

**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52)  
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

**Proceso:** 110013335-708-2014-00015-00  
**Demandante:** ERIK GARCÍA ZUÑIGA  
**Demandado:** NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –  
POLICÍA NACIONAL  
**Asunto:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Sentencia  
de primera instancia –Reintegro

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Erik García Zuñiga en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional.

**I. ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA.** En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Erik García Zuñiga, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

1. Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Acta No. 020 del 29 de noviembre de 2016 de la Junta de evaluación y Calificación del Personal de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Bogotá, mediante la cual se recomienda retirar del servicio al actor.

2. Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 240 del 29 de noviembre de 2013, por la cual se decidió retirar del servicio activo de la Policía Nacional al actor.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación –Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional:

Reintegrar y reincorporar al demandante en la Policía Nacional al cargo que venía desempeñando o a otro de superior jerarquía en el escalafón del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, sin solución de continuidad para todos los efectos de orden legal y prestacional.

Reconocer y pagar a favor del demandante todas las sumas correspondientes a sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir, correspondientes a su cargo y grado, desde la fecha de retiro del servicio y hasta que se reincorpore a la entidad, con aplicación de los aumentos decretados con posterioridad.

Se declare para todos los efectos legales y en especial para las prestaciones sociales y tiempo de servicios, que no hubo solución de continuidad de los servicios prestados por el actor ante la Policía Nacional, por el periodo comprendido entre la fecha de retiro del servicio activo y hasta la fecha en que se reintegre a la entidad, lo cual deberá constar en la hoja de servicios.

Que se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011, su jurisprudencia y doctrina.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 3 a 5):

El señor García ingresó a la Policía Nacional como Auxiliar de Policía desde el 10 de febrero de 2009 y hasta el 10 de febrero de 2010, posteriormente, el 5 de julio de 2011 ingresó como Alumno del Nivel Ejecutivo hasta el 30 de noviembre de 2011, siendo ascendido como patrullero el 1º de diciembre de 2011 mediante Resolución No. 04402 del 30 de noviembre de 2011, computando un tiempo de mas de 3 años.

El actor obtuvo una evaluación de desempeño policial calificada como superior, por el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2011 al 29 de noviembre de 2013.

Mediante Resolución No. 240 del 29 de noviembre de 2013, se retiró del servicio activo al señor Erik García Zuñiga.

La parte actora agotó el requisito de procedibilidad ante la Procuraduría 83 Judicial II para Asuntos Administrativos el 17 de junio de 2014.

**2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.** Como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita los artículos 13, 25, 48, 53, 122 y 123 de la Constitución Política, 22 y 62 del Decreto 1791 de 2000, artículo 4º y parágrafo 1º de la Ley 857 de 2003 y 4, 37 y 42 del Decreto 1800 de 2000.

Señaló que la entidad demandada al retirar del servicio al actor, incurrió en una decisión arbitraria de sentar precedentes dominantes sobre los subalternos, que conllevan al temor de un proceder meramente policial en desarrollo de sus funciones.

Argumenta su inconformidad con la decisión de la entidad en los siguientes cargos:

1. Error de derecho por interpretación errónea: Aduce que la entidad demandada retiró al señor García por recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación de Suboficiales basados en una denuncia presentada en su contra, sin tener en cuenta los resultados de la valoración hecha por su desempeño personal y profesional, que lo catalogaron en el rango de clasificación superior.

Adujo que el comportamiento del actor, presuntamente ilícito no genera que de manera automática se aplique el retiro discrecional por parte de la entidad, puesto que lo idóneo es adelantar las acciones disciplinarias y/o penales a que hubiere lugar.

Indicó que la Policía Nacional debe probar la configuración de la conducta ilícita en la que incurrió el señor Erik García Zuñiga, de lo contrario la entidad está vulnerando el

derecho al debido proceso, conllevando a que se presente una falta de comprobación de los hechos en que se funda la decisión de aplicar la medida discrecional.

2. Desviación de las atribuciones propias del funcionario que los profirió: señaló que los actos administrativos acusados con el presente medio de control deben extinguirse de la vida jurídica, por cuanto se profirieron con desviación de las atribuciones propias del funcionario que lo expidió.

Ahora, luego de citar jurisprudencia como respaldo de sus argumentos, afirmó el apoderado de la parte actora que el retiro del señor García obedeció a razones caprichosas, arbitrarias y no del mejoramiento del servicio, pues utilizó la facultad discrecional con fines diferentes a los establecidos en la ley.

3. Facultad discrecional: al respecto la parte actora manifestó que la entidad demandada en el acto de retiro del servicio del señor García no analizó de fondo la situación, máxime cuando se modificaron algunos aspectos que tenían que ver con el caso en el que se vio inmiscuido.

Finalmente, cito jurisprudencia de la Subsección B del Consejo de Estado, la cual hace referencia a la facultad discrecional que tiene la administración de tomar decisiones que no estén determinadas por en la Ley.

4. Valoración de la hoja de vida para establecer la proporcionalidad y razonabilidad de la facultad discrecional: indicando que la Junta de Evaluación y Clasificación de la Policía Metropolitana de Bogotá debió consignar en el acta de recomendación de retiro del actor, las razones del servicio, las cuales deben ser objetivas, probadas, razonadas y proporcionales a la decisión.

**3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.** La Nación –Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 115 a 155).

El apoderado de la Nación -Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Indicó que la entidad que representa esta facultada para retirar del servicio al actor, previo concepto de la Junta de Evaluación y Clasificación, en atención a las normas que así lo consagran, además de que se deben relacionar los motivos por los cuales se va a tomar a decisión, que van direccionados al mejoramiento del servicio.

Así las cosas, señaló que en asunto de la referencia se cumplieron los anteriores requisitos, teniendo en cuenta que mediante el Acta No. ARTAH-MEBOG-2-92 del 29 de noviembre de 2013, la junta por unanimidad recomendó el retiro de dos policías entre ellos al señor García, y que los motivos de la decisión son específicos y claros, los cuales se encuentran descritos en el Acta de la Junta de Evaluación y Clasificación del personal miembro del Nivel Ejecutivo y Agentes y en la Resolución No. 240 del 29 de noviembre de 2013, con la finalidad de mejorar el servicio de la entidad.

Afirmó, que el Director General de la Policía Nacional se encuentra investido de una facultad discrecional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1º de la Resolución No. 03913 del 8 de septiembre de 2008, que le permite retirar del servicio a los Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la entidad, previo a una recomendación expedida por la Junta de Evaluación y Clasificación, con el fin de un mejoramiento del servicio.

De otro lado, adujo que las razones determinantes del retiro del servicio del actor por mejoramiento del servicio encuentran sustento en el actuar y proceder del uniformado adscrito a la Estación Once de Policía de Suba, puesto que lesionaron la confianza que la institución y la comunidad le depositó, quebrantando además el juramento hecho a salvaguardar la vida, honra y bienes de los ciudadanos.

Argumentó, que en el asunto de la referencia se configuró una pérdida de la confianza, en consideración a que el actor encontrándose en servicio activo de la Policía Nacional, con su actuar se apartó de las finalidades constitucionales de

promover un orden justo, la primacía de los derechos fundamentales de las personas y del servicio a la comunidad, de la conservación del orden público, etc.

Además, hizo referencia a la finalidad del servicio de la Policía Nacional, correspondiente a mantener las condiciones para que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos y libertades públicas, la cual según el apoderado de la entidad demandada fue incumplida por el señor García al retener transitoria o permanentemente a personas que cometieron o incurrieron en algún delito en el CAI Alhambra, siendo que el conducto regular es conducirlos a la entidad competente y en un tiempo prudencial.

La entidad demandada, concluyó diciendo que el actor incumplió los compromisos adquiridos en su concertación de gestión, teniendo en cuenta que realizó actos de corrupción al solicitar la entrega de dadas con la finalidad de evitar un procedimiento policial en contra del señor Anderson Fabián Portela Maldonado, por presunto porte de alucinógenos, actuar con el cual desdibuja la imagen de la institución ante la cual prestó el servicio.

Finalmente, señaló las razones por las cuales en el presente asunto no se configuran los conceptos de violación señalados por la parte actora y citó jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional como respaldo de sus argumentos.

**4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.** Mediante providencia del 6 de diciembre de 2016 (Fls. 288 y 289), el Despacho indicó a las partes que dentro del término de 10 días siguientes podrán allegar los alegatos de conclusión.

Conforme lo anterior, la parte demandante y la parte demandada presentaron escrito de alegatos el 26 de diciembre de 2016 y el 13 de enero de 2017, respectivamente (Fls. 244 a 304).

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

## II. CONSIDERACIONES

### 1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo por este Despacho el 22 de septiembre de 2016 (Fls. 236 a 242), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer: si la entidad demandada con la expedición de los actos administrativos contenidos en el Acta No. 020 del 29 de diciembre de 2013, por medio del cual la Junta de Evaluación y Clasificación del Personal de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Bogotá recomienda el retiro del servicio del actor y en la Resolución No. 240 del 29 de noviembre de 2013, mediante la cual se retiró del servicio activo de la Policía Nacional al señor Erik García Zúñiga, se incurrió en las causales de nulidad alegadas en la demanda.

### 2. ACERVO PROBATORIO.

#### - PRUEBAS DOCUMENTALES

2.1. Copia auténtica de la Hoja de Servicios del actor en la que se relaciona el tiempo de servicios prestado en la Policía Nacional (Fl. 35).

2.2. Copia auténtica del Acta No. 020 ARTAH --MEBOG-2.92 del 29 de noviembre de 2013, mediante la cual la Junta de Evaluación y Clasificación del Personal de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Bogotá recomendó el retiro del patrullero Erik García Zúñiga (Fls. 22 a 28).

2.3. Copia auténtica de la Resolución No. 240 del 29 de noviembre de 2013, mediante la cual el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá resolvió retirar del servicio activo de la Policía Nacional al patrullero Erik García Zúñiga, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 29 a 34).

2.4. Copia auténtica de las evaluaciones de desempeño personal y profesional, formulario de seguimiento y formulario de registro de datos y hechos del actor (Fls. 36 a 78).

2.5. Escrito mediante el cual el apoderado de la parte actora comunica a la entidad demandada y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado la solicitud de audiencia de conciliación prejudicial radicada ante la Procuraduría General de la Nación (Fl. 79 y 80).

2.6. Acta y constancia de conciliación adelantada ante la Procuraduría 83 Judicial I Para asuntos Administrativos de Bogotá D.C. (Fls. 81 a 83).

2.7. Copia simple de los antecedentes disciplinarios del señor Erik García Zúñiga (Fls. 162 a 221).

- PRUEBAS TESTIMONIALES:

Declaraciones rendidas el 24 de octubre de 2016, por los señores Pedro Alexander Ruiz Pulido, Cesar Neftaly Salcedo Castiblanco y Luis Hernando Benavides Guancha (Fls. 276 a 285), las cuales se encuentran en CD contentivo de las declaraciones recepcionadas a folio 274 del expediente.

## **MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL**

- **DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA**

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso realizar un análisis de la normatividad que reguló el retiro del servicio del actor a la fecha de expedición del acto administrativo contenido en la Resolución No. 240 del 29 de noviembre de 2013.

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 de 2000, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 1791 de 2000 "Por el cual se

modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional.", que en su artículo 1º dispuso:

"(...) Por medio del presente Decreto se regula la carrera profesional de oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional."

A su vez, el mentado Decreto en su artículo 55 señaló las causales de retiro de la siguiente manera:

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

1. Por solicitud propia.
2. Por llamamiento a calificar servicios.
3. <CONDICIONALMENTE exequible> Por disminución de la capacidad sicofísica.
4. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.
5. Por destitución.
6. **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."<sup>1</sup> (Negrillas fuera de texto).

Ahora, respecto al retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional el artículo 62 ibídem, discurrió:

"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~~ o la Dirección General de la Policía 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~~."<sup>2</sup>

El artículo 69 del mismo Decreto, dispuso:

<sup>1</sup>. Los apartes tachados fueron declarados INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-253-03 de 25 de marzo de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, al considerar que "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". Es decir, que no estaba facultado para regular aspectos relacionados con oficiales y suboficiales de la Policía Nacional.

<sup>2</sup>. Los apartes tachados igualmente fueron declarados INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante la sentencia citada en precedencia.

**“ARTÍCULO 69. FORMA DE DISPONER LA SEPARACIÓN.** La separación absoluta o temporal de que tratan los artículos anteriores, será dispuesta así:

1. Por decreto del Gobierno Nacional, cuando se trate de Generales.
2. Por resolución del Ministro de Defensa Nacional, cuando se trate de oficiales en los demás grados.
3. **Por resolución del Director General de la Policía Nacional, cuando se trate de nivel ejecutivo, suboficiales y agentes.”**

De lo anterior se colige, que el retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional entre otras causales se produce por voluntad del Ministro de Defensa o de la Dirección General de la Policía Nacional a través de resolución, quien por razones del buen servicio y en forma discrecional puede establecer la desvinculación del servicio activo del miembro de la entidad en cualquier momento, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva.

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 857 del 26 de diciembre de 2003 *“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.”*, que en su artículo 4º consagró:

*“ARTÍCULO 4o. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL. Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional para el caso de los Suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio, 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.*

*El ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo podrá ser delegado en el Ministro de Defensa Nacional, para el caso de los Oficiales hasta el grado de Teniente Coronel y en los Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación para el caso de los Suboficiales bajo su mando, observando el procedimiento que sobre el particular se señale en cuanto a composición y recomendaciones en el evento de tal delegación respecto de la Junta Asesora y de Evaluación y Clasificación de que trata el inciso anterior.*

**PARÁGRAFO 1o. La facultad delegada en los Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación a que se refiere el inciso anterior se aplicará para los casos de retiro del personal Nivel Ejecutivo y agentes bajo su mando, a que se refiere el artículo 62 del Decreto-ley 1791 de 2000.**

*PARÁGRAFO 2o. Los funcionarios competentes serán responsables por la decisión que adopten de conformidad con la Constitución y la ley.” (Negritas fuera de texto).*

Con el precedente normativo, se otorgó la facultad discrecional de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional a los Directores de la Dirección General, **Comandantes de Policía Metropolitana**, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación.

- **De la facultad discrecional.**

Respecto al retiro por facultad discrecional, el Consejo de Estado –Sala Plena de lo Contencioso Administrativo –Sala Quince Especial de Decisión, con ponencia de la Consejera María Claudia Rojas Lasso, en sentencia del 3 de noviembre del 2015, expediente No. 11001-03-15-000-2005-00872-00(S), demandante: Rafael Eduardo Bernal Cáceres, al resolver un recurso de extraordinario de súplica, discurrió:

*(...)*

*Aunque los argumentos del actor están enfocados hacia una posible violación indirecta de la norma, es preciso resaltar que la Sala Plena de esta Corporación al resolver recursos extraordinarios de súplica con identidad de supuestos fácticos y jurídicos al que nos ocupa, indicó:*

*“Para la Sala no se presenta la violación alegada, dado que la facultad de la autoridad nominadora para disponer el retiro en forma discrecional, era posible con la sola recomendación previa del Comité de Evaluación.*

*Nada impedía que la recomendación obrara en un acta y la norma invocada no señalaba ningún procedimiento especial. En efecto, no exigía consignar las razones que inducían al retiro en los términos señalados por el recurrente, como tampoco se exigía que tal recomendación debía notificarse personalmente al inculpado.*

*En esas condiciones, al juez no podía exigir procedimientos y formalidades especiales que no estaban contemplados en la norma sustantiva invocada. Se agrega que, de conformidad con el artículo 194 del C.C.A., el desconocimiento del criterio jurisprudencial expuesto por el recurrente no es causal de recurso extraordinario de súplica.*

*En conclusión, el recurso extraordinario de súplica aquí interpuesto, no tiene vocación de prosperidad y así habrá de declararse en la parte resolutive de esta providencia”<sup>3</sup>.*

***Igualmente, ha señalado la Corte Constitucional, la discrecionalidad para la remoción de suboficiales por parte de la respectiva autoridad, no significa arbitrariedad sino que es un instrumento normal y necesario para el buen funcionamiento de una institución como la Policía Nacional.***

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 15 de junio de 2004, Exp. 11001-03-15-000-2000-7756-01 ( S-756), M.P. Alir Eduardo Hernández Enriquez

**El Comité de Evaluación de Suboficiales cumple sus funciones, no de forma caprichosa sino discrecional, pues se fundamenta en los elementos y causales previamente regladas por la ley, cuyo ejercicio implica una aplicación ceñida a las normas que fijan los procedimientos adecuados.**

*De acuerdo con lo expuesto, el cargo no está llamado a prosperar, pues al comparar las consideraciones del fallo impugnado con el contenido de la norma sustancial invocada, se concluye sin dificultad alguna que la autoridad nominadora estaba facultada para disponer del retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, de forma discrecional y previa recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores, la cual según la sentencia recurrida, obra en el expediente a folio 6. (...)*. (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, del precedente normativo y jurisprudencial se establece que la discrecionalidad es aquella facultad consagrada en la norma que permite a los Directores de la Dirección General, **Comandantes de Policía Metropolitana**, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación, retirar del servicio activo de la entidad al personal que tienen a su cargo.

Tal potestad jurídica se debe basar en las circunstancias particulares del caso, las cuales deben ser suficientes para establecer que el funcionario no es apto para continuar en ejercicio de la función pública, pues su finalidad es el mejoramiento del servicio, en pro de la misión constitucional y legal que implica el servicio público de la autoridad administrativa.

No obstante lo anterior, la discrecionalidad no se puede ejecutar de manera ilimitada, toda vez, que de conformidad al artículo 44 del CPACA *“debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”*.

Respecto de la finalidad y límites de la discrecionalidad, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Segunda –Subsección E de Descongestión, con ponencia del Magistrado Jorge Hernán Sánchez Felizzola, expediente No. 11001-33-31-024-2008-00266-01, Demandante: Deiby Yesit Palacio, Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, en sentencia del 24 de noviembre de 2011, adujo:

*(...)*

*La facultad discrecional de retiro que aquí se cuestiona debe ejercerse con el fin de asegurar los intereses superiores del Estado Social de*

*Derecho, pues la potestad discrecional de retiro es una herramienta jurídica que se justifica para lograr una buena administración pública, en cuanto permite a la autoridad apreciar la oportunidad o conveniencia de permitir que un determinado empleado continúe prestando sus servicios; todo ello, claro está, dentro de los límites fijados por el legislador. En otras palabras, la toma de una decisión discrecional por la autoridad administrativa no significa arbitrariedad en el ejercicio de la función pública, como si lo autorizado fuera el capricho individual de quien ejerce el poder, con desmedro de la Ley.*

(...)

*Por lo expuesto anteriormente, para la Sala, es claro, entonces **que la facultad discrecional de la administración, está condicionada por las disposiciones constitucionales que regulan el ejercicio de la función pública, las normas especiales que autorizan la expedición del acto administrativo y los elementos fácticos del caso concreto.***

*De manera que el ejercicio de la potestad discrecional de retiro, debe estar sustentada en expresas razones objetivas, proporcionales y razonables, atendiendo los fines que se persiguen, como es caso de la Fuerza pública, el de garantizar la seguridad ciudadana, la seguridad del Estado y la eficiencia y eficacia de esa Institución en aras del interés general.*

(...)"

Del precedente jurisprudencial, se extrae que la decisión de retiro por voluntad de la administración se debe fundar en razones objetivas, proporcionales y razonables, que tienen como finalidad el mejoramiento del servicio.

Ahora bien, con anterioridad la Corte Constitucional en sentencia C- 525 de noviembre de 1995, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, al resolver la exequibilidad de los artículos 12 del Decreto 573 de 1995 y 11 del Decreto 574 de 1995 precisó los alcances de los conceptos "discrecionalidad" y "razones del servicio", así:

*"Sobre la discrecionalidad:*

*"Se trata entonces de una discrecionalidad basada en la razonabilidad, sobre lo cual ya esta Corporación ha sentado jurisprudencia, en efecto, sobre la razonabilidad ha explicado que ella "hace relación a un juicio, raciocinio o idea que esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad. La racionalidad, en cambio expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos. Es simplemente producto de la esencia del ser humano".*

*Sobre las razones del servicio, dijo:*

*"En el caso de la Policía Nacional, las razones del servicio están básicamente señaladas en la propia Constitución Política (art. 218), a saber: el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. El Comité evaluador debe verificar si, dentro de estos parámetros, los oficiales, suboficiales y agentes están cumpliendo correctamente con su deber, si están en condiciones psíquicas, físicas y morales para prestar el servicio y en actitud para afrontar todas las situaciones que en razón de su actividad de salvaguardar el orden se presentan. Por otra parte, debe tener en cuenta que el servicio tiene unas exigencias de confiabilidad y de eficiencia que implican que los altos mandos de la institución puedan contar, en condiciones de absoluta fiabilidad, con el personal bajo su mando. Es claro que el éxito del servicio guarda relación de proporcionalidad entre las aptitudes del personal que lo presta y el fin de la institución; en el caso de descoordinación entre el servidor y el fin de la institución debe primar éste, y por ende debe la institución estar habilitada para remover a quien por cualquier motivo impida la consecución del fin propuesto".*

De conformidad con la providencia en cita, la facultad discrecional puede ser ejercida no sólo como consecuencia de la evaluación del cumplimiento del deber de los funcionarios que la integran **sino que también deben examinarse elementos de confianza y moralidad que garantizan la buena prestación del servicio.**

Recientemente, la Corte Constitucional estudió nuevamente la discrecionalidad del retiro del servicio de los miembros de la fuerza pública en la sentencia de unificación SU 288 del 14 de mayo de 2015, en la que adujo:

*"(...)*

*Esta Corporación ha establecido de forma reiterada que existe un deber de motivación por parte de la Policía Nacional cuando haga uso de la facultad discrecional en los actos administrativos de retiro de sus miembros.*

*(...)*

***Frente a lo anterior, concluyó la Sala que tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado, entienden que la facultad discrecional debe estar encaminada a cumplir proporcionalmente el fin propuesto, esto es, el mejoramiento del servicio, por lo tanto, la administración debe tener razones ciertas y objetivas que le permitan ejercerla y tales razones deben ser conocidas por el afectado.***

*A partir de allí, la Corte Constitucional unificó jurisprudencia respecto del estándar de motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional en el ejercicio de la facultad discrecional, concluyendo que si bien es mínimo, es plenamente exigible. Así, estableció las pautas mínimas de motivación:*

***8.1. 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.*

*8.2. 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.*

*8.3. 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.*

*8.4. 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.*

*8.5. 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.*

*8.6. 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.*

*8.7. 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, so pena de incurrir en la causal específica de procedencia de la acción de tutela por defecto fáctico.*

*A partir de estas pautas, deberán los jueces contenciosos y de tutela, examinar el cargo de falta de motivación del acto de desvinculación de la Policía Nacional.  
(...)"*

Así las cosas, desde el punto constitucional el acto de retiro del servicio debe sustentarse en razones objetivas e irrefutables que permitan a la administración justificar la decisión de separación del cargo del miembro de la entidad, las cuales deben ponerse en conocimiento del interesado.

Lo anterior, se ve reflejado en la proporcionalidad y razonabilidad como principios rectores del ejercicio de la facultad discrecional y en el estudio particular del caso que permita evidenciar las razones del servicio que conllevan a que las juntas de evaluación y clasificación recomienden el retiro del servidor.

Teniendo en cuenta las consideraciones de la Corte Constitucional ya reseñadas, el Consejo de Estado –Sección Segunda – Subsección B, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 10 de septiembre de 2015, expediente No. 050012331000199800554 01, actor: Wilmer Uriel García Mendoza, concluyó:

*(...)*

*En síntesis, el estándar de motivación justificante al que se refiere la Corte Constitucional en la sentencia en cita supone, en términos generales, que si bien los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, no deben contener en su cuerpo necesariamente las razones que llevan al alto mando a tomar este tipo de decisiones, los mismos sí deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos que justifiquen el retiro de un servidor de la Fuerza Pública.*

*Lo anterior, se traduce, de una parte, en la proporcionalidad y razonabilidad que deben guiar el ejercicio de la facultad discrecional y, de otra, en la existencia de los conceptos previos emitidos por las juntas asesoras o los comités de evaluación que hagan evidente las razones del servicio invocadas para disponer el retiro del mismo.*

*Conceptos que, debe decirse, tienen que ser puestos en conocimiento del afectado desde el momento en que se produce el acto de retiro, sin que para ello sea obstáculo la reserva legal a la cual pueden estar sujetos. Esto con el fin de que los oficiales o suboficiales de la Fuerza Pública cuenten con la posibilidad en sede judicial de controvertir las verdaderas razones que determinaron su retiro del servicio.*

*(...)*

Bajo las anteriores consideraciones, de conformidad a la norma aplicable al asunto de la referencia y a la línea jurisprudencial que precede, el retiro del servicio activo del personal de la Policía Nacional por voluntad de los Directores de la Dirección General, **Comandantes de Policía Metropolitana**, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación, es un acto discrecional que a la luz de la Constitución Política debe respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad, en beneficio de los fines constitucionales de la Fuerza Pública.

Además, previo a tomar la decisión de retiro del servicio activo del personal de la entidad debe existir concepto de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, a quien de manera clara le corresponde hacer un análisis de fondo, completo y preciso del caso particular, con base en razones objetivas y hechos ciertos que permitieron recomendar la separación del cargo.

### **3. CASO CONCRETO.**

En el asunto de la referencia el señor Erik García Zúñiga, a través de apoderado judicial, depreca la nulidad de los actos administrativos contenidos en el Acta No. 020 ARTAH-MEBOG-2.92 del 29 de noviembre de 2013, mediante la cual la Junta de Evaluación y Clasificación del Personal de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Bogotá recomendaron el retiro del actor, y en la Resolución No. 240 de 29 de noviembre de 2013, mediante la cual el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá retiró del servicio activo de la Policía Nacional por voluntad de la Dirección General al actor.

Como argumentos de la anterior pretensión, adujo que los actos atacados son ilegales, porque se expidieron con: (i) falsa motivación, al señalar que la decisión de la administración obedeció a una forma ágil, ligera y arbitraria de sentar precedentes dominantes sobre los subalternos; (ii) desviación del poder, al afirmar que la recomendación de retiro fue contraria a los procesos propios y requeridos para aplicar la facultad discrecional como son la valoración, investigación, comprobación, apreciación y juicio del caso particular y (iii) error de derecho por interpretación errónea, argumentando que la entidad en las actas demandadas únicamente tuvo como fundamento de su decisión la transcripción de una denuncia presentada en contra del uniformado, sin siquiera tener en cuenta el seguimiento y evaluación de desempeño que lo ubicó en una escala de medición dentro del rango de clasificación superior por su compromiso y desempeño impecable en servicio activo.

Sobre el particular, advierte el Despacho que la entidad demandada retiró del servicio activo de la Policía Nacional al señor Erik García Zúñiga bajo los preceptos normativos contenidos en los artículos 55 y 62 del Decreto Ley 1791 de 2000 y artículo 4º de la Ley 857 de 2003, los cuales tal como se indicó en la parte

normativa, permiten que los Directores de la Dirección General, Comandantes de la Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación ejerzan tal facultad previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación por razones del servicio y de manera discrecional.

Así las cosas, se encuentra probado con las documentales obrantes en el expediente que la Junta de Evaluación y Clasificación del Personal de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Bogotá, a través del Acta No. 020 ARTAH-MEBOG-2.92 del 29 de noviembre de 2013, recomendó el retiro del servicio del actor (Fls. 22 a 28) y que mediante la Resolución No. 240 de 29 de noviembre de 2013, el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá dispuso el retiro del mismo con fundamento en la anterior recomendación.

Entonces, el Despacho procede a realizar un análisis del caso con el fin de establecer si en el presente asunto concurre alguno de los cargos alegados por la parte actora.

- Falsa Motivación definida como *“aquel error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto.”*<sup>4</sup>

El Decreto Ley 1791 de 2000, modificado por la Ley 857 de 2003, mediante el cual se reguló el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, el cual establece en el parágrafo 1º del artículo 4º que el retiro por voluntad del Director General de la Policía Nacional se podía disponer por los **Comandantes de Policía Metropolitana**, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación en el caso de retiro del personal Nivel Ejecutivo y Agentes, según lo dispuesto en el artículo 62 del Decreto Ley 1791 de 2000.

En ese sentido, se advierte que el mentado cargo no está llamado a prosperar, teniendo en cuenta que mediante la Resolución No. 240 del 29 de noviembre de 2013, el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá resolvió retirar del servicio activo por voluntad la Dirección General de esa entidad al patrullero Erik

<sup>4</sup> Consejo de Estado –Sección Segunda- Subsección A. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 7 de marzo de 2013. Expediente No. 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12).

García Zúñiga y otro, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 55 numeral 6º y 62 del Decreto 1791 de 2000, según las cuales, el retiro se puede ejercer *“Por voluntad del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo, y los agentes.”* y *“Por razones del servicio y en forma discrecional, la Dirección General de la Policía Nacional por delegación del Ministro de Defensa Nacional, para el nivel ejecutivo, y agentes podrán disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva”*.

Con fundamento en lo anterior, este Despacho establece que la Nación –Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, no incurrió en error de hecho o de derecho alguno, puesto que el ejercicio de la facultad discrecional de la entidad se baso en los principios de proporcionalidad y razonabilidad que conllevaron a tomar la decisión de retiro del servicio.

Adicionalmente, el retiro por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional estuvo precedido de la recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación de esa Institución, quien realizó un análisis de fondo, completo y preciso del caso particular, con base en razones objetivas y hechos ciertos que permitieron recomendar la separación del cargo, pues además de señalar los hechos por cuales se toma tal decisión tuvo en cuenta las felicitaciones obtenidas en su trayectoria institucional, tal como se evidencia a folio 24 del expediente, razón por la cual, la presunción de legalidad del acto acusado se encuentra incólume.

- Desviación de poder entendida como *“la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario”*<sup>5</sup> y error de derecho por interpretación errónea.

Respecto a la desviación de poder, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 6 de mayo de 2012, con ponencia de la Magistrada: Bertha Lucia Ramírez de Páez, dentro del proceso No. 2002-12596-01(1752-09), anotó:

<sup>5</sup> Consejo de Estado –Sección Segunda- Subsección A. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 7 de marzo de 2013. Expediente No. 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12).

"(...)

### **Desviación de Poder**

*La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 2o. de la Constitución Política y artículo 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser.*

**Existe desviación de poder cuando el funcionario actúa con una finalidad distinta a la perseguida por la ley, es decir, cuando con la decisión no se busca el mejoramiento del servicio público.**

*Esta subsección en pronunciamiento de 26 de marzo de 2009, radicado 0312-2008, actor John Alexander Hernández Villamarín, Consejero Ponente Doctor Gerardo Arenas Monsalve, frente a la desviación de poder concluyó lo siguiente:*

*"El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. Por eso se dice que cuando la autoridad profiere una decisión administrativa para la cual la ley le ha otorgado competencia pero lo hace con un fin distinto del previsto por el legislador se incurre en una desviación de poder.*

*De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto se configura esta causal de ilegalidad.*

*Ciertamente, se ha dicho, esta es una causal que no resulta fácil de comprobar, por tratarse de presupuestos subjetivos o personales que en ocasiones no se alcanzan a revelar."*

*En este orden de ideas, es necesario que quien alega esta causal demuestre en forma irrefutable y fidedigna, que el acto acusado se expidió con un fin y por motivos no admitidos por la moral administrativa."*

Así las cosas, se advierte que la desviación de poder que alega el apoderado del demandante debe ser probada de manera "irrefutable y fidedigna", evidenciándose de manera clara que la actuación de la administración contraría los fines perseguidos por la ley.

En el caso bajo estudio es claro que la Junta de Evaluación y Clasificación del Personal de Suboficiales; Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Bogotá, en el Acta No. 020 ARTAH-MEBOG-2.92 del 29 de noviembre de 2013, recomienda el retiro del patrullero Erik García Zúñiga, en aras del mejoramiento del servicio, por cuanto el actuar de uniformado "constituye una clara vulneración a la confianza que el mando institucional ha depositado en ellos como integrantes de

*la Policía Nacional y que han transgredido el mandato constitucional, cuya obligación es la de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.*

*Anota que “Contrario a ello se ve en la conducta desplegada por los señores EDWIN HERNAN URREGO GUEVARA y ERIK GARCIA ZUÑIGA, una afectación al servicio y mas aun al incumplimiento de sus deberes con actos contrarios a la ley, al exigir dineros a un ciudadano, valiéndose de amenazas a cambio de incumplir con sus deberes legales, faltando con ello a la buena administración del servicio de policía, causando con ello una ostensible ineficiencia en el cumplimiento de elementales deberes de protección al ciudadano, hasta la comisión de graves delitos de diversa índole.”*

Ahora bien, se evidencia a folios 162 a 219 del expediente, providencia proferida por la Policía Nacional de Colombia – Inspección General – Inspección Delegada Especial MEBOG, mediante la cual resolvió un recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor en contra de la decisión adoptada por el Jefe de la Oficina de Control Interno de la Institución, que refiere a la imposición de un correctivo disciplinario de destitución e inhabilidad General por 11 años del señor García dentro de la investigación Disciplinaria adelantada por los hechos anteriormente señalados.

Al resolver el recurso de apelación, indicó:

*“(…)*

**ARTICULO SEGUNDO:** *Confirmar la providencia del 23 de Enero de 2014, emitida por el señor Subintendente JHON JAIRO BARBERI FORERO, Jefe Oficina de Control Disciplinario Interno COSEC Uno, dentro del proceso COPE1-2013-63, en la que se resolvió responsabilizar disciplinariamente al señor patrullero **ERIK GARCIA ZUÑIGA** identificado con cédula de ciudadanía No. 1.047.428.585 de Cartagena Bolívar, e imponer la sanción disciplinaria de **DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL DE ONCE (11) AÑOS**, por cuanto infringió la Ley 1015 de 2006 “Régimen Disciplinaria para la Policía Nacional”, Título VI, de las Faltas y de las Sanciones Disciplinarias, Capítulo I, Clasificación y Descripción de las Faltas, artículo 34 Faltas Gravísimas, numerales 1 “**Privar ilegalmente de la libertad a una persona** o demorar injustificadamente la conducción de la misma ante la autoridad competente...” (Sic) (Subrayado aplica) y 14 “**Apropiarse**, ocultar, desaparecer o destruir **bienes** o de un tercero...” (Sic) (Subrayado aplica), tipos disciplinarios cometidos a título de **DOLO**, bajo la modalidad de acción, con fundamento en los argumentos expuestos en el presente proveído.*

(...)"

Cómo consecuencia de lo anterior, en el certificado de antecedentes disciplinarios expedido por la Procuraduría General de la Nación registra una destitución e inhabilidad general de 11 años por parte de la Policía Nacional, tal como consta a folios 220 y 221 del expediente.

Por ende, no encuentra este recinto judicial que la entidad demandada haya obrado en contra del mejoramiento del servicio público conforme lo señala la ley, pues lo que se infiere es que en aras de prestar un mejor servicio y por las calidades que deben tener los funcionarios de la fuerza pública, la administración tomó la determinación correspondiente conforme a sus políticas, razón por la cual, se logró desvirtuar la desviación de poder alegada.

De otro lado, como argumentos de prosperidad de las pretensiones el actor plantea que no se debe aplicar de manera automática la causal de retiro discrecional del servicio, por la presunta existencia de un comportamiento ilícito en cabeza del actor que dio lugar a una querrela.

Respecto a la acción disciplinaria, la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia líneas atrás enunciada, manifestó:

*"(...) Ahora bien, en relación con el uso de la facultad discrecional de remoción por hechos que podían generar investigaciones disciplinarias y/o penales, la Sección Segunda en sentencia de 30 de junio de 2011, proferida dentro del expediente No. 2787-2008, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, manifestó lo siguiente:*

***"Adicionalmente, observa la Sala que el a quo también sostuvo la hipótesis según la cual el retiro del accionante estuvo motivado por hechos que alteraban su buen status como policial, situación que afirmó permitía el ejercicio de la facultad discrecional en procura de obtener un cuerpo integrado por personas con la probidad suficiente para el ejercicio de las funciones encomendadas. Esta conclusión, empero, no es absoluta, en la medida en que no puede perderse de vista que, en principio, ante el referido tipo de informaciones deben iniciarse las investigaciones necesarias para determinar la veracidad de las mismas; y, adicionalmente, será ajustada a la legalidad el ejercicio de la facultad discrecional, en aquellos eventos en los que se afecte verdaderamente el servicio"***

*(...)*

***En relación con el uso de la facultad discrecional de remoción con fines sancionatorios es pertinente aclarar que la primera está dirigida al mejoramiento del servicio público y su ejercicio no significa una sanción. A contrario sensu, la facultad***

*sancionatoria es reglada y exige el adelantamiento de un proceso disciplinario en el que el inculpado debe tener derecho a intervenir, pedir pruebas y controvertir las que sean aportadas en su contra para hacer efectivo el derecho de defensa ya que nadie puede ser vencido en juicio sin haber sido oído previamente.*

*Lo anterior permite concluir que el actor podía ser retirado del servicio sin importar que en su contra se estuvieran tramitando investigaciones disciplinaria y penal pues estas son independientes y no coartan el ejercicio de la facultad discrecional otorgada por la ley al Director General de la Policía que sólo requiere de la recomendación previa de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo.*

*(...)*

A su vez, la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 22 de marzo de 2012, con ponencia del Consejero Luís Rafael Vergara Quintana, expediente No. 2001-00987-01(0518-09), consideró:

*(...)*

***La simultaneidad y la coetaneidad en que sucedieron los hechos acreditan que el retiro del demandante estuvo relacionado con los hechos irregulares denunciados por la ciudadanía; por lo que si ello fue así, la Sala estima que la medida administrativa como tal, estuvo bien utilizada, porque se hizo dentro de los límites que impone la ley, como lo es el mejoramiento del servicio.***

*En todo caso, en el expediente no se demostraron fines torcidos, ilegales o inmorales por la entidad demandada, sino todo lo contrario -en pro del buen servicio público- por lo que el retiro demandado fue adecuado a los fines de la norma que lo autoriza.*

*No se trata de una sanción disciplinaria, sino de un instrumento administrativo que le permite al Director General de la Policía Nacional desvincular del servicio a sus agentes sin necesidad de explicar los motivos y permitir unas investigaciones penales y disciplinarias transparentes e imparciales, donde el actor podrá demostrar su inocencia y ejercer el derecho de defensa.*

*Así las cosas, se considera que no existe desviación de poder cuando el actor del proceso se encuentra investigado disciplinaria y/o penalmente, pues estas medidas no constituyen una sanción, sino que es un instrumento para mejorar el servicio y permitir el desarrollo de los procesos de manera transparente y libre de cualquier obstáculo.*

***En otras palabras, el hecho de que existan denuncias o quejas disciplinarias no confiere fuero de estabilidad al servidor público investigado por presuntas irregularidades y la administración -Policía Nacional- puede válidamente escoger entre el retiro discrecional por razones del buen servicio o llevar hasta el final un proceso de carácter disciplinario; al tomar la primera opción, no existe desvío de poder porque la misma hace parte de la concepción "mejoramiento de servicio" que inviste los actos administrativos discrecionales (...)***. (Negrillas fuera de texto).

De los anteriores pronunciamientos los cuales acoge este Despacho, es claro que son situaciones distintas la acción disciplinaria y la facultad discrecional de la entidad y que una no coarta la libertad de ejercer la siguiente. En el caso bajo estudio salta a la vista que es independiente el ejercicio por parte de la accionada de la facultad discrecional que tuvo lugar en la recomendación de la Junta celebrada el 29 de noviembre de 2013, fecha en la cual de manera paralela la oficina de control disciplinario de la Institución adelantaba un proceso en contra del demandante y otro uniformado por la presunta privación de la libertad de un ciudadano y apropiación de bienes con el fin de obtener un beneficio.

Ahora bien, tal como se indicó anteriormente la Oficina de Control Disciplinario de la Policía Nacional adelantó investigación disciplinaria en contra del actor que culminó con la providencia del 10 de febrero de 2014 (Fls. 162 a 217), lo cual no restringe ni limita la libertad de la institución demandada para ejercer su facultad discrecional en aras del servicio y por razones de confiabilidad de sus funcionarios.

De conformidad a lo anterior, se debe tener claridad que la recomendación del retiro del demandante y su posterior ejecución no se tratan de una sanción disciplinaria sino de una facultad concedida por la ley que usó en aras de mejorar el servicio.

Además, se reitera que el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá podía ejercer, previo concepto de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, la facultad de retirar del servicio al demandante mediante la causal de razones del servicio y en forma discrecional por voluntad de la Dirección General, tal como lo efectuó sin que se observe violación de las disposiciones invocadas en la demanda, al expedir la Resolución acusada.

Bajo las anteriores consideraciones, queda claro que la decisión de retirar del servicio activo a personal del nivel ejecutivo es una facultad discrecional que desde el punto constitucional debe sustentarse en razones objetivas e irrefutables que permitan a la administración justificar la decisión de separación del cargo del

miembro de la entidad, en consideración a que tal facultad se ejecuta en pro del buen servicio, como acaeció en el presente asunto.

Ahora, respecto al argumento de que la entidad demandada no tuvo en cuenta al momento de tomar la decisión de retiro del servicio, el seguimiento y las evaluaciones de desempeño que ubicaron al actor en el rango de clasificación superior, por su sobresaliente desempeño personal y profesional en la entidad, sostiene la Jurisprudencia del Consejo de Estado que la labor excelente y la adecuada prestación del servicio es una obligación del servidor, puesto que el objetivo de la vinculación debe estar orientado al cumplimiento de los fines y principios de la función pública, teniendo derecho a un pago como retribución por el servicio personal prestado.

En tal sentido, la mentada Corporación<sup>6</sup> indicó:

*(...)  
Esta jurisdicción ha reiterado que el buen desempeño de un empleado es una obligación legal y constitucional, las felicitaciones, la buena conducta y la ausencia de sanciones disciplinarias no atan per se a la administración y no generan un factor de inamovilidad o garantía de estabilidad ya que pueden existir razones del servicio que aconsejen la remoción del servidor si la institución ha perdido la confianza en su desempeño policial.  
(...)"*

Así las cosas, si bien es cierto que el patrullero Erik García Zúñiga en las evaluaciones del desempeño personal y profesional obtuvo excelentes resultados y felicitaciones en el transcurso del año 2012, tal como obra a folios 36 a 63 del expediente, también lo es que es su deber como servidor hacerse acreedor de las mismas en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política de Colombia y dando alcance la misión de la Institución, que no es otra que garantizar la seguridad ciudadana, la del Estado y todo lo que ello implica.

No obstante lo anterior, el señor García encontrándose en servicio activo actuó de manera contraria a los fines constitucionales exigidos para el desempeño de su función, tal como se reseñó en la tan renombrada acta demandada, lo cual permite inferir que el desempeño del demandante no se hace imprescindible para la

<sup>6</sup> Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Jesús María Lemos Bustamante, sentencia de 22 febrero de 2007, Exp. N° 25000-23-25-000-2001-05808-01(6408-05).

Institución, por lo que su desvinculación del servicio activo no desatendió las disposiciones invocadas en la demanda.

En ese sentido, se precisa que las felicitaciones y el buen desempeño del actor, el cual fue reconocido por la Institución Policial, tal como se indicó en líneas atrás, se otorgaron con anterioridad a los hechos que tuvo en cuenta la entidad para disponer su retiro del servicio, es decir, que no fueron concomitantes, lo que da pie a establecer que efectivamente la entidad no tuvo razones personales, arbitrarias o inmotivadas para disponer la separación del cargo.

A juicio del Juzgado, las pruebas aportadas al proceso no demuestran cosa diferente que la legalidad de la decisión discrecional de la voluntad de la Dirección General, pues no aportó documentales tendientes a demostrar cosa diferente y en esas condiciones no cumplió con la carga de la prueba que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, en el sentido de probar los supuestos fácticos en que apoya su petitum, pues como quedó visto el criterio jurisprudencial es claro en indicar que los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional están amparados por la presunción de legalidad y su ejercicio va encaminado en razones del buen servicio.

Adicional a las pruebas referidas, este Despacho practicó el 24 de octubre del año 2016, los testimonios de las personas Pedro Alexander Ruiz Pulido, Cesar Neftaly Salcedo Castiblanco y Luis Hernando Benavides Guancha, de los que se puede concluir que la decisión de retiro del servicio del actor fue con motivo del mejoramiento del servicio. Al respecto, de los mismos se establecen los siguientes aspectos que interesan al debate:

- Los motivos que llevaron a la Policía Nacional adelantar la Junta de Evaluación y Clasificación del actor son los actos de corrupción en que se vio involucrado, los cuales se encuentran respaldados con pruebas, con la finalidad de recomendar o no el retiro.
- La finalidad del retiro de un uniformado por la causal de voluntad de la Dirección General es generar una separación del cargo como consecuencia de una falta cometida.

- La Junta de Evaluación y Clasificación recomienda el retiro del uniformado cuando falta a su deber policial, por incurrir en hechos que afecten la honorabilidad de la institución.
- La investigación disciplinaria se realiza por hechos que afectan el servicio.

Analizadas en conjunto las pruebas testimoniales, se puede advertir que la entidad procedió conforme a la norma que así lo prevé, sin que se evidencie con las mismas un respaldo probatorio a favor del señor Zúñiga, pues con las declaraciones rendidas no se logran comprobar los cargos alegados con la presentación de la demanda.

En estas condiciones es claro que la desviación de poder debe tener un respaldo probatorio definido que lleve al juzgador a la certeza incontrovertible de que los motivos que la administración tuvo para expedir el acto enjuiciado son ajenos a los que la ley señala para tal efecto.

Bajo las consideraciones realizadas, la normatividad aplicable al asunto de la referencia y las pruebas obrantes en el expediente, se concluye que el actuar de la entidad no obedeció a un fin particular, personal o arbitrario, al contrario, se hizo en cumplimiento de una disposición legal que establece la facultad del Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá de retirar del servicio activo al patrullero Erik García Zúñiga por voluntad de la Dirección General de manera discrecional y por razones del servicio, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación del Personal de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes de la Institución y con fundamento en las pautas establecidas por la Corte Constitucional, que refieren a la proporcionalidad y razonabilidad de la decisión y al estudio de fondo, completo y preciso del caso particular, con base en razones objetivas y hechos ciertos que permitieron recomendar la separación del cargo.

En esa medida, al no encontrar fundamentos que logren desvirtuar la presunción de legalidad de la que está investido el acto impugnado, se impone denegar las súplicas elevadas.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una

conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la parte actora en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO:** Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO:** Sin lugar a imponer condena en costas.

**TERCERO:** Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

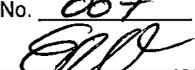
  
ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA

Juez

C.A.

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL  
CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.  
-SECCIÓN SEGUNDA-

Hoy trece (13) de febrero de 2017 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. 007

  
ERVIN ROMERO OSUNA  
Secretario