

RETIRO DEL SERVICIO POR VOLUNTAD DE LA DIRECCION DE LA POLICIA NACIONAL – Sentencia de inexequibilidad. Decreto 1791 de 2000. Efecto

Así las cosas, no es que desaparezca el fundamento jurídico del acto acusado, retiro del servicio por voluntad de la Dirección de la policía nacional como efecto de la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 1791 de 2000, sino que revive la norma que regulaba la materia para el caso el Decreto 573 de 1995.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1791 DE 2000 / DECRETO 573 DE 1995

RETIRO DEL SERVICIO POR VOLUNTAD DE LA DIRECCION DE LA POLICIA NACIONAL – Discrecionalidad. Razonabilidad

La regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como el retiro del servicio por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional es la razonabilidad; en otras palabras la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad. En este sentido, el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINSITRATIVO-ARTICULO 34

FACULTAD DISCRECIONAL Y FACULTAD DISCIPLINARIA – Uso simultáneo cuando es evidente la afectación del servicio .

Se justifica el ejercicio concomitante de la facultad discrecional y la disciplinaria en el evento en que la conducta del oficial o suboficial objeto de la media afecte clara y gravemente la actividad funcional de la unidad o fuerza a la que se encuentre adscrito, lo contrario, esto es, el ejercicio de la facultada discrecional sin que sea evidente tal grado de afectación, por una conducta disciplinable, deslegitima el ejercicio de la facultad discrecional, además de que constituye una especie de responsabilidad objetiva proscrita de manera absoluta en el ordenamiento jurídico colombiano. Así las cosas, estima la Sala que la administración está facultada para que, de manera simultánea, haga uso tanto de la facultad discrecional como la disciplinaria en los casos en que resulta evidente la afectación del servicio para lo cual, deberá verificar cada caso en concreto la necesidad y razonabilidad en la adopción de dicha medida. Resulta evidente que la verdadera motivación que subyace al retiro del servicio del demandante no es otra que las distintas indagaciones que se venían adelantando en su contra, lo anterior toda vez que, como quedó visto, el nexo temporal entre la decisión de la Fiscalía de resolver la situación jurídica y su retiro del servicio resulta absoluto, en tanto ambas decisiones fueron proferidas el mismo día. Así las cosas, debe decirse que al no estar probada la afectación grave del servicio, que a juicio de la Dirección de la Policía Nacional suponía la permanencia del demandante como Sargento de la Policía Nacional se hace evidente que la decisión de su retiro del servicio no estuvo conforme a los hechos que supuestamente le servían de causa ni fue

proporcional a las normas que contemplaban dicha medida, como lo establece el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo. Concluye la Sala que en la decisión de retiro del servicio del señor Nelson Arcila Arias, se estructura el vicio por desviación de poder toda vez que, la misma no tuvo por fin el mejoramiento del servicio, como lo supone el ejercicio de la facultad discrecional prevista en los artículos 55 numeral 6, y 62 del Decreto 1791 de 2000, y mucho menos el respeto por los principios que gobiernan la función pública, artículo 209 de la Constitución Política ya que como quedó visto, con anterioridad, dentro del año inmediatamente anterior a la expedición del acto acusado, la hoja de vida del demandante permitía advertir con lujo de detalles sus idoneidad y capacidad personal y profesional para desempeñar el grado de Sargento de la Policía Nacional.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1791 DE 2000 – ARTICULO 55 / DECRETO 1791 DE 2000 – ARTICULO 62 / CONSTITUCION POLITICA

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 68001-23-15-000-2001-01079-02(2190-10)

Actor: NELSON ARCILA ARIAS

Demandado: POLICIA NACIONAL

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 31 de octubre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que negó las pretensiones de la demanda incoada por NELSON ARCILA ARIAS contra la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

ANTECEDENTES

Nelson Arcila Arias, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó del Tribunal Administrativo de

Santander la nulidad de la Resolución No. 00026 de 11 de enero de 2001, suscrita por el Director General de la Policía Nacional, mediante la cual se ordenó su retiro del servicio por voluntad de la Dirección General, de conformidad con lo previsto en los artículos 55, numeral 6, y 62 del Decreto 1791 de 2000.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la entidad demandada reintegrarlo al grado que venía ostentando al momento del retiro, o a uno de superior jerarquía, sin solución de continuidad.

Así mismo, pidió el reconocimiento y pago de los salarios, ascensos y demás haberes dejados de percibir, desde el momento de su retiro hasta su reintegro efectivo y que se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Los hechos de la demanda se resumen así:

El 16 de julio de 2000 el señor Nelson Arcila Arias fue trasladado al municipio de Lebrija, Santander, en calidad de Subcomandante de la Estación de Policía.

Se manifestó que, estando en ejercicio de sus funciones en el citado municipio se percató de la actividad delictiva que venía perpetrando una banda criminal dedicada al hurto de hidrocarburos del oleoducto de Ecopetrol, vía Galán-Bucaramanga en asocio con miembros de la Policía Nacional.

Se indicó, que la anterior situación fue puesta en conocimiento de sus superiores quienes le ordenaron al demandante continuar la investigación, que hasta el momento había venido adelantando de manera reservada, con el fin de no alertar a los miembros de la institución comprometidos presuntamente en los citados hechos delictivos.

No obstante lo anterior, sostuvo que la Fiscalía Tercera de la Unidad de Estructura y Apoyo, de Bucaramanga, vinculó formalmente al señor Nelson Arcila Arias, con medida de aseguramiento, a la investigación penal que se siguió por los hechos relacionados con el hurto de hidrocarburos, en el oleoducto de Ecopetrol, vía Galán- Bucaramanga.

Señaló que, la Fiscalía General de la Nación no tuvo en cuenta que fue gracias a la información suministrada por el señor Nelson Arcila Arias, en su condición de miembro de la Policía Nacional, que fue posible dismantelar la banda criminal dedicada al hurto de Hidrocarburos en el departamento de Santander.

Se manifestó que, estando en curso la citada investigación penal, en contra del demandante, el Director General de la Policía Nacional mediante Resolución No. 00026 de 11 de enero de 2001, dispuso su retiro definitivo del servicio, por voluntad de la Dirección General, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 55, numeral 6, y 62 del Decreto 1791 de 2000.

No obstante lo anterior, precisó que el 11 de enero de 2001, el Fiscal Primero Especializado de Bucaramanga, se abstuvo de proferir medida de aseguramiento, y en consecuencia canceló la orden de captura vigente en contra del señor Nelson Arcila Arias.

Teniendo en cuenta lo anterior, sostuvo la parte demandante que la verdadera motivación del acto administrativo mediante el cual se dispuso el retiro del señor Nelson Arcila Arias lo fue la investigación penal que se siguió en su contra lo que, a su juicio, claramente constituye una falsa motivación en tanto la Dirección General de la Policía no perseguía el mejoramiento del servicio.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 5, 6, 10, 12, 13, 15, 16, 21, 23, 25, 26, 29, 31, 34, 53, 58, 76, 83, 90, 93, 109, 121, 123, 125, 175, 176, 177, 178, 209, 211, 217, 218, 222, 230, 241 y 252.

Del Código de Procedimiento Civil, el artículo 150.

De la Ley 153 de 1887, el artículo 8.

De la Ley 200 de 1995, el artículo 1.

Del Decreto 2335 de 1971, los artículos 33, 35 y 36.

Del Decreto 01 de 1984, los artículos 30, 36, 84 y 85.

Del Decreto 1800 de 2000, el artículo 1.

Del Decreto 1798 de 2000, el artículo 1.

Del Decreto 1791 de 2000, el artículo 55.

Al explicar el concepto de violación en la demanda se sostiene, que la decisión adoptada por el Director General de la Policía de retirar del servicio al demandante resulta injustificada teniendo en cuenta su conducta ejemplar, y absoluta entrega, en el cumplimiento de sus deberes como Sargento de esa institución.

Sostuvo que la falta de motivación del acto demandado no es una característica propia del ejercicio de la facultad discrecional toda vez que, tal omisión lesiona los derechos del demandante al ocultar las verdaderas razones que tuvo la administración para disponer su retiro del servicio activo.

Argumentó que, el acta No. 08 de 10 de enero de 2001, proferida por la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, también vulneró el principio de publicidad, en la medida en que no expuso los motivos que tuvo para sugerir el retiro definitivo del servicio del señor Nelson Arcila Arias de la Policía Nacional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Policía Nacional contestó la demanda con los siguientes argumentos (fls. 447 a 450, cuaderno No.1):

Se refiere en primer lugar, a que el retiro del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional por voluntad de la Dirección General, en ejercicio de la facultad discrecional, no requiere explicación de los propósitos que lo animan, ya que éstos se presumen expedidos para mejorar el servicio.

Señala, que no son argumentos suficientes para pretender la nulidad del acto acusado, la antigüedad, la excelencia y la superación de las evaluaciones de servicio por parte del actor, dado que tratándose de un miembro de la Policía Nacional la exigencia de su comportamiento resulta mayor que la de cualquier otro servidor público, en razón a la trascendental labor que desarrollan para el país.

Precisó que, el retiro del servicio del Sargento Nelson Arcila Arias se ajustó a las exigencias previstas en los artículos 55, numeral 6, y 62 del Decreto 1791 de 2000, esto es, que el mismo estuviera precedido del concepto de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, tal como ocurrió en el caso concreto.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander mediante sentencia de 31 de octubre de 2008, negó las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (fls. 696 a 723, cuaderno No.1):

Sostiene el Tribunal, que los artículos 55, numeral 6, y 62 del Decreto 1791 de 2000 le confieren al Director de la Policía Nacional la facultad discrecional de retirar al personal de oficiales y suboficiales de dicha institución, sin explicar los motivos que lo llevan a tomar tal decisión, en atención a la importante misión constitucional y legal que desarrollan en beneficio de la seguridad nacional.

Manifestó que el hecho de que la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional haya recomendado el retiro del servicio activo del demandante permite advertir, que se trató de una actuación ajustada a las normas que le confieren al Director de la Policía Nacional la facultad discrecional para retirar del servicio a sus oficiales y suboficiales, por voluntad de la Dirección General, sin necesidad de explicar las causas que llevan a tomar tal determinación.

Precisó que, el retiro por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional constituye una causal de retiro de los miembros de la Policía Nacional reglada, toda vez que sólo procede previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, lo que claramente excluye el proceder arbitrario de los altos mandos en su ejercicio.

Bajo estos supuestos, concluyó el Tribunal que el retiro del servicio del demandante, por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, estuvo ajustado a lo dispuesto en los artículos 55, numeral 6, y 62 del Decreto 1791 de 2000 razón por la cual, se niegan las pretensiones de la presente demanda.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído (fls. 788 a 797, cuaderno No.1):

Argumenta el recurrente, que la facultad discrecional con que cuentan los altos mandos de la Fuerza Pública, para remover a sus oficiales y suboficiales, no resulta ser absoluta, dado que su ejercicio siempre debe estar en consonancia con la Constitución Política y la ley, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

Precisó que cuando la administración adopta una decisión con fundamento en su facultad discrecional, por regla general, invoca razones del servicio lo cual constituye una negación de las verdaderas razones y fundamentos que sustentan la decisión lo que, en la práctica, impide que la persona afectada pueda controvertir en sede jurisdiccional su legalidad.

Sobre este particular, indicó que en el acta No. 8 de 10 de enero de 2001, de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, se observa la falta de discusión y análisis de la conducta del actor durante el tiempo que estuvo al servicio de la entidad demandada, siendo evidente que la verdadera intención de la entidad con su retiro era ajena al mejoramiento del servicio.

En este punto, precisó que la verdadera motivación que llevó al Director General de la Policía a ordenar el retiro del servicio del señor Nelson Arcila Arias fue su supuesta participación en hechos delictivos, estos es, en el hurto de hidrocarburos del oleoducto de Ecopetrol, vía Galán- Bucaramanga, situación que con posterioridad fue aclarada, siendo el demandante exonerado de toda responsabilidad.

ALEGATOS

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado estima necesario revocar la sentencia impugnada, con las siguientes consideraciones (fls. 825 a 830, cuaderno No. 1):

Sostuvo que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 55, numeral 6, y 66 del Decreto 1791 de 2000 el Director de la Policía Nacional contaba con la facultad para retirar al demandante del servicio activo siempre que dicha decisión hubiera estado

fundada en razones o motivos del servicio, las cuales debían estar contenidas en la recomendación proferida por la Junta de Calificación.

En este sentido, precisó que verificada el Acta emitida por la Junta de Evaluación y Clasificación se advierte que si bien se recomienda el retiro del demandante, por razones del servicio, se omite un análisis detallado de cuales fueron los verdaderos motivos que se tuvieron en cuenta para considerar que su permanecía en la institución resulta inconveniente.

Manifestó que, a lo anterior se suma el hecho de que la fecha de expedición del acto administrativo mediante el cual se dispuso el retiro del servicio del señor Nelson Arcila Arias coincide con el desarrollo de la investigación penal que la Fiscalía General de la Nación adelantó en su contra, por el posible delito de hurto de hidrocarburos la cual precisó, la Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, concluyó exonerándolo de todos los cargos que se le imputaban en su contra.

Bajo estos supuestos, estimó el Ministerio Público que además de que el acto por el cual se dispuso el retiro del demandante carecer de un análisis detallado de su comportamiento, el mismo fue expedido antes de que la Fiscalía General de la Nación concluyera la investigación penal que se seguía en su contra, lo que da cuenta de que la decisión adoptada por la Dirección General de la Policía Nacional fue injusta y desproporcionada a los fines de la norma que la autorizaba.

CONSIDERACIONES

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

Problema jurídico por resolver

Se trata de determinar si en el presente caso, la entidad demandada, Nación, Policía Nacional, ejerció correctamente la facultad discrecional al retirar al actor del servicio activo, o si por el contrario, desvió los motivos que justifican la adopción de esta medida.

Acto Acusado

Observa la Sala que el actor en el escrito de demanda señaló como acto demandado:

Resolución No. 00026 de 11 de enero de 2001, expedida por el Director General de la Policía Nacional, mediante la cual se ordenó el retiro del actor, por voluntad de la Dirección General, conforme lo dispuesto en los artículos 55, numeral 6 y 62 del Decreto 1791 de 2000 (fls. 392 a 394, cuaderno No.1).

EL CASO EN ESTUDIO

Las normas que se invocan como sustento de la decisión.

El retiro del servicio activo de la Policía Nacional del demandante, por voluntad de la Dirección General, se dispuso con fundamento en los artículos 55 numeral 6 y 62 del Decreto 1791 de 2000, en cuyo tenor se establece:

“ARTÍCULO 55. CAUSALES DE RETIRO. El retiro se produce por las siguientes causales:

1. *Por solicitud propia.*
2. *Por llamamiento a calificar servicios.*
3. *Por disminución de la capacidad sicofísica.*
4. *Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.*
5. *Por destitución.*
6. ***<Apartes tachados INEXEQUIBLES> Por voluntad del Gobierno para oficiales y del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo, los suboficiales y los agentes.***
7. *Por no superar la escala de medición del Decreto de Evaluación del Desempeño Policial.*
8. *Por incapacidad académica.*
9. *Por desaparecimiento.*
10. *Por muerte.”.*

Y, el artículo 62 ibídem en su redacción inicial, disponía:

“ARTÍCULO 62. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO, O DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL. Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los oficiales o¹ la Dirección General de la Policía

¹. Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C253-03](#) de 25 de marzo de 2003, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis. Expresa la Corte en los considerandos de la Sentencia, "El presidente de la República no puede modificar, adicionar o derogar decretos distintos a los establecidos expresamente en el artículo 2 de la Ley 578 de 2000".

Nacional por delegación del Ministro de Defensa Nacional, para el nivel ejecutivo, los suboficiales, y agentes podrán disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional para los oficiales o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva para los demás uniformados.”.

Sobre la vigencia del Decreto 1791 de 2000, en el artículo 95 ibídem, se indicó:

“Art. 95.-VIGENCIA. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga los Decretos 041 de 1994, con excepción de lo dispuesto en el artículo 115, relacionado con los Títulos IV, VI y IX y los artículos 204, 205, 206, 210, 211, 213, 214, 215, 220, 221 y 227 del Decreto 1212 de 1990; 262 de 1994 con excepción de lo dispuesto en el artículo 47, relacionado con los Títulos III, IV y VII y los artículos 162, 163, 164, 168, 169, 171, 172, 173 y 174 del Decreto 1213 de 1990; 132, 573 y 574 de 1995 y demás normas que le sean contrarias.”.

De los efectos de la sentencia C-253 de 2003.

La Corte Constitucional en sentencia C-253 de 2003 declaró inexecutable las siguientes expresiones del Decreto 1791 de 2000:

a. “573 y” contenida en el párrafo del artículo 50 del Decreto 1791 de 2000.

b. “de los oficiales” ; “por decreto del Gobierno; y el” ; “suboficiales” contenidas en el segundo inciso, y “El retiro de los oficiales deberá someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de Oficiales Generales y en los demás grados en los casos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, no superar la escala de medición del Decreto de evaluación del desempeño o muerte”, contenidas en el tercer inciso, del artículo 54 del Decreto 1791 de 2000.

c. “del Gobierno para oficiales y” y “los suboficiales” contenidas en el numeral 6° del artículo 55 del Decreto 1791 de 2000.

d. “oficiales, suboficiales y” contenida en el artículo 57 del Decreto 1791 de 2000.

e. “Cuando se trate de oficiales, se requerirá concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional.” Contenidas en el inciso final del artículo 59 del Decreto 1791 de 2000.

f. “el Gobierno Nacional para el caso de los oficiales o”; “los suboficiales” ; “de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la

*Policía Nacional para los oficiales o” y “para los demás uniformados”
contenidas en el artículo 62 del Decreto 1791 de 2000.*

*g. “1. Cuando pierda por segunda vez el concurso para el ascenso al
grado de Teniente Coronel.”, contenidas en el numeral 1° del artículo
64 del Decreto 1791 de 2000” (negrilla fuera de texto).*

En relación con los efectos de la sentencia proferida por la Corte Constitucional respecto de los actos administrativos expedidos en vigencia del Decreto 1791 de 2000, esta Sala en sentencia de 17 de agosto de 2006 con ponencia del Magistrado Alejandro Ordóñez Maldonado, rectificó el criterio jurisprudencial de interpretación aplicado en casos anteriores, y señaló sobre el particular:

“(…)

*La Sala en esta oportunidad, rectifica el criterio expuesto en la
sentencia cuya parte pertinente antes se transcribió por las razones
que a continuación se exponen:*

*El Decreto Ley 1791 del 14 de septiembre de 2000, « por el cual se
modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel
Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”, fue expedido
por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades
extraordinarias que le confirió la Ley 578 de 2000.*

*Tal decreto fue objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional
en sentencia C-253 del 25 de marzo de 2003 donde declaró
inexequible, la expresión “573” contenida en el Art. 95 del D. 1791 de
2000, y las expresiones “el Gobierno Nacional para el caso de los
oficiales o”; “los suboficiales” “ de la Junta Asesora del Ministerio de
Defensa para la Policía Nacional para los oficiales o” y “para los demás
uniformados” contenidas en el art. 62 del Decreto 1791 de 2000.*

***La declaratoria de inexequibilidad obedeció a que el Presidente de
la República rebasó las facultades extraordinarias que le otorgó el
legislador en la Ley 578 de 2000 pues en la lista de decretos sobre
los cuales podía ejercer la facultad legislativa no se encontraba el
Decreto 573 de 2000 (sic), que regula lo relacionado con los
oficiales y suboficiales de la Policía Nacional.***

*En este caso podría predicarse la inaplicación por inconstitucionalidad
de los arts. 62 y 95 del Decreto Ley 1791 de 2000 a partir de la fecha
en que este empezó a regir y hasta la fecha de ejecutoria de la
sentencia de la Corte Constitucional que declaró la inexequibilidad
preenunciada, sin embargo la misma decisión de la Corte nos da la
solución en la medida que no quedó derogado el Decreto 573 de 1995
que contempla en su art. 12 el retiro de oficiales y suboficiales de la
Policía Nacional por parte del Gobierno Nacional o del Director de la
Policía Nacional con fundamento en la facultad discrecional, es decir
que el acto acusado que se expidió con fundamento en el art. 62 del*

Decreto 1791 de 2000 se encuentra ajustado a derecho porque el Ministro de Defensa tenía facultades legales para ello.

En efecto, el acto acusado fue expedido por la autoridad competente de conformidad con el Decreto 573 de 1995, el cual rigió la materia aún en vigencia del Decreto 1791 de 2000, en virtud de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, conforme a las razones anotadas y con mayor razón después de la declaratoria de inexecutable de este último decreto que recobró vigencia formalmente.”.

Así las cosas, no es que desaparezca el fundamento jurídico del acto acusado como efecto de la declaratoria de inexecutable, sino que revive la norma que regulaba la materia para el caso el Decreto 573 de 1995. En ese orden, la Sala comparte y acoge los planteamientos expuestos por la Magistrada Dra. Ana Margarita Olaya, en cuanto rectificó su posición inicial y en la salvedad de voto en la sentencia de la Sub-Sección “A” del 24 de abril de 2006, Exp. 3959 de 2004, puntualizó:

“Es decir que, en el sub-judice, si se confronta la normatividad en la cual se fundamentó el acto de retiro (Decreto 1791 de 2000), con la Carta Política, se observa que no riñe el ordenamiento legal con el constitucional por cuanto, como ya vio en párrafos anteriores, dentro de la ley 578 de 2000, que facultó al Presidente para derogar, adicionar, modificar algunos Decretos no quedó incluido el 573 de 1995.

La omisión de índole formal, al no haberse contenido éste último ordenamiento en la ley 578, se traduce en que el Decreto 573 de 1995 reina actualmente en el mundo jurídico y, por ende, la facultad y la competencia del Presidente están completamente vigentes para retirar del servicio activo al personal de oficiales y suboficiales de las respectivas fuerzas, ya sea de forma temporal y con pase a la reserva, por llamamiento a calificar servicios o de manera absoluta, por voluntad del Gobierno o del Director General, por cuanto el Decreto 573 de 1995 es el único que no fue alterado en manera alguna, a diferencia de la gran mayoría de las normas que reglamentan la carrera policial y que en cierta medida sufrieron algún tipo de modificación legal”.

Del retiro del servicio por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.

Tratándose del retiro del servicio por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional se ha dicho que tal figura entraña el ejercicio de una facultad discrecional, como potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa, adoptar una u otra decisión; es decir, la permanencia o retiro del servicio cuando a su juicio, las necesidades del servicio así lo exijan. En estos eventos, el servidor público que la ejerce es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

En punto del tema del retiro por voluntad de la Dirección General, estima la Sala que tal medida atiende a un concepto de evolución institucional, en este caso de la Policía Nacional, conduciendo necesariamente a la adecuación de su misión y la visión, a los desafíos a los que se enfrenta una institución cuyo objetivo principal es velar por la seguridad ciudadana. En este sentido, estamos en presencia de un valioso instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos.

Por su parte, cabe señalar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como el retiro del servicio por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional es la razonabilidad; en otras palabras la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad.

En este sentido, el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.

En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales,

objetivos y ciertos, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A.

De la actuación previa, concomitante y posterior al retiro del servicio del demandante.

El argumento central de esta censura radica en que a juicio del demandante su retiro del servicio como Sargento Segundo de la Policía Nacional no obedeció a razones del buen servicio, tal como lo exigen los artículos 55, numeral 6, y 62 del Decreto 1791 de 2000, y como lo ha querido hacer ver el Director de la Policía Nacional. Sobre este particular, precisó que su retiro del servicio tuvo lugar por las investigaciones penal y disciplinaria que se siguieron en su contra y que con posterioridad culminaron con decisiones favorables a su causa.

Sobre el particular, advierte la Sala que a folio 499 del cuaderno No. 1 del expediente figura informe, de 29 de diciembre de 2000, suscrito por el Jefe de la SIJIN, del Departamento de Santander dirigido al Comandante de la Policía de ese Departamento mediante el cual le manifiesta que la Fiscalía Tercera Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bucaramanga, vinculó formalmente al proceso penal radicado bajo el No. 88.467 a varios oficiales y suboficiales de esa institución, librando en consecuencia orden de captura en su contra, entre los que se encontraba el Sargento Nelson Arcila Arias.

Para mayor ilustración se transcriben los apartes, pertinentes, del citado informe:

“Con toda atención me permito informar al señor Coronel, que en investigación adelantada en esta Unidad por el delito de Hurto de Hidrocarburos, el señor Fiscal Tercero Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de ésta ciudad – unidad de estructura de apoyo, ordenó la captura de los siguientes policiales, a quienes vinculó formalmente dentro del proceso radicado No. 88.467 por el presunto delito de COHECHO. (...)

2. SS. NELSON ARCILA ARIAS CC Nro. 10.138.566”

El 10 de enero de 2001, la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, mediante Acta No. 008 recomendó el retiro del servicio del señor Nelson Arcila Arias como Suboficial de la Policía Nacional, en los siguientes términos (fls. 468 a 469, del cuaderno No. 1):

**“POLICÍA NACIONAL
JUNTA DE EVALUACIÓN Y CLASIFICACIÓN PARA
SUBOFICIALES
PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO Y AGENTES**

Bogotá, D.C., enero 10 de 2001

Acta No. 008

En Bogota, D.C., a los diez (10) día del mes de enero de dos mil uno (2001), siendo las 16:30 horas, se reunieron en la Sala de Juntas de la Inspección General, la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, establecida en el artículo 22 del Decreto 1791 de 2000 y parágrafo del artículo 49 del Decreto 1800 de 2000 y conformada mediante Resolución No. 03509 del 3 de octubre de 2000. (...)

RETIROS

Abierta la sesión por el señor Mayor General Inspector de la Policía Nacional, se procede a dar cumplimiento a los artículos 55 y 62 del Decreto 1791 del 14 de septiembre de 2000, en el sentido de recomendar por razones del servicio y en forma discrecional, el retiro del servicio activo de la Policía Nacional, por voluntad de la Dirección General al personal que se relaciona a continuación, adscrito a la unidad que en cada caso se indica, una vez estudiadas las respectivas hojas de vida, así: (...)

S.S. NELSON ARCILA ARIAS (...).”

No obstante lo anterior, el 11 de enero de 2001, la Fiscalía Primera de la Unidad Especializada de Bucaramanga procedió a resolver la situación jurídica de los oficiales y suboficiales capturados dentro de la investigación penal No. 88.467, absteniéndose de proferir medida de aseguramiento en contra del Sargento Nelson Arcila Arias sin que ello, en ese momento, significara su exclusión de la referida investigación penal.

Así se observa en la referida providencia suscrita por el Fiscal Primero de la Unidad Especializada de Bucaramanga:

“HECHOS

La Policía de Santander a través de la Sijín inició la correspondiente investigación previa la interceptación de varios abonados telefónicos y seguimiento beepers en especial de los cabecillas de la organización criminal Segundo Isidoro Álvarez Rodríguez y Diomedes Vargas Téllez quienes lideran una banda para cometer delitos de Hurto de

hidrocarburos sobre el oleoducto de ECOPETROL vía Galán – Bucaramanga en jurisdicción del Municipio de Lebrija durante los meses de octubre y noviembre de dos mil.

En razón a esas interceptaciones y a seguimientos y vigilancias por las autoridades se pudo corroborar sobre el hurtos (sic) de gasolina y A.C.P.M., del oleoducto que bombea vía Galán – Bucaramanga superando la cuantía de diez salarios radicando la competencia en la Fiscalía Especializada. (...)

La prueba que campea en esta investigación es la técnica razón por la cuál la Unidad de Estructuras de Apoyo ordenó la captura de varias personas haciéndose efectiva la de trece relacionadas al inicio de esta resolución, entre las que se cuentan seis miembros de la Policía Nacional a quienes se les señala como incurso en delito de cohecho al recibir dineros provenientes de la delincuencia dedicada al hurto de combustible para que dejaran pasar los vehículos con el objeto del hurto. Cinco de los vinculados a esta investigación se encuentran detenidos y a disposición de otras Fiscalías. (...)

Al folio 807 y ss. se observa el escrito presentado por el Doctor Orlando Cadena Tovar defensor del Sargento Nelson Arcila Arias, en el cuál una vez efectuada narración de los hechos, hace énfasis que el citado sub-oficial de la Policía actuó como infiltrado en la organización para así desenmascarar la red delincencial que perseguía el hurto de combustibles a ECOPETROL y la de sus compañeros de labores que recibían dinero a cambio de dejar pasar el combustible hurtado.(...)

ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

(...) Debemos tener en cuenta que los hurtos a que se refieren las interceptaciones y los informes del Sargento Arcila Arias ocurrieron entre el nueve y el veinte de noviembre de dos mil, sin embargo la labor investigativa reporta actividades delictivas del mes de octubre del dos mil sobre el oleoducto Galán, Bucaramanga, sin embargo el posible compromiso del Sargento Arcila se refiere a las actividades del mes de noviembre, sin que su nombre sea objeto de señalamiento alguno en fechas anteriores a dicho mes, cobrando fuerza la versión del Sub-oficial referido y acreditando su veracidad.

No podemos en este estado de la investigación concluir que ARCILA ARIAS conocía las actividades de la policía tendientes a descubrir a quienes utilizando su calidad, permitían el accionar de los delincuentes, razón por la cual declinó de algún propósito criminal, no ello no se ha demostrado y si se reporta en su favor la información suministrada, que dio lugar a la aprehensión de sus colegas y la de otras personas que en mayor o menor escala pueden resultar comprometidas con el hurto del combustible (...).”.

Sin embargo, cabe advertir que en esa misma fecha, mediante Resolución No. 00026, y teniendo en cuenta la recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, el Director de

la Policía Nacional ordenó el retiro del servicio del actor, por voluntad de la Dirección General, de acuerdo a lo previsto en los artículos 55 numeral 6, y 62 del Decreto 1791 de 2000.

Para mayor ilustración se transcriben los apartes pertinentes de la referida Resolución (fl. 392, cuaderno No. 1):

**“POLICÍA NACIONAL
RESOLUCIÓN NÚMERO 00026 DE 2001**

*Por la cual se retira del servicio activo
A un personal de la Policía Nacional*

EL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL
*En uso de las facultades legales, que le confiere el
Artículo 11 numeral 4 de la Resolución Ministerial de delegación 1576
Del 13 de octubre de 2000*

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Retirar del servicio 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 1791 de 2000, al siguiente personal de la Policía Nacional, adscrito a la unidad que en cada caso se indica (...)

DESAN

SS. NELSON ARCILA ARIAS 10138566 (...).”

Así mismo, a folio 507 del cuaderno No. 1 del expediente, se advierte auto de apertura de investigación disciplinaria de 24 de enero de 2001, mediante el cual la Oficina de Asuntos Disciplinarios de la Jefatura SIJIN, de la Policía del Departamento de Santander, ordena la apertura de investigación disciplinaria en contra de varios oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, entre ellos, el señor Nelson Arcila Arias, con fundamento en *“las órdenes de captura por el delito de cohecho expedidas por el Fiscal Tercero Estructura de Apoyo Bucaramanga. Con el fin de establecer las circunstancias de tiempo modo y lugar en que ocurrieron los hechos informados y la presunta responsabilidad disciplinaria que les pueda asistir o no al (sic) policiales inculpados (...).”*

Del ejercicio conjunto de las facultades discrecional y disciplinaria.

Para la Sala resulta pertinente señalar, en punto de la concurrencia del ejercicio de la facultad discrecional y la disciplinaria, que bien puede la administración hacer uso de la primera de ellas siempre que los hechos que llevan a adoptar tal decisión sean los mismos que dan lugar al ejercicio del diligenciamiento disciplinario, y sólo cuando estos entrañen una grave afectación del servicio.

En efecto, se justifica el ejercicio concomitante de la facultad discrecional y la disciplinaria en el evento en que la conducta del oficial o suboficial objeto de la medida afecte clara y gravemente la actividad funcional de la unidad o fuerza a la que se encuentre adscrito, lo contrario, esto es, el ejercicio de la facultad discrecional sin que sea evidente tal grado de afectación, por una conducta disciplinable, deslegitima el ejercicio de la facultad discrecional, además de que constituye una especie de responsabilidad objetiva proscrita de manera absoluta en el ordenamiento jurídico colombiano.

Así las cosas, estima la Sala que la administración está facultada para que, de manera simultánea, haga uso tanto de la facultad discrecional como la disciplinaria en los casos en que resulta evidente la afectación del servicio para lo cual, deberá verificar cada caso en concreto la necesidad y razonabilidad en la adopción de dicha medida. Sobre el particular esta Sección en reciente pronunciamiento sostuvo que²:

“De nuevo, ante la ocurrencia de presuntas irregularidades en el Operativo de 20 de enero de 2003, la facultad de retiro discrecional resultaba viable sólo en la medida en que el hecho evidentemente condujera a una afectación en el servicio, situación que, se reitera, no se da en el presente asunto pues el retiro del accionante, con las calidades y antecedentes anotados, no evidencia la razonabilidad de la medida, y entrevé una sanción en donde se miró el hecho objetivo de una acusación.

Esta conclusión, debe resaltarse, tampoco puede llevar a afirmar que en todos los casos en que un hecho sea disciplinable o sancionable penalmente la Institución deba esperarse a que finalice la investigación para retirar al funcionario, pues, se repite, dadas las particularidades del caso y el grado de afectación del servicio, es viable ejercer también la facultad discrecional, siempre y cuando ella sea razonable y proporcional a los hechos que rodean el caso, pues lo contrario sería permitir que decisiones apresuradas tendientes a dar mayor credibilidad pública del servicio prestado por la Policía Nacional implique la violación de los derechos de los afectados y se permita un prejuzgamiento contrario al orden constitucional y legal.”.

² Sentencia de 25 de noviembre de 2010. Rad. 0938-10. Consejero Ponente: Dr. Víctor Alvarado Ardila.

Del caso concreto

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, procede la Sala a verificar si la conducta del señor Nelson Arcila Arias como Sargento de la Policía Nacional, y por la cual se le ingadó penal y disciplinariamente, afectó gravemente la actividad funcional de dicha institución y en consecuencia justificó el ejercicio simultáneo tanto de la facultad discrecional, mediante la cual se dispuso su retiro del servicio, y la disciplinaria.

Sobre el particular, advierte la Sala a folio 15 del cuaderno No. 2 del expediente extracto de la hoja de vida del demandante, el cual comprende la totalidad del período durante el cual estuvo vinculado a la Policía Nacional como Sargento, y en el que se observa que su desempeño durante ese tiempo, no sólo estuvo exento de sanciones disciplinarias, sino que le hizo merecedor de múltiples felicitaciones.

Así se observa en el citado documento:

“EXTRACTO DE LA HOJA DE VIDA

Señor: *SS(r). ARCILA ARIAS NELSON*
Identificado con C.C. *10.138.566 de Pereira*
Dado de alta como: *Agente Alumno Desde 12-Feb-90*
Mediante: *OAP 65 1990 Retirado: 12- Ene-2001 Según: R026/2001*
Con el Grado: *Sargento Segundo*
Para efectos de: *Dar respuesta petición*
Total tiempo de servicio: *Año 11 Meses 00 Días 26*
Incluyendo Diferencia Año laboral
Observaciones. Felicitaciones: *Le figuran 64 comprobantes de felicitaciones por varios motivos. Sanciones: A la fecha de hoy no se le registra en su hoja de vida ninguna sanción disciplinaria. Le aparece mención honorífica hasta por tercera vez. Sin más distintivos.”. (...)*

Las anteriores circunstancias, se advierten con mayor detalle en el formulario 3 FV, folio de vida, en el que se evaluó el desempeño del señor Nelson Arcila Arias durante los meses inmediatamente anteriores a su retiro del servicio, en los siguientes términos (fls. 56 a 60):

DEPARTAMENTO DE POLICÍA DE SANTANDER FORMULARIO 3 – FV		
	Apellidos y Nombre	Cédula

	ARCILA ARIAS NELSON	10.138.566
Unidad Santa Rosa del Sur DESAN	CARGO Subcomandante Unidad	Año 2000
Fecha	ANOTACIONES	Enterado
01-03-00	Apertura: En la fecha se abre el presente folio de vida por inicio del período evaluable por calificación de ascenso.	
01-03-00	Anotación Positiva: Por lograr la recuperación del vehículo Mazda tipo coupe, Mod 95, azul No. de motor E-3-358421, de placas ZOE 450, con sistema de indentica (sic) BFV 155, el cual fue dejado a disposición de la SIJIN DESAN. Hechos sucedidos el 130100.	
01-03-00	Anotación Positiva: Por la aprehensión de JHON FERNEY CIRO IDARRAGA, a quien mediante requisita se le incautó un revolver Llama Scorpio, 38 largo, No. externo IM 94130, con 05 cartuchos, sin permiso para porte o tenencia, hechos registrados el día 160100 a eso de las 01:00 horas.	
01-03-00	Anotación Positiva: Por la aprehensión de Saúl Rincón Rojas, a quien se le incautó una pistola, sin marca, calibre 22, no. externo 17370, con un proveedor y 10 cartuchos para la misma sin permiso para porte o tenencia, hechos registrados el día 160100 en la zona urbana de Santa Rosa del Sur.	
01-03-00	Anotación Positiva: Por la retención de Edwin Marin Peña, a quien se le incautó un revólver Smith Wesson, 38 largo, No. externo AEY 4184, con 09 cartuchos, sin el respectivo permiso para porte o tenencia, hechos registrados el 170100 en la zona urbana de Santa Rosa del Sur.	
01-03-00	Anotación Positiva: Por la captura de IRENE TAPIA POVEDA, solicitada mediante Oficio 021 del 240100 proceso 00077 emanado del Juzgado Promiscuo Municipal, sindicada de lesiones personales, hechos registrados el 250100 en la zona urbana de Santa Rosa del Sur.	
01-03-00	Anotación Positiva: Por la aprehensión de ABEL MONTENEGRO REYES, a quien se le incautó una	

	<i>pistola calibre 25 marca coltis, No. externo 30479, con un proveedor y siete cartuchos, sin permiso para porte o tenencia, hechos registrados el 310100 en la zona urbana de Santa Rosa del Sur.</i>	
12-03-00	Anotación Positiva: <i>Por la captura del señor JOSÉ NICANOR RUBIO RUA, solicitado mediante orden 003 del 100200 proceso 000996 emanado del Juzgado Promiscuo Municipal de Santa Rosa del Sur, sindicado de lesiones personales en accidente de tránsito.</i>	
14-03-00	Anotación Positiva: <i>Por participar en la inmovilización del Toyota Land Cruiser de placas 901 de Venezuela a EVELIO SIERRA VACA, por no portar los documentos requeridos para (sic) transitar dentro del territorio nacional.</i>	
30-06-00	Concepto: <i>Durante su permanencia en esta Unidad como Subcomandante de Estación, demostró interés en el ejercicio del cargo y tubo control permanente sobre el personal subalterno.“.</i>	

Teniendo en cuenta lo consignado en el formulario “3FV “, visible a folio 56 del cuaderno No. 1 del expediente, se observa que durante el año inmediatamente anterior al retiro del servicio del demandante, esto es, entre el 1 de marzo y el 30 de junio de 2000, en su hoja de vida sólo constan anotaciones positivas, consistentes en felicitaciones por su disciplina, capacidad de dinamismo y cumplimiento de los compromisos en virtud del grado que ostentaba como Sargento de la Policía Nacional.

En efecto, estima la Sala que son aproximadamente 9 las anotaciones positivas registradas a favor del señor Nelson Arcila Arias en el período de tiempo antes referido, toda ellas destacando su capacidad de trabajo dentro de la lucha contra la delincuencia común y el crimen organizado y, cerca de, 64 comprobantes de felicitaciones, durante todo el tiempo que permaneció vinculado a la Policía Nacional, sin que se registraran anotaciones o sanciones de carácter disciplinario, tal como consta en el extracto de la hoja de vida visible a folio 15 del cuaderno No. 2.

Adicionalmente a lo anterior, estima la Sala conveniente precisar que si bien el demandante fue vinculado formalmente a la investigación penal No. 88467, por su supuesta participación en la comisión del delito de hurto de hidrocarburos, la Fiscalía Primera, de la Unidad de Fiscalías Especializada de Bucaramanga, con posterioridad, mediante providencia de 1 de noviembre de 2001 ordenó precluir la referida investigación a favor del señor Nelson Arcila Arias.

Así se lee en la parte motiva de la referida providencia:

“El Sargento Nelson Arcila Arias fue vinculado mediante indagatoria a este proceso y se le formuló cargo por el delito de cohecho propio, sin embargo en el transcurso del proceso se le ha dado entera credibilidad a las sindicaciones que efectúa contra sus compañeros y en especial contra aquellos que recibieron dinero producto de su actividad ilícito (sic), como fueron el ST EDWIN LIZARAZO GODOY, el Agente NORBEY GARCÍA TABARES y el Agente REYNALDO RINCÓN. Su participación activa en los hechos da lugar a que los conozca a la perfección, es decir no es un simple testigo, es uno de aquellos que puede dar fe de lo ocurrido sin mas interés que el de develar los propósitos ilícitos de quienes fueron sus compañeros de estación. Sus sindicaciones se encuentran respaldadas además por la investigación que adelantaba el Sargento MANTILLA de la Sijín, quien presenta como evidencia el video de la Fonda Paisa y demás practicaron vestigios y válvulas camufladas en jurisdicción del Municipio de Lebrija, a las cuáles se referían en sus conversaciones telefónicas los cabecillas, como también a la participación de efectivos de la policía miembros de la estación de esa localidad, corroborando de plano la versión del Sargento Arcila Arias, quien actuaba bajo cubierta y su actuación significó descubrir a quienes negociaban con las funciones inherentes a su cargo, al recibir dinero proveniente de la delincuencia organizada.

Se reitera la credibilidad que se le da a su versión y por ende no puede ser objeto de reproche penal, por lo cuál se debe precluir la investigación que se adelanta en su contra.”

Idéntica circunstancia se observa en relación con la indagación de carácter disciplinario, que se adelantó en contra del Sargento Nelson Arcila Arias, en tanto el comandante del Departamento de Policía de Santander mediante providencia de 5 de febrero de 2004, decretó la terminación de la misma al *“establecerse la inexistencia de conducta respecto de los hechos objeto de investigación”* (fls. 566 a 597).

Teniendo en cuenta lo expuesto en los acápites precedentes estima la Sala que en el caso concreto, en primer lugar, esta probada la existencia de un nexo

temporal entre las investigaciones penal y disciplinaria que se adelantaron en contra del actor y su retiro definitivo del servicio. En efecto, se observa que el 11 de enero de 2001 la Fiscalía Primera de la Unidad de Fiscalías de Bucaramanga y a su turno la Dirección General de la Policía Nacional resolvió la situación jurídica del demandante dentro de la investigación penal No. 88467 y ordenó su retiro definitivo del servicio como Sargento de la Policía Nacional, respectivamente.

En este mismo sentido, se advierte que el 24 de enero de 2001, esto es, trece días después de haberse registrado el retiro del servicio del demandante por voluntad de la Dirección Nacional de Policía, la Oficina de Asuntos Disciplinarios dio apertura formal a una investigación disciplinaria en su contra teniendo en cuenta las ordenes de captura libradas por la Fiscalía General de la Nación requiriendo a varios miembros de la Policía Nacional entre ellos, el señor Nelson Arcila Arias.

Así mismo, la Sala no pasa por alto el hecho de que mediante la citada Resolución No. 00026 de 11 de enero de 2001 también se dispuso el retiro del servicio de los señores José Ignacio Buitrago Caicedo, Esteban Robles Bohórquez y Mario Enrique Rodríguez Villareal quienes, al igual que el actor, se encontraban vinculados a la investigación penal que adelantó la Fiscalía General de la Nación ante el supuesto hurto de hidrocarburos en el oleoducto de Ecopetrol, vía Galán-Bucaramanga.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, si bien la administración en el caso concreto hizo uso de manera concomitante de las facultades discrecional y disciplinaria estima la Sala que, el hecho de que durante el tiempo que el demandante permaneció al servicio de la Policía Nacional lo hubiera hecho merecedor únicamente de anotaciones positivas en su hoja de vida, y distinciones honoríficas, dan cuenta que su permanencia en la citada institución no resultaba inconveniente contrario a lo afirmado por la demandada y mucho menos que se hubiere afectado su normal funcionamiento.

Sobre el particular, dirá la Sala que resulta evidente que la verdadera motivación que subyace al retiro del servicio del demandante no es otra que las distintas indagaciones que se venían adelantando en su contra, lo anterior toda vez que, como quedó visto, el nexo temporal entre la decisión de la Fiscalía de resolver la situación jurídica y su retiro del servicio resulta absoluto, en tanto ambas

decisiones fueron proferidas el mismo día. En otras palabras, dicha medida en el caso concreto constituyó una especie de sanción frente a la supuesta responsabilidad penal y disciplinaria que se le atribuía al actor, lo cual contradice la razonabilidad, proporcionalidad que debió guiar el ejercicio de la facultad discrecional por parte de la administración al expedir el acto administrativo acusado.

Así las cosas, debe decirse que al no estar probada la afectación grave del servicio, que a juicio de la Dirección de la Policía Nacional suponía la permanencia del demandante como Sargento de la Policía Nacional se hace evidente que la decisión de su retiro del servicio no estuvo conforme a los hechos que supuestamente le servían de causa ni fue proporcional a las normas que contemplaban dicha medida, como lo establece el artículo 36³ del Código Contencioso Administrativo.

Finalmente, debe decirse también que la decisión contenida en el acto administrativo acusado no observó los principios que gobiernan a la función pública, artículo 209 de la Constitución Política, en la medida en que el retiro del servicio de un suboficial de la Policía Nacional, cuyas calidades personales y profesionales, se repite, son reconocidas por la misma administración no resulta acorde a la moralidad y eficacia que se espera de una decisión que, como en el caso concreto, no sólo afecta los derechos particulares del señor Nelson Arcila Arias sino también el interés general de la comunidad, quien confía en la idoneidad y capacidad del personal que ejecuta las tareas encomendadas a la Fuerza Pública del país.

Así las cosas, concluye la Sala que en la decisión de retiro del servicio del señor Nelson Arcila Arias, se estructura el vicio por desviación de poder toda vez que, la misma no tuvo por fin el mejoramiento del servicio, como lo supone el ejercicio de la facultad discrecional prevista en los artículos 55 numeral 6, y 62 del Decreto 1791 de 2000, y mucho menos el respeto por los principios que gobiernan la función pública, artículo 209 de la Constitución Política ya que como quedó visto, con anterioridad, dentro del año inmediatamente anterior a la expedición del acto acusado, la hoja de vida del demandante permitía advertir con lujo de detalles sus

³ "ARTICULO 36. DECISIONES DISCRECIONALES. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa."

idoneidad y capacidad personal y profesional para desempeñar el grado de Sargento de la Policía Nacional.

Bajo estos supuesto, debe decirse que la parte demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad que le asistía al acto administrativo acusado razón por la cual, se revocará el fallo de primera instancia y, en su lugar, se accederá a las pretensiones de la demanda formulada por el señor Nelson Arcila Arias contra la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

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

FALLA:

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia de 31 de octubre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda presentada por NELSON ARCILA ARIAS contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En su lugar, se dispone:

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 00026 de enero de 2001, expedida por la Dirección General de la Policía Nacional, mediante la cual se ordenó el retiro del servicio activo del señor Nelson Arcila Arias, por voluntad de la Dirección General, en la forma prevista en los artículos 55 numeral 6, y 62 del Decreto 1791 de 2000.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNASE** a la entidad demandada a reincorporar al actor, sin solución de continuidad para todos los efectos legales, a un cargo equivalente al de Sargento Segundo de la Policía Nacional, que venía desempeñando al momento de su retiro del servicio.

CUARTO: ORDÉNASE a la parte demandada pagarle al actor los sueldos, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir desde el 12 de enero de 2001 hasta la fecha en que se produzca su

reintegro, previas las deducciones de ley a que hubiere lugar, en aplicación de la siguiente fórmula:

Al liquidar las sumas dinerarias en favor del demandante, los valores serán ajustados en los términos del artículo 178 del C.C.A., utilizando la siguiente fórmula:

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

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a lo dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

QUINTO: DÉSE aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

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

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

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ