



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

Bogotá D.C., dos (2) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2016-00073-00
Demandante: GIOVANNY ALEJANDRO OVALLE AGUILAR
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 OVALLE AGUILAR 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 OVALLE AGUILAR, actuando por intermedio de apoderado judicial acudió a este Despacho, pretendiendo que se declare la nulidad de los siguientes actos mediante los cuales se realizó la evaluación de su trayectoria policial y se decidió no recomendar ni seleccionarlo para realizar el concurso previo al curso de Academia Superior de Policía “ASPOL 2016”:

- Acta No. 010 ADEHU- GRUAS – 2.25 de la Junta de Evaluación y Clasificación para el personal uniformado de la Policía Nacional, del 8 de julio de 2015,
- Acta No. 001 ADEHU- GRUAS – 2.25 de la Junta de Generales de la Policía Nacional del 9 de julio de 2015,
- Acta No. 016 ADEHU- GRUAS – 2.25 de la Junta de Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional del 14 de julio de 2015 y
- Acta No. 020 ADEHU- GRUAS – 2.25 de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional del 10 de septiembre de 2015

Así mismo solicitó que como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se ordene su convocatoria al curso de ascenso

al Grado de Teniente Coronel como si no hubiese existido solución de continuidad, brindando la nivelación en el mismo grado y antigüedad en el que se encuentran sus compañeros.

Además petitionó que se pague como indemnización el equivalente a su salario mensual a razón de \$4.000.000.00, desde el 24 de julio de 2015 y hasta que se haga efectivo el restablecimiento del derecho, así como los daños morales calculados en 100 SMLMV, el daño al buen nombre del actor en 100 SMLMV, con los respectivos intereses y actualización monetaria, sin que se realice ningún tipo de descuento por dineros recibidos del erario público producto de otras vinculaciones.

Como sustento fáctico de las pretensiones informó el actor que (Fls. 171) ingresó a la Escuela de Cadetes en el año 1996, de la cual egresó en noviembre de 1998 por lo que ha prestado un tiempo de servicio de casi 19 años obteniendo múltiples condecoraciones, felicitaciones e innumerables anotaciones positivas, siendo evaluado para acceder el concurso de ascenso al Grado de Teniente Coronel.

Agregó que en los diferentes periodos académicos y laborales ocupó puestos destacados entre sus compañeros, relacionando los múltiples cargos de elevada importancia dentro de la organización de la Institución siempre con calificación superior e indicando que no se limitó al cumplimiento de sus deberes, sino que se dedicó a mejorar el servicio, lo cual fue reconocido por superiores y compañeros y contradice la decisión adoptada en los actos objeto de litigio.

Así mismo adujo que ha dedicado toda su juventud a la carrera policial, a serle fiel a la comunidad y al ciudadano de a pie, que no se identificó con ninguna organización criminal sino que por el contrario puso a disposición de las autoridades a muchos de los integrantes de ellas, por lo que le fueron concedidas 19 condecoraciones y 93 felicitaciones entre múltiples anotaciones positivas, por lo que concluye que es un mejorador del servicio, más cuando nunca fue objeto de llamados de atención ni fue sancionado penal o disciplinariamente, así como tampoco ha sido investigado.

Refiere que gran parte del debate jurídico respecto de la decisión adoptada se centrará en que desde enero de 2013, inició labores en el Grupo de Recepción de Información de la Dirección de Seguridad Ciudadana, donde meses después por un error de coordinación de Funcionarios del Despacho, quienes no dieron oportuno aviso se generaron fallas para la realización de una videoconferencia precedida por el

señor General Rodolfo Palomino López con directores y comandantes de unidades del país, razón por la que el demandante fue trasladado al Departamento de Policía de Arauca.

Señala que luego de una incansable labor pudo demostrar que la responsabilidad de tales hechos no recaía en su grupo sino en los secretarios del Despacho del señor Director General, sin embargo ello generó una campaña de desprestigio institucional, que se agudizó al manifestar su desacuerdo frente a hechos ocurridos en marzo de 2015, cuando la oficina de recepción de información se vio involucrada por orden del Director General en el ya conocido episodio de "USTED NO SABE QUIEN SOY YO" con el señor Nicolás Gaviria, recibiendo la orden de solucionar el problema, al punto de tener que enviar a un funcionario policial a cancelar el valor de la carrera por el servicio de taxi que este ciudadano vulgarmente se negaba a cancelar.

Manifestó además el extremo actor que actualmente está en curso una investigación disciplinaria por una situación de índole familiar por una presunta falsa denuncia, por haber denunciado irregularidades en un procedimiento policial, situación que ha sido suficientemente aclarada dentro del plenario pero el proceso no ha tenido celeridad generando que su nombre esté en entredicho y posteriormente fueron emitidos los actos demandados, frente a lo cual el accionante presentó solicitud de reconsideración.

Adicionalmente mencionó el actor una serie de peticiones que impetró ante los diferentes direcciones y grupos de la institución, mediante la cuales obtuvo los extractos de hoja de vida, estudios de trayectoria, resultados operacionales y demás documentos que aportó al plenario.

Por último, señala que mediante oficio del Director de Seguridad Ciudadana de la Policía Nacional fue propuesto para que fuera en comisión por un año a la República de Honduras, pero por haber interpuesto la solicitud de conciliación por no haber sido convocado a curso de ascenso, de manera abrupta e injustificada fue retirado de la propuesta lo que constituye una violación a la ley de acoso laboral y en virtud de tal situación de acoso decidió realizar grabaciones a los señores patrulleros CARLOS ALBERTO LUGO OBANDO y FERNELY CASTAÑEDA respecto a los casos de Nicolás Gaviria y la investigación disciplinaria.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita los artículos 29, 11, 13, 25 y 53 de la Constitución Política, así como la Ley 1010 de 2003, artículos 3, 42 y 44 de la Ley 1437 de 2011, el Decreto 1791 de 2000, Decreto 1800 de 2000 y diferentes precedentes jurisprudenciales.

Señaló que el acto administrativo atacado es violatorio del debido proceso y del principio de legalidad pues las referidas actas afectan en forma definitiva la carrera policial del actor y por tanto son enjuiciables; así mismo indicó que existe falsa motivación y desviación de poder ya que los motivos son diferentes a lo que debe ceñirse.

Argumenta que la jurisprudencia ha dado gran importancia a la hoja de vida para desentrañar la viabilidad de aplicar decisiones discrecionales en aras de favorecer el interés general, lo que no ocurre en este caso pues no se tomaron en cuenta elementos reales y públicos que acreditan que el actor debe ser tenido en cuenta para ascenso, como se puede verificar en su hoja de vida, en la que no se encuentra un solo motivo que justifique el no haber sido recomendado para iniciar el curso de ascenso.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación –Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional dentro de la oportunidad legal contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, toda vez que el ascenso del personal uniformado debe ceñirse al régimen de carrera consagrado en la Ley 1791 de 2000, por lo que no puede ser ordenado por vía judicial.

En lo que atañe a los haberes, señala que no es procedente ya que en la actualidad el demandante se encuentra disfrutando de una asignación de retiro reconocida y pagada por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional por la causal de llamamiento a calificar servicios, lo cual se materializó por resolución ministerial y está basada en la discrecionalidad, luego no constituye sanción disciplinaria ni castigo de ninguna índole, recordando que la Policía Nacional es una institución de estructura piramidal en la que no todos sus miembros pueden llegar a los máximos grados.

Así mismo indicó que el ascenso de los miembros de la fuerza pública también hace parte de la facultad discrecional del gobierno nacional y en el presente caso el procedimiento consagrado en el artículo 3º del Decreto 1791 de 2000 fue cumplido a cabalidad.

De otra parte refirió que la Actas de las Juntas Asesoras no son enjuiciables por ser actos de mero trámite, formuló objeción frente a los perjuicios materiales reclamados y aludió a la imposibilidad material y jurídica de ascender al actor.

Consecuente con ello formuló las excepciones que denominó: (i) *"Inepta demanda"*, (ii) *"Presunción de legalidad de los actos impugnados"*, (iii) *"Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido"* y (iv) *"Excepción genérica"*.

4. DEMANDA ACUMULADA. Estando en término de traslado, el extremo actor solicitó la acumulación de la demanda que cursaba ante el Juzgado Dieciséis 16 Administrativo de esta ciudad, bajo la radicación 11001333501620170001200, entre las mismas partes del proceso.

En tal litigio, bajo los mismos fundamentos fácticos expuestos en la demanda primigenia, el accionante solicitó que se declare la nulidad de la Resolución No. 5196 del 13 de junio de 2016, mediante la cual se ordenó su retiro por causal de llamamiento a calificar servicio.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho pretendió que se disponga su reintegro y reincorporación a un cargo de superior categoría como Teniente Coronel y/o Coronel, como si no hubiese existido solución de continuidad.

Igualmente solicitó el reconocimiento de los daños y perjuicios tanto materiales como morales que le fueron causados y los daños al buen nombren en las mismas cuantías que en la demanda inicial, además de las agencias en derecho que ha tenido que sufragar en la cuantía de \$10.000.000.00, sin efectuar descuento alguno por los dineros recibidos del erario público producto de cualquier vinculación salarial.

Como fundamento de tales pretensiones, además de enunciar los mismos hechos de la demanda principal, refirió el extremo demandante que su hoja de vida contiene solo aspectos positivos y adolece de sanciones, por lo que no se puede mejorar lo inmejorable, evidenciando que su actividad fue siempre efectiva y ajustada a la ley.

5. TRÁMITE PROCESAL. Tras analizar el asunto, se evidenció que la solicitud de acumulación reunía los presupuestos de los artículos 148 y 150 del CGP, por tratarse de temas conexos que pueden ser decididos en una sentencia, razón por la que mediante auto del 10 de noviembre de 2017 se decretó la acumulación solicitada,

adoptando las medidas procesales pertinentes a efectos de continuar el trámite de las dos demandas de manera conjunta.

Surtido el traslado pertinente, la entidad demandada guardó silencio respecto de la demanda acumulada.

En ese orden, estando ambos trámites en la misma etapa procesal, se fijó fecha para evacuar la audiencia inicial que se llevó a cabo el 9 de mayo de 2018, oportunidad en la que se saneó el proceso y se decidió sobre la excepción previa de (i) "Inepta demanda", declarándola parcialmente probada respecto de los actos preparatorios que no eran susceptibles de control jurisdiccional.

Acorde con lo anterior, se concluyó que el litigio se centra, de una parte, en estudiar la legalidad de los actos administrativos contenidos, (i) En el Acta No. 016 del 14 de julio de 2015, mediante la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, decidió NO RECOMENDAR al actor, entre otros, para realizar el concurso previo al curso de capacitación para ascenso y (ii) En la Resolución No. 5196 del 13 de junio de 2016 a través de la cual se dispuso su retiro del servicio.

De otra, en si le asiste derecho a la parte actora a ser reintegrado a un grado y cargo en la Policía Nacional de superior categoría como Teniente Coronel y/o Coronel, como si no hubiese existido solución de continuidad, como lo pretendió en la demanda acumulada o en su defecto, si tiene derecho a ser convocado al curso de ascenso al grado de teniente coronel como si no hubiese existido solución de continuidad, como solicitó en la demanda inicial.

Por último se decretaron las pruebas debida y oportunamente solicitadas.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 10 de agosto de 2018 (Fl. 465), el Despacho indicó a las partes que dentro del término de 10 días siguientes podrán allegar los alegatos de conclusión.

Dentro del término la parte demandada presentó sus alegaciones (Fls. 466), refiriendo que las pretensiones no están llamadas a prosperar toda vez que el acto de retiro se profirió con apego a las normas y jurisprudencia que regulan el retiro por llamamiento a calificar servicios y consecuente con ello resulta improcedente la solicitud de ascenso pues el mismo solo procede para personal activo.

Adicionalmente refirió que la hoja de vida del actor no genera por sí sola fuero alguno de estabilidad ni limita la potestad del gobierno nacional, por lo que frente a la motivación del acto, argumentó que la causal de "LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS" solamente exige que el policial tenga un tiempo de servicio que le permita ser beneficiario de una asignación de retiro y que cuente con la recomendación de la respectiva Junta Asesora, requisitos que se cumplen a cabalidad en el asunto bajo estudio, sin que ello implique discriminación alguna.

Igualmente el extremo actor presentó sus alegaciones, en las que reiteró sus pedimentos, especialmente en cuanto a que, lo que se ordene pagar sea a título de indemnización y por tanto la demandada se debe abstener de hacer descuentos por conceptos relacionados con vinculaciones o por asignación de retiro; además que se ordene el pago de los perjuicios morales probados.

Para ello aludió una vez más a la hoja de vida del actor y sus calificaciones, agregando que mediante las declaraciones recaudadas se pudo evidenciar su excelente comportamiento, la veracidad de los hechos narrados en la demanda y lo injusto de la decisión de no haberlo convocado al curso de ascenso y el posterior retiro del servicio, luego de haberlo sometido a una clara presión que afectó gravemente su dignidad humana.

Agregó que se demostró la campaña de desprestigio institucional que sufrió el actor y el desvío de poder al haber sido excluido del curso de ascenso, cuando si se llamó a compañeros que presentaban incluso gravísimas sanciones disciplinarias.

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

Como se indicó antes, en la audiencia inicial se estableció que el asunto de la referencia se centra en estudiar la legalidad de los actos administrativos contenidos, en el Acta No. 016 del 14 de julio de 2015 y en la Resolución No. 5196 del 13 de junio de 2016, y consecuente con ello si le asiste derecho al señor OVALLE AGUILAR a ser

reintegrado a un grado y cargo en la Policía Nacional de superior categoría como Teniente Coronel y/o Coronel, como lo pretendió en la demanda acumulada o en su defecto, si tiene derecho a ser convocado al curso de ascenso al grado de teniente coronel, como solicitó en la demanda inicial.

Así mismo se analizará si resulta procedente acceder al pago de los perjuicios tanto materiales como morales y al buen nombre que se reclamaron en la demanda.

2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.

- PRUEBAS DOCUMENTALES: Se aportan y recaudaron como tal, las siguientes:

En el cuaderno principal (No. 1):

- a. Copia del Acta No. 016 del 14 de julio de 2015, mediante la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, decidió NO RECOMENDAR al actor, entre otros, para realizar el concurso previo al curso de capacitación para ascenso. (Fl. 21 a 31).
- b. Acta No. 020 del 10 de septiembre de 2015, mediante la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, decidió CONFIRMAR la decisión referida en el literal anterior (fls. 32-59).
- c. Extracto de la hoja de vida de la accionante (fls. 60-62).
- d. Formularios de Evaluación del Desempeño Policial entre enero de 2010 y diciembre de 2013, con los respectivos formularios de seguimiento (Fls. 63 a 110)
- e. Peticiones de información relacionadas con su comportamiento, investigaciones disciplinarias, cargos desempeñados, estímulos y razones entre otras circunstancias, por las que su último comandante directo y en general el Ministerio de Defensa decidió no recomendarlo para ascenso (fls. 111 a 120).
- f. Copia de la Resolución No. 05123 del 26 de diciembre de 2013, mediante la cual el actor fue trasladado al Departamento de Arauca (fl. 123-124).
- g. Memorando No. 063701 en el que se solicitó la derogación del traslado referido en el literal anterior y su comunicación (fl. 121-122)
- h. Comunicaciones y sus anexos, mediante las cuales la entidad demandada dio respuesta a las peticiones mencionadas en el literal "e" de este acápite (fls. 125 a 153, 159 a 166)
- i. Orden Administrativa de Personal No. 1-173 del 15 de septiembre de 2015, mediante la cual se autorizan unas comisiones transitorias dentro del país (fls. 154-156).
- j. Grabaciones de audio contenidas en el CD que obra a folio 211 del plenario.

- k. Tarjetón de fotografías de los Mayores aspirantes al curso de ascenso (fl. 329).
- l. Copias de las decisiones adoptadas el 5 de diciembre de 2006, el 23 de julio de 2004, el 10 de mayo de 2012 y 11 de agosto de 2011, dentro de los procesos disciplinarios adelantados en contra del actor (fls. 351 a 384, 409 a 422 y 434 a 441).
- m. Relación de calificaciones de señores Mayores compañeros del actor (fl. 406)
- n. Relación de escalafón de señores Mayores compañeros del actor (fl. 424)
- o. Acta No. 008 del 11 de abril de 2016, mediante la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional recomendó el retiro del actor por llamamiento a calificar servicios (fls. 425-432).
- p. Certificación de nómina del accionante correspondiente al mes de septiembre de 2016 (fl. 443)
- q. Relación de investigaciones disciplinarias de señores Mayores compañeros del actor (fl. 444)
- r. Certificaciones salariales de los señores Mayores compañeros del actor (fl. 445 a 452)

En el cuaderno acumulado (No. 2):

- s. Copias de la Resolución No. 5196 del 13 de junio de 2016, mediante la cual se ordenó el retiro del actor por causal de llamamiento a calificar servicio (fls. 4-8)
- t. Certificación de cargos, funciones, estadísticas y estímulos del actor (fl. 29)

- PRUEBA TESTIMONIAL:

Declaración rendida por los señores CESAR AUGUSTO PARDO CHAMORRO y CLAUDIA ROSA SILVA ARIZA el 23 de mayo de 2018, así como por el testigo CARLOS ALBERTO LUGO OBANDO el 27 de julio de 2018, las cuales se encuentran en medios magnéticos obrantes a folios 342 y 463 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 regula tanto el tema de ascenso en las fuerzas militares como de retiro por llamamiento a calificar servicios en uso de la facultad discrecional.

En ese sentido, es menester precisar que el artículo 150 de la Constitución Política establece que el Congreso de la República hace las leyes y, por medio de ellas, ejerce las siguientes atribuciones:

"(...) 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

a) (...).

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. (...)". (Negrilla fuera de texto).

El artículo 189 constitucional le confiere al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, entre otras, la función de:

*"(...) 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes.
(...)"*

Ahora, en cuanto al régimen de carrera de los miembros de la Policía Nacional como parte de la Fuerzas Públicas, por expresa disposición Constitucional, se tiene que es de naturaleza especial y distinta al de carrera administrativa de los demás servidores públicos, pues así lo establecen los artículos 216, 218 y 220 superiores, que al tenor disponen:

"ARTÍCULO 216. La fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

(...)"

"ARTICULO 218. La ley organizará el cuerpo de Policía.

La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

ARTICULO 220. Los miembros de la Fuerza Pública no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la Ley". (Negrillas del Despacho)

En atención a la normatividad constitucional prescrita, se expidieron los decretos que regulan la carrera militar de los miembros de la Fuerza Pública.

Así las cosas, el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto Ley 1791 de 14 de septiembre 2000 "Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional.", norma que se invoca como fundamento legal

en los actos administrativos susceptibles de nulidad y que constituye el régimen que cobija al actor, aplicable al asunto de la referencia.

Frente al ingreso y ascenso de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, los artículos 33 *ibídem* dispuso lo siguiente:

"ARTÍCULO 20. CONDICIONES PARA LOS ASCENSOS. Los ascensos se conferirán a los oficiales, nivel ejecutivo y suboficiales en servicio activo que cumplan los requisitos establecidos, dentro del orden jerárquico, de acuerdo con las vacantes existentes, conforme al Decreto de planta y con sujeción a las precedencias de la clasificación que establece el Decreto de Evaluación del Desempeño.

(...)

ARTÍCULO 21. REQUISITOS PARA ASCENSO DE OFICIALES, NIVEL EJECUTIVO Y SUBOFICIALES. Los oficiales, nivel ejecutivo a partir del grado de subintendente y suboficiales de la Policía Nacional, podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior cuando cumplan los siguientes requisitos:

1. Tener el tiempo mínimo de servicio establecido para cada grado.
2. Ser llamado a curso.
3. Adelantar y aprobar los cursos de capacitación establecidos por el Consejo Superior de Educación Policial.
4. Tener aptitud psicofísica de acuerdo con lo contemplado en las normas sobre Incapacidades e Invalideces.
5. Obtener la clasificación exigida para ascenso.
6. Para oficiales, concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional; para nivel ejecutivo y suboficiales, concepto favorable de la Junta de Evaluación y Clasificación.
7. Hasta el grado de Coronel, (...)

PARAGRAFO 1. Para ingresar al curso de capacitación para ascenso al grado de Teniente Coronel, los aspirantes que hayan superado la trayectoria profesional deberán someterse previamente a un concurso, de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional.

Quien pierda el concurso por dos (2) veces será retirado del servicio activo por incapacidad académica."(Subrayas fuera de texto)

Bajo la anterior perspectiva, se colige que para adquirir el derecho de ascenso como oficial de la Policía Nacional se requiere el cumplimiento de todos los requisitos legales, entre ellos el concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional.

En lo que tiene que ver con la evaluación de la trayectoria profesional, el artículo 22 *ibídem* prevé:

"ARTÍCULO 22. EVALUACIÓN DE LA TRAYECTORIA PROFESIONAL. La evaluación de la trayectoria profesional del personal, estará a cargo de las Juntas de Evaluación y Clasificación que para cada categoría integrará el Director General de la Policía Nacional. Las Juntas tendrán, entre otras, las siguientes funciones:

1. Evaluar la trayectoria policial para ascenso.
2. Proponer al personal para ascenso.
3. Recomendar la continuidad o retiro en el servicio policial. (...)" (Subraya fuera de texto).

Ahora bien, concretamente en torno al tema de retiro de personal como el que ocupa la atención del Despacho, la Ley 857 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.", consagró lo siguiente:

"ARTÍCULO 1o. RETIRO. El retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, es la situación por la cual este personal, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.

El retiro de los Oficiales se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional. El ejercicio de esta facultad, podrá ser delegada en el Ministro de Defensa Nacional hasta el grado de Teniente Coronel.

El retiro de los Suboficiales se efectuará a través de resolución expedida por el Director General de la Policía Nacional.

El retiro de los Oficiales deberá someterse al concepto previo de la junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de Oficiales Generales. La excepción opera igualmente en los demás grados, en los eventos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, cuando no supere la escala de medición del decreto de evaluación del desempeño y en caso de muerte.

ARTÍCULO 2o. CAUSALES DE RETIRO. Además de las causales contempladas en el Decreto-ley 1791 de 2000, el retiro para los Oficiales y los Suboficiales de la Policía Nacional, procederá en los siguientes eventos:

4. Por llamamiento a calificar servicios.
5. Por voluntad del Gobierno Nacional en el caso de los Oficiales, o del Director General de la Policía Nacional, en el caso de los Suboficiales.
6. Por incapacidad académica.

ARTÍCULO 3o. RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. El personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, sólo cuando cumpla los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro.

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." (Subrayas del Despacho)

De lo anterior se extrae, que el retiro del servicio activo de los oficiales de la Policía Nacional, entre otras causales puede efectuarse por llamamiento a calificar servicios, previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, la cual, al igual que en el caso de la recomendación para ascenso, obedece a la facultad discrecional que ostenta el Gobierno Nacional y se presume inspirada en el buen servicio.

- **De la facultad discrecional.**

En torno a la mencionada facultad discrecional se pronunció la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-179 del 8 de marzo de 2006 en los siguientes términos:

"(...) Teniendo en cuenta que la Policía Nacional y las Fuerzas Militares tienen a su cargo la protección del orden constitucional y de los derechos y libertades de los ciudadanos y la convivencia pacífica, la ley ha optado por un régimen de carrera de sus funcionarios que permita cierta flexibilidad, de suerte que se pueda garantizar el cabal cumplimiento de las tareas constitucionales encomendadas a la Fuerza Pública. Por supuesto que dicha flexibilización, no conlleva una patente de corso para el desconocimiento de los principios constitucionales que la orientan. En un Estado Social de Derecho no existen poderes ilimitados, en tanto que ellos están siempre ordenados a un fin específico como lo disponen las normas que les atribuyen competencia, y no a cualquier fin; es precisamente lo que hace que los actos proferidos por las autoridades públicas en ejercicio de sus competencias legales sean controlables. (...)

En varias oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la facultad discrecional que se concede a dichas instituciones para retirar del servicio a sus miembros por razones del servicio, encontrando admisible desde la perspectiva constitucional el retiro en esas circunstancias dadas las funciones constitucionales que se les atribuyen. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha sido cautelosa en precisar que la facultad discrecional para el retiro de funcionarios de la Fuerza Pública no puede ser confundida con arbitrariedad. La discrecionalidad no es otra cosa que una facultad más amplia que se concede por la ley a una autoridad para que ante situaciones específicas normadas explícitamente pueda acudir a una estimación particular atendiendo las circunstancias singulares del caso concreto. Nótese que es la ley la que enmarca los elementos en que puede ser ejercida la potestad discrecional para el retiro de miembros de la Fuerza Pública, a saber: i) la existencia misma de la potestad; ii) la competencia para ejercerla respecto de unos miembros determinados; y, iii) la obtención de una finalidad específica. No se trata pues de una discrecionalidad al margen de la ley, sino todo lo contrario, es precisamente en virtud de la ley, y en la medida en que ella dispone que pueda ser ejercida la potestad discrecional. (...)"

Así mismo el Consejo de Estado en la sentencia O-067-2017, con ponencia del Consejero WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ del 25 de mayo de 2017 se pronunció frente a las Actas de la Junta de Evaluación y Clasificación en lo que tiene que ver con ascensos, respecto de las cuales, además de referir la facultad discrecional que ostenta dicha junta, extractó y memoró lo siguiente:

"Por su parte, el Consejo de Estado² ha señalado respecto de las actas de la Junta de Evaluación y Clasificación tratándose de ascensos, lo siguiente:

- 1. Aquellas en las que no se emite un concepto favorable para el concurso previo al ascenso constituyen actos administrativos de trámite que ponen fin a la actuación en relación con los uniformados afectados, en la medida que frente a ellos impide la continuación del*

procedimiento señalado para el ascenso, por negarles la presentación de un prerrequisito para acceder al curso que es exigencia para ascender.

2. La selección de los uniformados que van a adelantar los cursos de capacitación para ascenso comprende el ejercicio de una facultad discrecional que se encuentra sometida a la existencia de vacantes y a las necesidades de la Institución.

Esta facultad discrecional conferida por el Director General de la Policía Nacional a las Juntas de Evaluación y Clasificación debe ser realizada con plena observancia de lo prescrito en la ley y, en las reglas especiales sobre el asunto en trámite, en especial, la evaluación de la trayectoria profesional del uniformado, que para el caso concreto está prevista en el artículo 22 del Decreto 1791 de 2000.

3. De igual manera, que la facultad discrecional contiene una motivación mínima, que se entiende contenida de forma intrínseca en la decisión y corresponde a las necesidades del servicio señaladas para la Policía Nacional en el artículo 218 de la Constitución Política, es decir, i) el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y, ii) asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz, todas ellas en beneficio de la misión institucional, presunción que se puede desvirtuar con prueba en contrario.”¹ (Resaltado por parte del Despacho)

Igualmente, frente al retiro en uso de dicha facultad, el Órgano de cierre de la Jurisdicción contenciosa administrativa –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda –Subsección B, con ponencia de la Consejera Bertha Lucia Ramírez de Paez, en sentencia del 3 de noviembre de 2011, expediente con radicado número: 25000-23-25-000-2002-12412-01(1068-09), actor: José Guillermo Medina Vargas, demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, al resolver un recurso de apelación, discurrió:

“Así las cosas, el retiro absoluto del servicio activo del actor, por Voluntad del Comandante del Ejército, contó con el Concepto Previo del Comité de Evaluación, conforme a las disposiciones pertinentes.

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.

La eficiente prestación del servicio es una obligación de todo servidor público por lo que la buena conducta, las felicitaciones y la ausencia de sanciones disciplinarias no dan garantía de estabilidad, menos en relación con los servidores del Ejército Nacional, que por la naturaleza de sus funciones, requieren, entre otras virtudes y aptitudes, confianza, dedicación, lealtad, disponibilidad y plena capacidad física e intelectual.”

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca² adujo “que la regla y medida de la discrecionalidad como instrumento para el retiro del servicio 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.”

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00362-01(5030-14)

² Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Segunda –Subsección F, con ponencia de la Magistrada Patricia Salamanca Gallo, en providencia del 30 de junio de 2016, expediente No. 110013331709200900189-01, demandante: Elkin Alberto Esteban Castro, demandado: Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

Así las cosas, del precedente normativo y jurisprudencial se establece que la discrecionalidad es aquella facultad consagrada en la norma que permite al Estado entre otras circunstancias, ascender y retirar del servicio activo a los oficiales y suboficiales, tanto de la Policía como de las Fuerzas Militares a través del acto administrativo pertinente.

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 ser promovido y/o 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, en la que 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:

“De esta manera, cuando se produce un retiro discrecional, por razones del servicio, el mismo “debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general” y, en garantía de los derechos del afectado, el ejercicio de la atribución no puede obedecer “a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes”, sino que ha de quedar “consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contencioso administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder”[68].

(...)

De la misma manera, en control concreto, esta Corte ha establecido de forma reiterada[70] que existe un deber de motivación por parte de la Fuerza Pública, cuando hace uso de la facultad discrecional en los actos administrativos de retiro de sus miembros. Específicamente, sobre el retiro de integrantes del Ejército Nacional, se pueden mencionar los siguientes precedentes:

19.1. *En la sentencia T-456 de 2009, la Sala Tercera de Revisión[71] determinó que el retiro de un funcionario del Ejército Nacional, debe atender a una justificación razonable, por lo tanto, debe estar sustentada en la evaluación de su hoja o folio de vida.*

19.2. *En las sentencias T-1173 de 2008[72] y T-638 de 2012[73], las Salas Tercera y Novena de Revisión, determinaron que los retiros discrecionales sólo se consideraban respetuosos del debido proceso y de la Constitución cuando lograran garantizar: “(i) la existencia de razones que guardaran relación con las funciones y finalidades de la Fuerza Pública como sustento de la decisión; (ii) que esas razones sean plasmadas, así sea de manera sucinta, en el acto administrativo que decide la desvinculación, o bien, en el acta del Comité de Evaluación; (iii) en el caso de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, se debe respetar lo ordenado en la ley respecto de la obligación de que exista una recomendación previa al retiro; (iv) dicha recomendación la emite un Comité en el cual se le debe garantizar al peticionario el derecho a ser oído y (v) la decisión debe ser notificada en la forma prescrita por la ley al afectado.”*

A juicio de las Salas, el ejercicio de la potestad de desvinculación discrecional omitiendo la motivación del acto, no es consecuente con lo decidido en la sentencia C-179 de 2006, teniendo en cuenta que en ella quedó establecido que dicha facultad no podía ejercerse sin la estricta observancia del debido proceso, lo cual implicaba la motivación del acto.

(...)

De lo expuesto, se puede concluir que, tanto el legislador como la jurisprudencia constitucional han construido unos límites al ejercicio de la competencia discrecional para el retiro de funcionarios de la Fuerza Pública, representados en la legalidad y en la salvaguarda del debido proceso.”

De conformidad con la providencia en cita, la facultad discrecional debe ser ejercida en estricta observancia del debido proceso, lo cual implica que: las decisiones que implican el llamamiento o no, a curso para ascenso y el retiro del servicio, deben basarse en razones que atañen a la finalidad y funciones de la entidad, las cuales

estarán consagradas en los actos pertinentes, para el caso de no recomendación para convocar a curso y de desvinculación o en el acta del Comité.

Además deben existir unas recomendaciones o conceptos previos de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, tanto para el caso del retiro, como del ascenso, éste último para el cual, el concepto debe ser de carácter favorable.

La Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-288 del 14 de mayo de 2015, estudió nuevamente la discrecionalidad del retiro del servicio de los miembros de la fuerza pública, al indicar:

*"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 conservarán 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, los actos mediante los cuales se recomienda o no el ascenso dentro de la carrera policial, al igual que el de retiro del servicio, deben sustentarse en razones objetivas e irrefutables que permitan a la administración justificar tales decisiones, 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 normatividad aplicable al asunto de la referencia y a la línea jurisprudencial que precede, circunstancias como

el ascenso y retiro del servicio activo del personal de la Policía Nacional pueden darse por voluntad del Gobierno Nacional, Ministerio de Defensa, en ejercicio de sus facultades discrecionales que a la luz de la Constitución Política deben respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad, en beneficio de los fines constitucionales de la Fuerza Pública.

- Reconocimiento y tasación de perjuicios inmateriales.

Dentro de este tipo de perjuicios, se encuentran catalogados, el denominado daño a la vida de relación y los daños o perjuicios morales, que se componen básicamente por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

Frente al reconocimiento de este tipo de perjuicios, el Consejo de Estado³ ha expresado que:

"(...) la indemnización que se reconoce a quienes sufran un daño antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria y no reparatoria del daño causado y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo tanto, corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante. La magnitud del dolor puede ser apreciada por sus manifestaciones externas y por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba (...)"

Así mismo, como bien es sabido, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, mediante Sentencias de Unificación proferidas el 28 de agosto de 2014, fijó los parámetros y topes indemnizatorios en algunos de los escenarios en los que se generan este tipo de daños, entre los cuales se encuentra la reparación del daño moral en caso de muerte, de lesiones personales, de privación injusta de la libertad, además de la reparación no pecuniaria y la indemnización excepcional por afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, y la reparación del daño a la salud.

Como se observa, la jurisprudencia del Órgano de Cierre de la Jurisdicción ha señalado algunos estándares y parámetros útiles al momento de reconocer y tasar el monto de la indemnización y/o medidas de reparación en la causación de daños

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 20 de abril de 2005. Radicación: 25000-23-26-000-1994-01574-01(15247)DM.

morales o inmateriales, sin embargo hay eventos que no fueron objeto de unificación, como el que se analizó en la sentencia del Consejo de Estado No. 2077761 Radicado: 20001-23-31-000-2002-00136-01 del 03 de septiembre 2015, Sección Tercera Subsección B, C. P. DANILO ROJAS BETANCOURTH, en la cual señaló:

"Sin embargo, de acuerdo con el criterio que ha sido adoptado por la Sección desde la sentencia del 6 de septiembre de 2001 expediente 13232, la Corporación ha abandonado la indemnización en gramos oro, y cuando se demuestra el padecimiento de un perjuicio moral en su mayor grado, se ha reconocido una indemnización equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...) es procedente que la Sala fije en salarios mínimos la indemnización de perjuicios de orden moral a favor de los peticionarios, con aplicación de la facultad discrecional que le asiste frente a estos casos, la cual está regida por los siguientes parámetros: a) la indemnización del perjuicio se hace a título de compensación, pues la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia, mas no de restitución ni de reparación; b) la tasación debe realizarse con aplicación del principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; c) la determinación del monto debe estar sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso y que están relacionados con las características del perjuicio; y d) debe estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad."

Así las cosas, como la jurisprudencia del Consejo de Estado ha admitido el reconocimiento de perjuicios morales por vía de nulidad y restablecimiento del derecho, en el evento en que se demuestre plenamente en el expediente que con la decisión de la administración que se discute se causó un daño de dicha naturaleza, caso en el cual, para su tasación resulta oportuno hacer uso de las herramientas que para el efecto se han fijado de manera jurisprudencial o en su defecto, será el Juez quien tendrá que determinarlos de manera discrecional.

3. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia el señor GIOVANNY ALEJANDRO OVALLE AGUILAR, a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad del acto administrativo contenido en el Acta No. 016 del 14 de julio de 2015, mediante la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, decidió NO RECOMENDAR al actor, entre otros, para realizar el concurso previo al curso de capacitación para ascenso y en la Resolución No. 5196 del 13 de junio de 2016 a través de la cual se dispuso su retiro del servicio.

Como argumentos de la anterior pretensión, adujo que el acto atacado es violatorio del debido proceso y del principio de legalidad pues las referidas actas afectan en forma definitiva la carrera policial del actor y por tanto son enjuiciables; así mismo indicó que existe falsa motivación y desviación de poder ya que los motivos son diferentes a lo que debe ceñirse.

Así mismo, luego de invocar la importancia que tiene la hoja de vida según la jurisprudencia para desentrañar la viabilidad de aplicar decisiones discrecionales en aras de favorecer el interés general, señala que ello no ocurre en este caso pues no se tomaron en cuenta elementos reales y públicos que acreditan que el actor debe ser tenido en cuenta para ascenso, como se puede verificar en su hoja de vida, en la que no se encuentra un solo motivo que justifique el no haber sido recomendado para iniciar el curso de ascenso y menos aún su posterior llamamiento a calificar servicios.

Sobre el particular, advierte el Despacho que la entidad demandada retiró del servicio activo al señor OVALLE AGUILAR teniendo en cuenta las recomendaciones de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, en las que se invocaron los preceptos de la Ley 857 de 2003, que como se indicó en la parte normativa, permiten que la demandada realice llamamiento a calificar servicios siempre que el oficial cumpla los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro como en efecto ocurre respecto del demandante, ello en uso de la facultad discrecional y como un mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional, teniendo en cuenta que el actor no fue seleccionado para realizar el curso de ascenso.

En virtud de lo anterior y como a tal decisión se le imputa un vicio en cuanto a su motivación, se hace necesario remitirnos no solo al texto del acto administrativo de retiro, sino también a la decisión de no convocar al actor al curso de ascenso, más cuando dicha decisión también es objeto de litigio y presuntamente ocasiona una vulneración de sus derechos fundamentales.

Así las cosas en Acta No. 016 del 14 de julio de 2015, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, decidió NO RECOMENDAR al actor, entre otros, para realizar el concurso previo al curso de capacitación para ascenso, invocando para ello el régimen de carrera consagrado en los artículos 125 y 218 superiores, así como las disposiciones del Decreto Ley 1791 de 2000, en cuyo artículo 21 consagra los requisitos para acceder al ascenso, entre los cuales se resaltó la superación de la evaluación de trayectoria profesional consagrados en el artículo 22 *ibídem*.

En punto de lo anterior, se señaló el procedimiento adoptado para realizar tal evaluación, teniendo en cuenta la selección que para ello hace la Junta de Generales de la Policía Nacional, la cual aduce, hace parte de la facultad discrecional por lo que no está en la obligación de llamar a curso a todos los aspirantes a un grado superior,

sin que ello constituya arbitrariedad, circunstancias que resultan acertadas y cuentan con soporte legal como se indicó en el marco jurídico y jurisprudencial expuesto en precedencia.

No obstante, el actor refiere que sí existe una desviación de poder, por cuanto fue objeto de una persecución y acoso laboral derivados básicamente de dos hechos, el primero de ellos ocurrido cuando laboraba en el Grupo de Recepción de Información de la Dirección de Seguridad Ciudadana, donde por un error de coordinación de Funcionarios del Despacho, quienes no dieron oportuno aviso se generaron fallas para la realización de una videoconferencia precedida por el señor General Rodolfo Palomino López con directores y comandantes de unidades del país, situación que incluso generó su traslado al Departamento de Policía de Arauca, hasta que luego de una incansable labor pudo demostrar que la responsabilidad de tales hechos no recaía en su grupo sino en los secretarios del Despacho del señor Director General.

Sin embargo, refirió que ello generó una campaña de desprestigio institucional, que se agudizó al manifestar su desacuerdo frente a hechos ocurridos en marzo de 2015, cuando la oficina de recepción de información se vio involucrada por orden del Director General en un episodio conocido como "USTED NO SABE QUIEN SOY YO" con el señor Nicolás Gaviria, recibiendo la orden de solucionar el problema, al punto de tener que enviar a un funcionario policial a cancelar el valor de la carrera por el servicio de taxi que este ciudadano vulgarmente se negaba a cancelar.

Así mismo refirió que actualmente está en curso una investigación disciplinaria por una situación de índole familiar por una presunta falsa denuncia, por haber denunciado irregularidades en un procedimiento policial, situación que ha sido suficientemente aclarada dentro del plenario pero el proceso no ha tenido celeridad generando que su nombre esté en entredicho y posteriormente fueron emitidos los actos demandados, frente a lo cual el accionante presentó solicitud de reconsideración.

Procede entonces el Despacho 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, para lo cual se revisa el siguiente ítem:

- **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”⁴.**

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:

“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.

Analizando entonces el material probatorio recaudado, se observa el extracto de la hoja de vida de la accionante (fls. 60-62), junto con los formularios de Evaluación del

⁴ 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).

Desempeño Policial entre enero de 2010 y diciembre de 2013, con los respectivos formularios de seguimiento (Fls. 63 a 110), de los cuales se puede extraer que en efecto el actor ha venido presentando un gran desempeño profesional dentro de su carrera policial.

Tal situación fue corroborada por el testigo CESAR AUGUSTO PARDO CHAMORRO, cuya declaración se encuentra contenida en el CD visible a folio 342, quien se refirió sobre algunas situaciones que se presentaron en el ejercicio de sus funciones y al indagarle sobre las fechas en que coincidieron con el actor en la oficina INEPO, manifestó que en la entidad deben estar los registros de su traslado, pero creo que fue aproximadamente entre 2014 y 2015. (Record 13: 30)

Así mismo indicó que para llegar al cargo que ocupaba el actor se requería un perfil y unas calidades muy claras y específicas debido a la reserva que tiene la información que allí se maneja y la confianza que se requiere, los cuales son escogidos por el Director General, razón por la que concluye que el Mayor OVALLE AGUILAR debió tener un desempeño impecable para ejercer dicho cargo (Record 15:30).

Adicionalmente aclaró (Record 17:30) que en la Policía existen dos tipos de estímulos, verbales y por escrito, precisando que desconoce si se el Mayor Ovalle cuenta con felicitaciones escritas pero que de manera verbal, el Director de la Policía si realizaba públicamente reconocimientos y manifestaciones de conformidad con sus servicios.

En todo caso, no se puede desconocer que el demandante ha sido objeto de algunas investigaciones de carácter disciplinario, las cuales en todo caso fueron resueltas, en su gran mayoría de forma favorable al actor, pues salvo por una decisión adoptada en diciembre de 2006⁵, en los demás casos se analizaron las circunstancias que dieron origen a las mismas, para concluir que no fueron probados los hechos que se le imputaban y por tanto las mismas fueron archivadas como se observa a folios 409 a 422 y 434 a 441.

Por su parte, la testigo CLAUDIA ROSA SILVA ARIZA también señaló respecto del desempeño del actor que (Record 44:45) que él siempre llegaba puntual a su trabajo, muy entregado al mismo y que nunca vio cosas que no pudiera resolver o solventar con el personal que tenía ahí.

⁵ En la que fue sancionado con multa de 5 días de salario.

Ahora bien, como fuente de la presunta campaña de desprestigio institucional de la que aduce fue víctima, el actor refiere un hecho que se presentó cuando laboraba en el Grupo de Recepción de Información de la Dirección de Seguridad Ciudadana, al presentarse algunas fallas en la realización de una videoconferencia que debía presidir el señor General Rodolfo Palomino López con directores y comandantes de unidades del país, situación que incluso generó su traslado al Departamento de Policía de Arauca.

En torno a tales hechos, se advierte probada la ocurrencia de un impase acaecido en tal sentido, ya que al respecto el declarante Sr. PARDO CHAMORRO señaló que (Record:19:40) *"hubo una mañana en la que al recibir el turno al actor, el Director estaba molesto por un inconveniente que se presentó con una videoconferencia con el Director de la Policía, por lo que le llamaron la atención, aclarando que la Subdirectora le dijo que el Director había enviado una videoconferencia y el Mayor Ovalle no había cumplido la orden, el Director dijo al Subdirector que tocaba cambiar al mayor porque él no le aceptaba las órdenes y luego llegó el poligrama notificando que el Mayor sería trasladado a Arauca"*.

Al indagarle por el cumplimiento respecto del protocolo para ese tipo de videoconferencias, indicó el declarante (Record 22:20) que *"en la Policía los procesos están estandarizados precisamente porque en estos eventos las órdenes verbales son la palabra del Director contra la del funcionario y por ello debe haber un paso a paso, por lo que le preguntó al mayor Ovalle si había el paso a paso, conforme al cual el Secretario General debía remitir un poligrama a la Oficina de INEPO para que allí se comunicara a los Directores de Departamento, sin embargo al revisar el paso a paso, al buscar dicho poligrama el mismo no existía"*. Agregando que *"ello ocurrió aproximadamente un año y medio antes de que se realizara la convocatoria para curso de ascenso al cual no fue convocado el actor"*.

Así mismo la señora SILVA ARIZA Al indagarle si el demandante tuvo problemas con el señor Director de la Policía, en síntesis manifestó (Record 45:47) *yo no sé qué tan grave pudiera ser eso, pero ahí en la oficina todos los comunicados tenían que pasar, los ordenaban los superiores y salían comunicados y en alguna ocasión había una videoconferencia pero la comunicación no llegó a nosotros como enlaces, eran como las 6, 6:30 de la mañana y entró mi General Palomino, General Luz Marina y mi General Nieto (..) le hicieron un llamado a mi Mayor porque no estaba nadie en la sala*

en las cámaras a nivel país, eso fue lo que yo vi....., no sé si eso le trajo alguna repercusión después (...)

Al preguntarle si el llamado de atención fue de carácter público indicó la deponente (Record 47:35) *si porque estábamos todos encima y estábamos... pues uno estaba atento a la situación que pasa y que había que hacer algo con mi mayor.*

Por lo demás, luego de referir el protocolo que existía para ese tipo de comunicaciones, se le preguntó si alguna vez observó actuaciones irregulares que desmejoraran el servicio o si sabía de quejas externas o de parte de sus subalternos, frente a lo cual refirió la citada que nunca vio algo así.

Como se observa, es claro para este estrado judicial que sí existió un percance que generó molestias en los altos mandos de la institución, sin embargo del material recaudado no es posible extraer que dicha situación haya tenido tal repercusión en la carrera policial del actor como para deducir que fue concretamente por los referidos hechos que se impidió su convocatoria al curso de ascenso, es decir, no se encuentra plenamente probado el nexo de causalidad entre el incidente antes mencionado y la no convocatoria para ascenso que posteriormente generó su retiro del servicio.

Se arriba a la anterior conclusión, toda vez que el accionante manifiesta que con ocasión a tales hechos se generó su traslado al Departamento de Arauca, sin embargo, se advierte que la anunciada consecuencia en realidad no se materializó, pues el mismo deponente, sr. PARDO CHAMORRO ante el contrainterrogatorio efectuado por el extremo demandado, manifestó que (Record. 29:11) *"en ese momento llegó el poligrama con la orden del Director respecto del traslado, yo salí trasladado posteriormente, que porque no haya llegado el señor Ovalle a Arauca lo desconozco (...), lo único que yo tengo claro es que el traslado se ejecuta mediante un mandato escrito y el mandato escrito estaba en talento humano, que lo haya hecho físicamente el señor Mayor no llegó personalmente a Arauca, lo que sí hacía insistencia el Comandante de Departamento era que porque el Mayor Ovalle no había llegado a Arauca si había una orden y un poligrama del Director ordenando el traslado.*

Acorde con lo anterior, a folios 123 y 124 obra copia de la Resolución No. 05123 del 26 de diciembre de 2013, mediante la cual el actor fue trasladado al Departamento de Arauca, sin embargo en los folios 121 y 122 se observa el Memorando No. 063701 en el que se solicitó la derogación de dicho traslado y su comunicación.

En ese orden, si el problema antes señalado finalmente no obtuvo la relevancia como para generar el traslado del actor al Departamento de Arauca, no es posible suponer de manera irrefutable que sí hubiese sido el móvil de la decisión adoptada por la parte demandada, de no convocarlo al curso de ascenso como aduce.

Por otra parte, refiere la parte actora que su situación se agudizó al manifestar su desacuerdo frente a hechos ocurridos en marzo de 2015, cuando la oficina de recepción de información se vio involucrada por orden del Director General en un episodio conocido como *"USTED NO SABE QUIEN SOY YO"* con el señor Nicolás Gaviria, recibiendo la orden de solucionar el problema, al punto de tener que enviar a un funcionario policial a cancelar el valor de la carrera por el servicio de taxi que este ciudadano vulgarmente se negaba a cancelar.

Sobre el particular sea lo primero señalar que ni siquiera en las intervenciones de tal extremo, como son el escrito de demanda y alegaciones, se estableció de manera clara y concisa, cuáles fueron las circunstancias de modo, tiempo y lugar de tal *"manifestación de desacuerdo"* y que se pretenden probar, nótese que allí no se indica frente a qué persona se realizó tal manifestación, en qué contexto se materializó o al menos si tuvo efecto frente a algún miembro de la Institución que hubiese podido generar represalias en su contra.

Al respecto el testigo, sr. PARDO CHAMORRO al indagarle por otros inconvenientes del actor, refirió (Record 26:55) que *"el mayor Ovalle me comento que había tenido un inconveniente acá en Bogotá sobre una situación presentada en el norte, en el que el jefe de turno tuvo que llamar al Director de la Policía, que era algo con un familiar de un expresidente de la República y que a él al llegar le había dicho al muchacho, porque ya estaba como Jefe de Oficina, que qué había pasado (...) que tenía que tener mucho cuidado porque se había hablado de la integridad de la Oficina y que uno no podía estar diciendo que el Director de la Policía estaba intercediendo por las demás personas, ese fue el comentario y yo le dije que debía era cumplir los protocolos de la Policía (...)".*

Como se observa, el deponente no manifestó haber presenciado hecho alguno en relación con el presunto inconveniente sino que se trata de un *"testigo de oídas"* frente a una manifestación que realizó el mismo actor respecto de tales hechos.

Igualmente obra en el expediente la declaración del señor CARLOS ALBERTO LUGO OBANDO (CD a fl. 463) quien refirió no tener conocimiento de las razones por las que había sido citado, (Record 10:46) en cuanto al desempeño no tengo conocimiento de que le hubieran hecho llamados de atención y en mi forma de pensar creo que si tiene un buen desempeño en la oficina.

Sin embargo al preguntarle si tuvo conocimiento de algún inconveniente o problema que haya tenido el Mayor Ovalle con los mandos policiales (Generales) indicó (Record 11:30) *"No señor, no tengo conocimiento en lo más mínimo"* y frente a los hechos presentados al Despacho y concretamente frente al que presuntamente tuvo injerencia en el personal en marzo de 2015, respecto de un episodio conocido como *"Usted no sabe quién soy yo"* con un señor Nicolás Gaviria, le preguntó el apoderado si recordaba lo que ocurrió frente a lo cual indicó: *no señor no tengo conocimiento y no recuerdo... Supe del caso porque lo escuche por noticias pero no tengo conocimiento si pasó algo más allá.*

Ahora, en punto de lo anterior vale decir, que esta Juzgadora no encuentra procedente ni idóneo conferirle valor probatorio alguno a las pruebas de audio aportadas por el extremo actor y contenidas en el CD que obra a folio 211 del plenario, ya que, además de que en su producción podrían llegar a pugnar con el derecho a la defensa e intimidad de las personas a quienes se les grabó una conversación y de quienes además no se tiene certeza alguna de su identificación, lo cierto es que los mismos no aportan un convencimiento absoluto e irrefutable de los hechos que busca probar.

Nótese que, además de que tales grabaciones no cuentan con mayor claridad auditiva, en la primera solamente se escucha una conversación entre dos personas relacionadas, con una votación, al parecer frente a la escogencia de un personal que pasó, pero no se sabe exactamente a donde o en qué circunstancias.

En la segunda se escucha la explicación que al parecer hace un subalterno de la otra persona, de quienes se reitera no se encuentran identificados, respecto de los hechos que fueron de conocimiento público y se relacionan en la demanda como *"usted no sabe quien soy yo"* y que involucran a una persona de nombre Nicolás Gaviria, sin embargo de lo allí narrado no se infiere siquiera indiciariamente como pudo repercutir en la carrera policial del actor, pues aun cuando en el audio se menciona la apertura de una investigación y que (Record. 6:18) *"están pidiendo el personal que laboraba o que hizo turno en una fecha de marzo, creo que era un sábado y si mal no estoy, haciendo memoria creo que*

era de ese caso", lo cierto es que no se extrae como tales hechos están relacionados con el demandante.

En similar sentido se pronunció el Tribunal Superior de Bogotá, en ponencia del 9 de marzo de 2009, en la cual hizo referencia a las garantías constitucionales que deben respetar este tipo de pruebas, en los siguientes términos:

"De otro lado y con relación a la interrupción de orden natural, alegada también por la recurrente, con fundamento en las pruebas de audio y video recaudadas por la parte actora y examinadas por la Dirección Central de la Policía Judicial, Área de Criminalística, Grupo de Identificación Técnica (Folios 142 a 149 y 153 a 156 C1), si bien de manera excepcional se ha admitido la aportación de tales medios probatorios cuando con ellos se destaca la probanza de relaciones negociales, y en donde naturalmente, la producción del medio probatorio no riñe con el derecho de defensa y quizás con intimidad personal, lo cierto es que en el caso presente, los documentos aludidos por la actora, no informan con certeza, según la escrutación que sobre los mismos se hizo, que el interlocutor de las reuniones y conversaciones efectivamente haya sido el deudor, pues a más de mencionarse su primer nombre, dicha persuasión no surge de lo examinado ni es posible corroborarla con otro medio de prueba, con el cual se soportaran tales aseveraciones. Sobre el tema en particular, la jurisprudencia se ha ocupado, en los siguientes términos:

"Cuando injustificadamente un medio demostrativo desconoce en forma abierta los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política o en las normas legales básicas de los distintos regímenes probatorios, en principio, califica como prueba ilícita —o si se prefiere como una concreta modalidad de las apelladas 'prohibiciones probatorias'— y, por lo mismo, se hace acreedora de la sanción de nulidad de pleno derecho establecida en el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, entre otras tipologías. Y se dice en principio, porque incluso en los aludidos sistemas anglosajón y romano, que propugnan y se inclinan por la aplicación férrea de la referida regla de exclusión probatoria, destacados sectores de la doctrina y la jurisprudencia, influenciados por la enunciada directriz de origen germánico, han autorizado puntuales excepciones a la misma, apoyados en el criterio de la 'proporcionalidad', responsable de la floración de las tildadas 'válvulas de escape', ya mencionadas tangencialmente.

(...) "Por ello es por lo que las partes no pueden sorprender al juzgador y a su contrario con la aducción de pruebas que, en lo que concierne a su producción, no estuvieron sujetas al propio control jurisdiccional, sin que, por tanto, en cuanto a ellas atañe, pueda reconocerse la satisfacción y cumplimiento de acrisolados y tuitivos principios que igualmente guían la actividad probatoria, como es el de la inmediación, con todo lo que ello envuelve ...". (CSJ. Cas. Civil, Sent. jun. 29/2007. Exp. 2000-00751, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo)⁶.

De lo anterior se extrae que tales hechos no cuentan con respaldo probatorio y menos aún se acreditó que los mismos sean fuente de una presunta situación de acoso laboral de la que el actor señala haber sido víctima, persecución que tampoco fue acreditada siquiera de manera indiciaria, pues no se advierte la ocurrencia de hechos que reúnan los presupuestos del artículo 2º de la Ley 1010 de 2006⁷, que al tenor establece:

"ARTÍCULO 2o. DEFINICIÓN Y MODALIDADES DE ACOSO LABORAL. Para efectos de la presente ley se entenderá por acoso laboral toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación,

⁶ M. P.: ANA LUCÍA PULGARÍN DELGADO, RAD. No. 199806971 03, RAD. INT. 3002

⁷ Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo

terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo."

Frente a dicho punto vale resaltar que el actor refiere que venía siendo objeto del aludido acoso, el cual generó su no convocatoria al curso de ascenso, sin embargo, se observa que fue incluso con posterioridad a la emisión de tal decisión⁸, que el nombre del actor fue propuesto por el Director de Seguridad Ciudadana para que fuera en comisión por un año a la República de Honduras, circunstancia que, más que una muestra de acoso laboral como aduce el actor, permite entrever es un reconocimiento a su actividad ya que hasta ese momento había sido tenido en cuenta como candidato para tal comisión, sin perjuicio de que finalmente no haya sido seleccionado para el efecto.

Bajo la anterior perspectiva y teniendo en cuenta que tras realizar un análisis comparativo entre la información atinente a calificaciones, escalafón, investigaciones disciplinarias y asignaciones salariales del actor (fls. 125 a 153, 159 a 166 y 443), frente a la misma información de los señores Mayores compañeros del actor (fls. 406, 424, 444 y 445 a 452), no se evidencia que exista una situación de maltrato, discriminación o inequidad laboral respecto del actor, que permita inferir una desviación de poder por parte de la demandada, en la toma de la decisión de no llamarlo a curso de ascenso.

Consecuente con lo anterior, no se observa que la entidad demandada con la expedición de la decisión antes mencionada, haya perseguido un fin diferente al previsto por el legislador, ni que la misma obedezca a un propósito particular, personal o arbitrario.

Lo mismo habrá de decirse respecto de la Resolución No. 5196 del 13 de junio de 2016 a través de la cual se dispuso su retiro del servicio, no solo porque los vicios que se le endilgaron se fundaron básicamente en los mismos hechos, pruebas y fundamentos fácticos y jurídicos analizados en líneas anteriores, sino porque tal decisión fue motivada con argumentos ajustados a la normatividad vigente, como son:

"En el caso particular del señor Mayor GIOVANNY ALEJANDRO OVALLE AGUILAR, vale la pena indicar que éste dada su trayectoria profesional ha ocupado cargos en los cuales ha ejecutado tareas de liderazgo, supervisión, control y direccionamiento del personal bajo sus órdenes en el cumplimiento de las Políticas Institucionales y Directrices gubernamentales (...), el cual se vería afectado por la imposibilidad de ascenso."

⁸ Adoptada en el Acta objeto de litigio, No. 016 del 14 de julio de 2015, mediante la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, decidió NO RECOMENDAR al actor, entre otros, para realizar el concurso previo al curso de capacitación para ascenso.

Aunado a lo anterior, al no poder proseguir ascendiendo en su carrera profesional y de continuar en la Institución, se desconoce el Lineamiento General de la Política Institucional denominado Direccionamiento en el Ejercicio del Mando, el cual es un baluarte fundamental en la disciplina de la Policía Nacional; lo anterior teniendo en cuenta que el uniformado no podrá imponer al personal con menos tiempo de servicio en la institución pero con mayor grado, medios preventivos para encausar la disciplina generando con esto como se ha indicado en líneas precedentes alteración en el normal desarrollo de la finalidad y los conceptos fundamentales bajo los cuales ha sido prevista y encausada la jerarquía.

Así las cosas, al no poder trascender la carrera del señor Oficial por existir una Imposibilidad legal para integrar un escalafón complementario de conformidad con lo regulado en el artículo 4º del Decreto Ley 1791 de 2000, resulta ser el retiro por llamamiento a calificar servicios una herramienta útil en la administración para la renovación de la estructura piramidal de la Policía Nacional que garantizará la posibilidad de ascenso dentro de líneas jerárquicas en la Oficialidad, permitiendo que el personal que ya cumple con los requisitos para acceder a la asignación de retiro, de paso a una nueva generación de Oficiales que continúen el legado de servicio a la comunidad y el cumplimiento de la misión institucional encomendada en el artículo 218 superior."

En ese orden, bajo las facultades discrecionales que le asisten a la pasiva, se advierte que la respuesta de la administración resulta adecuada a los fines de la norma que la autoriza, e igualmente proporcional a los hechos que le sirvieron de causa, lo que desvirtúa el cargo formulado por el actor, frente a la falsa motivación del acto.

Por ende, no encuentra este Estrado judicial que la entidad demandada haya obrado en contra del mejoramiento del servicio público, como aduce el actor, sino por el contrario, en uso de las medidas pertinentes y oportunas para el manejo y renovación de su estructura piramidal y línea de mando, ello en aras de garantizar un mejor servicio, desvirtuando así la desviación de poder alegada.

No sobra precisar, que para proceder al retiro del servicio activo, no resultaba necesario agotar el trámite de un proceso disciplinario en contra del actor, puesto que es facultad discrecional de la entidad demandada efectuar dicho retiro por llamamiento a calificar servicios, precisamente por cuanto, son situaciones distintas la acción disciplinaria y la facultad discrecional de la entidad y que una no coarta la libertad de ejercer la siguiente, pues su ejercicio es independiente por parte de la demandada.

Con base en lo anterior se destaca, que la existencia o ausencia de investigación disciplinaria no restringe ni limita la libertad de la institución demandada para ejercer su facultad discrecional en aras del servicio, por lo que además, se debe tener claridad que la no recomendación del demandante para que realizara curso de ascenso y su posterior retiro, no constituyen una sanción disciplinaria sino el uso de una facultad concedida por la ley, en aras de mejorar el servicio, tal como lo efectuó sin que se observe violación de las disposiciones invocadas en la demanda.

Bajo las anteriores consideraciones, queda claro que las decisiones enjuiciadas hacen parte de la facultad discrecional que desde el punto constitucional debe sustentarse en razones objetivas e irrefutables que permitan a la administración justificar las situaciones relacionadas con ascenso y/o separación del cargo del miembro de la entidad, en consideración a que tal facultad se ejecuta en pro del buen servicio, lo cual no fue desvirtuado en el presente caso.

Ahora, respecto al argumento de que la entidad demandada no tuvo en cuenta al momento de tomar la decisión de retiro del servicio, las felicitaciones y su excelente hoja de vida, 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 Corporación⁹ 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 Mayor GIOVANNY ALEJANDRO OVALLE AGUILAR obtuvo 20 condecoraciones y 93 felicitaciones desde que se vinculó con la Policía Nacional tal como obra a folios 135 a 137 del expediente, también lo es que su deber como servidor es hacerse acreedor de las mismas en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política de Colombia y dando alcance a la misión de la Institución, que no es otra que garantizar la seguridad ciudadana, la del Estado y todo lo que ello implica.

A juicio del Juzgado, las pruebas aportadas al proceso no demuestran cosa diferente que la legalidad de la decisión discrecional de la voluntad del extremo demandado, pues 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

⁹ 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).

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.

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 Ministerio de Defensa Nacional de retirar del servicio activo al Mayor OVALLE AGUILAR en forma definitiva de manera discrecional y por llamamiento a calificar servicios.

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 ÁVILA
Juez

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

Hoy tres (3) de octubre de 2018 se notifica la sentencia anterior por
anotación en el ESTADO No. 073


DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario

MPV.