavo Piedrahita fue condenado por la justicia penal militar a la pena principal de dos (2) meses de arresto, como autor responsable del delito de lesiones personales, concediéndole el beneficio de ejecución condicional. En tal virtud, con fundamento en el artículo 38 del Decreto 262 de 1994, vigente a la sazón, era obligación de la entidad proceder a separarlo en forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional,

por hallarse incurso en el supuesto de hecho que consagra dicho fundamento normativo.

En estas condiciones, la decisión se encuentra ajustada a las previsiones consagradas en el ordenamiento jurídico, es decir, a lo establecido en los artículos 38, 40 y 41 del Decreto 262 de 1994, por lo que no puede pretender el recurrente que el acto de retiro se tenga como ilegal e incurso en causal de nulidad, por el simple hecho de haberse expedido, supuestamente, por fuera del término consagrado en el artículo 41 del Decreto 262 de 1994, ya que la decisión de separarlo en forma absoluta de la Policía Nacional por haber sido condenado a la pena principal de dos (2) meses de arresto, multa de un mil pesos (\$1000) y como pena accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la pena principal, no contraría ningún mandato legal al existir una disposición de orden legal que autorizaba tal decisión.

Ahora bien, en el plenario no obra prueba que corrobore la afirmación de la parte actora en el sentido de haberse expedido por fuera del término de los treinta (30) días que la norma consagra.

Dentro del expediente se observa que el Juez de Primera Instancia si bien dio aviso al Director General de la Policía Nacional de las sentencias de 1ª y 2ª instancia, con oficio fechado el 7 de julio de 1999 (fl. 98), no se logró demostrar la fecha exacta en que fue recibida la respectiva comunicación para realizar el cómputo del término que la ley dispone.

Del material probatorio allegado se establece que la Policía Nacional cumplió con el deber que la ley le impone de informar de las providencias que la justicia penal militar emite (fls. 99 – 99) y es el juez de primera instancia el encargado de ejecutar las sentencias que se profieran en su jurisdicción, efectuando los correspondientes avisos de ley a las respectivas autoridades. Así mismo, le compete a la Dirección General el deber de efectuar los trámites pertinentes relacionados con el régimen de carrera de la Policía Nacional de acuerdo a lo ordenado en la providencia.

En tal sentido, obra a folios 98 y 99 del expediente copia de la comunicación enviada por el Juez de Primera Instancia – Comandante Departamento de Policía Santander – fechado 7 de julio de 1999, en el que se le informa al actor lo decidido en providencias de 1ª y 2ª instancia relacionadas con la declaración como responsable penal del delito de lesiones personales de hechos ocurridos el 1 de noviembre de 1995 en la Estación de Policía del Municipio de la Belleza (Santander).

El retiro del actor fue el resultado de un proceso penal, donde se le probó una conducta irregular y se le penalizó la falta en la que incurrió.

Así las cosas, se repite, el acto acusado se ajustó a derecho en cuanto obedeció a la condena impuesta al actor por haber sido encontrado responsable de un delito, hecho que le impide volver a pertenecer a la institución, por expresa prohibición legal.

Debe entenderse que la separación absoluta del servicio es una medida de carácter administrativo concedida al Director General de la Policía Nacional que tiene como objeto el mejoramiento y la eficacia del servicio encomendado, por la comisión de un hecho que atenta contra un bien jurídicamente protegido.

Conforme a lo anterior, resultan inaceptables los argumentos del recurrente al considerar que el Director de la Policía Nacional se excedió en la facultad para separarlo del servicio, por lo que se impone confirmar la decisión de primera instancia, en la medida en que el acto que lo retiró del servicio goza de la presunción de legalidad de todo acto administrativo.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia del veinticuatro (24) de julio de dos mil ocho (2008) proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que denegó las pretensiones de la demanda presentada por el señor **GUSTAVO PIEDRAHITA**.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO