RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Acción o medio de control. Nulidad y Restablecimiento del derecho
Radicado. 19001333100220170003101
Demandante. F.J.B.C. (Anonimizada)
Demandado. Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Fecha de la sentencia. Marzo 28 de 2019
Magistrado ponente. DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO
Descriptor 1. **Facultad discrecional.**
Restrictor 1.1. Debido proceso y derecho a la igualdad.
Restrictor 1.2. Mejoramiento del servicio.
Restrictor 1.3. Autonomía de la decisión de retirar al agente.
Restrictor 1.4. Desviación de poder.
Restrictor 1.4. Decreto 1791 de 2000.
Descriptor 2. Aspectos probatorios.
Restrictor 2.1. Oportunidad procesal para allegar pruebas.
Tesis 1. Las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en la Ley 1437 de 2011.
Tesis 2. La razón utilizada por la demandada para desvincular al actor, no tuvo relación alguna con los supuestos de hecho investigados en sede disciplinaria, ya que acaecieron en fechas diferentes.
Tesis 3. No se avizora la deprecada vulneración al derecho a la igualdad alegada en la alzada, ya que la parte actora no demostró que en casos similares al del actor, la Policía Nacional hubiere actuado de manera diferente.
Tesis 4. El mejoramiento del servicio en el caso concreto cobra sentido si se considera que la entidad retiró al actor por la supuesta comisión de un hecho punible –violencia intrafamiliar–, que implica una conducta delictual perseguida por la misma institución policial; dicha situación devino en la consecuente pérdida de la confianza.
Tesis 5. El marco legal descrito hasta ahora no prevé que el retiro por facultad discrecional dependa de la determinación que se tome dentro de un proceso penal.
Tesis 6. Los reconocimientos otorgados al actor no entrañan una situación excepcional en el estudio del caso concreto, y tan solo indican el desarrollo corriente de la función de

policía.

Conclusión. El Ejecutivo se encontraba facultado para desvincular del servicio al actor sin que previamente se hubiere decretado su suspensión en el cargo, o se hubiere declarado su responsabilidad penal.

Resumen del caso. Se busca la declaratoria de nulidad del acto que desvinculó al demandante por ejercicio de la facultad discrecional. La *a quo* consideró que no se había desvirtuado la presunción de legalidad del acto demandado.

Problema jurídico. La sentencia plantea el siguiente problema jurídico:

¿La Resolución 000035 de 17 de febrero de 2017 expedida por el comandante de la Policía Metropolitana de Popayán, que retiró del servicio activo de la institución al señor F.J.B.C., se encuentra viciada de nulidad por desviación de poder, violación a las normas superiores y al debido proceso?

Decisión. Confirma decisión del a quo que negó pretensiones.

Razón de la decisión.

Aspecto preliminar

"Como aspecto preliminar, debe indicarse que con el recurso de apelación, la parte actora allegó copia de la Resolución 07344 de 11 de noviembre de 2016, por medio de la cual, el subintendente F.J.B.C fue suspendido en el ejercicio de sus funciones y atribuciones.

*"Sobre este punto, el artículo 212 del CPACA, establece que "[p]ara que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e i**ncorporarse** al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código", por lo que, huelga decir, la citada resolución fue aportada por fuera de la oportunidad procesal destinada para ello. Así las cosas, no dará valor probatorio a este documento anexado al recurso de apelación obrante en el folio 311 del cuaderno principal 2. Así, la Sala continuará con el estudio de los cargos de apelación.*

(…)

"En este orden, no es cierta la afirmación de la parte accionante contenida en el recurso de alzada, según la cual, los hechos que suscitaron la indagación preliminar, fueron los mismos que sirvieron de sustento para retirar del servicio al señor F.J.B.C.

"La Colegiatura concluye que la razón utilizada por la demandada para desvincular al actor, no tuvo relación alguna con los supuestos de hecho investigados en la sede disciplinaria, pues acaecieron en fechas diferentes; esta circunstancia no permite efectuar el estudio de la alegada violación al debido proceso y la desviación de poder, pues el fundamento del cargo de apelación quedó sin piso alguno, tal como se acabó de exponer. (…)

"Por último, tampoco se avizora la deprecada vulneración al derecho a la igualdad alegada en la alzada, pues la parte actora no demostró que en casos similares al del actor, la Policía Nacional hubiere actuado de manera diferente.

(…)

***"Desviación de poder** (…)*

"Ahora, en tratándose de actos administrativos discrecionales, los elementos que permiten valorar su validez frente a la desviación de poder son el interés general y el mejoramiento del servicio, pues permiten dilucidar si la manifestación de voluntad de la administración persiguió los fines establecidos en el ordenamiento jurídico. Bajo estos supuestos, el Tribunal determinará si la resolución demandada se encuentra viciada de nulidad.

(…)

"El mejoramiento del servicio en el caso concreto cobra sentido si se considera que la entidad retiró al actor por la supuesta comisión de un hecho punible –violencia intrafamiliar–, que implica una conducta delictual perseguida por la misma institución policial; dicha situación devino en la consecuente pérdida de la confianza, tal como quedó dispuesto en el acto objeto de estudio.

"Por otro lado, el Tribunal no encuentra elementos de prueba que permitan acreditar que la desvinculación del señor F.J.B.C haya perseguido un fin oscuro alejado de la ley o la Constitución. Es de anotarse que esta carga probatoria recaía sobre el demandante; sin embargo, dicha obligación no fue satisfecha. La Junta recomendó al comandante de la Policía Metropolitana de Popayán, retirar del servicio activo al actor en atención a la deprecada pérdida de confianza, la Sala concluye que en este aspecto, el acto enjuiciado también pretendió el mejoramiento del servicio. (…)

"En síntesis, la administración no incurrió en desviación de poder con el retiro del señor F.J.B.C."

2.4.4. Aplicación del Decreto 1791 de 2000 al caso concreto.

(…)

"(…) el numeral 6 del artículo 55 de la misma normativa, consagra que el retiro del servicio procede por la sola voluntad del Ministro de Defensa o de la Dirección General de la Policía Nacional.

"En otras palabras, si la administración decide retirar a un agente de la Policía, no es necesario que previamente recaiga sobre él una suspensión o medida de aseguramiento, pues el citado artículo 55 no supedita la imposición de esta sanción a la existencia de una condición especial. Lo anterior, sin perjuicio del concepto previo de la Junta de Evaluación y Clasificación, requisito previsto en la jurisprudencia ut supra y en el artículo 62 de la citada norma.

"En este punto, tampoco son de recibo los argumentos esgrimidos por el apelante alusivos a la supuesta anticipación del comandante de la Policía Metropolitana de Popayán al fallo judicial que declaró la responsabilidad penal del actor, pues el marco legal descrito hasta ahora no prevé que el retiro por facultad discrecional dependa de la

determinación que se tome dentro de un proceso penal.

"Por lo visto, la Sala concluye que el Ejecutivo se encontraba facultado para desvincular del servicio al actor sin que previamente se hubiere decretado su suspensión en el cargo, o se hubiere declarado su responsabilidad penal.

"No sobra decir que el retiro del demandante obedeció a un hecho cierto, consistente en la captura por la supuesta comisión de un delito; por lo tanto, se cumple el requisito de objetividad fijado por la jurisprudencia.

(…)

"La Sala considera que las felicitaciones realizadas al actor, se deben encuadrar dentro de la actividad normal de un uniformado de la Policía Nacional, pues se trata de conductas regulares exigibles a todos los miembros de esa institución, en atención al estatus especial que ostentan en la sociedad. Es por ello, que los mencionados reconocimientos no entrañan una situación excepcional en el estudio del caso concreto, y tan solo indican el desarrollo corriente de la función de policía.

"Al encontrar que no existen situaciones excepcionales en la hoja de vida del señor F.J.B.C. que hayan tornado en injusto el retiro por la facultad discrecional de la Dirección General de la Policía, la Corporación concluye que en este aspecto, la resolución demandada también estuvo ajustada a Derecho.

"En síntesis, la parte accionante no logró demostrar los deprecados vicios de nulidad en el acto administrativo atacado; razón por la cual, el Tribunal confirmará la sentencia de instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Nota de Relatoría.

El lector puede ampliar su análisis sobre el descriptor: **Facultad discrecional** en las siguientes providencias recientes del Tribunal Administrativo del Cauca:

***Nulidad y restablecimiento del derecho. Sentencia sustitutiva fechada el 2 de mayo de 2018**. El Tribunal da cumplimiento a orden impartida por el Consejo de Estado en sentencia del 08-02-18. **Facultad discrecional. Asignación de retiro. Reconocimiento de los tres meses de alta.** El a quo accedió a pretensiones considerando que de conformidad con los decretos 1212/90 y 1091/95, el personal que sea retirado y tenga derecho a una asignación de retiro se le debe pagar los tres meses de alta. Que tal prerrogativa está supeditada a los supuestos de retiro del servicio (temporal o definitivo) y a que se tenga la seguridad de percibir la asignación de retiro. **Confirma – Accede.** Dado que no se encuentra en discusión que el actor fue retirado y se encuentra percibiendo una asignación de retiro, sin hesitación se concluye que le asiste el reconocimiento a los tres meses de alta. Ello no obedece a la flexibilización de los requisitos señalados en el Decreto 1091 de 1995, sino al cumplimiento de los preceptos establecidos en el Decreto 1212 de 1990, como se estableció en la sentencia proferida por el Juzgado Octavo de Popayán, que ordenó el reconocimiento de la asignación de retiro y con base en el principio de inescindibilidad de la norma.* William Ramírez Arquez vs Policía Nacional. M.P. David Fernando Ramírez Fajardo.

Respecto de casos relacionados con el descriptor **facultad discrecional** para declarar

insubsistencia en cargos de libre nombramiento y remoción, pueden verse las siguientes providencias:

Nulidad y Restablecimiento del derecho. Sentencia del 1 de febrero de 2018. Insubsistencia laboral acto administrativo – Facultad discrecional - Caducidad – desviación de poder- cargos de libre nombramiento y remoción – presunción de legalidad del acto. *Demandante solicita se reintegre al cargo de Director Territorial del INCODER, se reconozcan y paguen salarios, prima técnica y demás prestaciones dejadas de percibir desde su desvinculación con sus respectivos intereses; demandado se opone a las pretensiones por considerar operar la caducidad conforme al artículo 164 del CPACA y hace énfasis en las facultades discrecionales de los cargos de libre nombramiento y remoción (art 305 Superior, artículo 78 – Ley 489 de 1998 y Ley 909 de 2004.* ***Niega.*** *La Sala considera no prosperan las pretensiones ya que el actor no logra probar lo alegado y se utilizó la facultad discrecional para remover en cargos de libre nombramiento y remoción .El hecho de que el actor desempeñó sus funciones en forma sobresaliente, no impide su retiro con base en la facultad discrecional, porque las excelentes calidades y eficientes condiciones para la prestación del servicio, son condiciones que debe cumplir todo servidor público que ocupe un cargo de confianza , no le genera fuero de estabilidad. Álvaro Antonio Bacca vs Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER.* ***M.P. Carlos Hernando Jaramillo Delgado.***

Nulidad y Restablecimiento del Derecho, sentencia del 15 de febrero de 2018*.* ***Declaración de Insubsistencia en Cargo de Libre Nombramiento y Remoción - Unidad de Trabajo Legislativo.*** *El actor solicitó la nulidad de la resolución mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de asistente III de la Unidad de Trabajo Legislativo.* ***Confirma-Niega.*** *La declaración de insubsistencia en un cargo de libre nombramiento y remoción, y más de aquellos que conforman a la Unidad de Trabajo Legislativo de un parlamentario cuya actividad es eminentemente política, tiene un mayor nivel de discrecionalidad y no requiere de motivación, precisamente con fines de velar en pro de la confianza, confidencialidad, seguridad, conocimiento personal y sometimiento a la dirección, los cuales son los principales derroteros para el nombramiento y desvinculación de los integrantes de las Unidades de Trabajo Legislativo. Cicerón Plaza Ramírez vs Nación –Congreso de la República – Cámara de Representantes.* ***M.P. Gloria Milena Paredes Rojas.***

Libertad y Orden

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Sustanciador: **David Fernando Ramírez Fajardo**

EXPEDIENTE: **19001-33-31-002-2017-00031-01**
M. DE CONTROL: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
ACTOR: F.J.B.C.
DEMANDADO: **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL**

SENTENCIA No. 33

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia No. 018 de 22 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán, que negó las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES.

1.1.- Demanda[1].

El señor F.J.B.C. instauró demanda bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, para que se declare nula la Resolución No. 000035 de 17 de febrero de 2017, por medio de la cual, el demandante fue retirado del servicio activo de la Policía.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene el reintegro, sin solución de continuidad, a partir del 17 de febrero de 2017. Asimismo, requirió el reconocimiento y pago de todos los salarios, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos causados y dejados de percibir desde la fecha de su retiro hasta el reintegro, incluyendo el valor de los aumentos que se hubieren decretado con posterioridad a la desvinculación.

1.2.- Hechos.

Para fundamentar sus pretensiones, la parte actora relató lo siguiente:

Indicó que el señor F.J.B.C. laboró en la Policía Nacional ostentando el cargo de subintendente, cuando fue capturado por uniformados de la misma institución el 27 de octubre de 2016, dando cumplimiento a una orden judicial por la supuesta comisión del delito de violencia intrafamiliar.

Que en virtud de lo anterior, el jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Popayán, a través de auto de 04 de octubre de 2015, abrió indagación disciplinaria preliminar contra el actor. Posteriormente, mediante fallo de primera instancia de 16 de marzo de 2016, no encontró responsabilidad alguna de parte del demandante, situación que devino en la terminación y archivo del procedimiento.

Refirió que, pese a lo anterior, la Junta de Evaluación y Clasificación por medio de acta de 15 de febrero de 2017, recomendó al comandante de la Policía Metropolitana de Popayán, retirar del servicio activo al señor F.J.B.C. bajo la figura

[1] Folios 82 a 99 del cuaderno principal 1.

de *"Voluntad de la Dirección General"*. Acta que señala, no fue firmada por algunos de los integrantes del acta, ni se identificó al uniformado respecto del cual se recomendó la desvinculación.

Aunado a ello, argumentó que el señor F.J.B.C. no firmó el acto administrativo de retiro, pues según su decir, para la fecha de la presunta notificación, el actor se encontraba recluido en la Prisión de *"San Isidro"* de Popayán.

Afirmó que el comandante de la Policía Metropolitana de Popayán, con la resolución de 17 de febrero de 2017, retiró del servicio activo al demandante por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional con fundamento en la facultad discrecional.

1.2.1. Concepto de violación.

La parte activa de la litis consideró vulnerados los artículos 2, 6, 13, 29, 48 y 53 de la Carta Política, así como las leyes 857 de 2003 y 1337 de 2011, y el Decreto 1791 de 2000 por las siguientes razones:

Especificó que la Junta de Evaluación y Clasificación había transgredido el derecho al debido proceso del señor F.J.B.C., al no determinar si era autor o partícipe del delito de violencia intrafamiliar; en otras palabras, no existía certeza o conocimiento claro sobre la responsabilidad del demandante.

Indicó que con la expedición del acto administrativo acusado, la accionada había incurrido en desviación de poder, abuso de autoridad y falsa motivación, pues la orden de captura no implicó un motivo suficiente para retirar del servicio al actor; en lugar de ello, la demandada debió aguardar a la expedición de una decisión definitiva de la autoridad judicial. Bajo esta misma consideración, consideró vulnerado su derecho fundamental a la dignidad humana.

Arguyó que el señor F.J.B.C. fue condenado por el delito de lesiones personales, mas no por el de violencia intrafamiliar, situación que también permite fundamentar la configuración de los fenómenos de desviación de poder y falsa motivación.

Estimó quebrantado el Decreto 1791 de 2000, por cuanto la autoridad no permitió que el demandante permaneciera suspendido provisionalmente hasta que la autoridad judicial hubiera decidido definitivamente su situación. Aunado a ello, argumentó que la institución tomó una decisión sin la recomendación legal de la Junta de Evaluación y Clasificación de Suboficiales, pues esta se encontraba viciada de nulidad.

Por último, alegó que el acto administrativo objeto de estudio no debió producir efectos legales en virtud de la indebida notificación del mismo.

1.3.- La oposición[2].

Sobre los hechos narrados, la Policía Nacional manifestó que la Oficina de Control Interno decretó la terminación y archivo del procedimiento seguido

[2] Folios 120 a 130 del cuaderno principal 1.

contra el suboficial F.J.B.C., por la inasistencia de la señora Mónica Yenifer Bravo –presunta víctima de las lesiones ocasionadas por el investigado–.

Arguyó que los hechos que dieron lugar a la captura y a la imposición de medida de aseguramiento contra el actor, generaron la pérdida de la confianza legítima depositada en él, dando lugar a la facultad discrecional del funcionario policial; además, alegó que dicha situación afectó notablemente el servicio.

En cuanto al acta de recomendación, expresó que fue suscrita por todos los funcionarios intervinientes en su elaboración, a diferencia de lo expresado por el accionante.

Determinó que las razones esbozadas por el comandante de la Policía Metropolitana de Popayán fueron objetivas; situación confirmada por la sentencia con preacuerdo *"SPA N° 036"*, que condenó al señor F.J.B.C. a la pena principal de 9 meses de prisión y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual.

Por otro lado, declaró que la conducta del uniformado contrarió los principios éticos y morales consagrados en el Código de Ética Policial, y en consideración de las disposiciones legales y constitucionales sobre la materia, la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales evaluó la conducta del actor.

Con ocasión del preacuerdo y la condena impuesta por el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Popayán, la Policía Nacional aseveró que la conducta del demandante contrarió las directrices que rigen la conducta del servidor público, y por tanto, la recomendación de la Junta de Evaluación estuvo motivada y ajustada a Derecho.

1.4.- La sentencia apelada[3].

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán, mediante sentencia de 22 de febrero de 2018 proferida en el trámite de la audiencia inicial, negó las pretensiones de la demanda.

Luego de encontrar acreditado que la demandada ejerció la potestad discrecional para retirar del servicio al accionante, la *a quo* consideró que el acto enjuiciado no fue expedido con desviación de poder o con falsa motivación, ya que sustentó el retiro con la captura del uniformado por habérsele imputado el delito de violencia intrafamiliar.

Así, argumentó que el acto demandado cumple los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pues los hechos que dieron lugar a la investigación disciplinaria, no se enmarcaron al comportamiento esperado de un funcionario de la Policía Nacional, cuyo objetivo consiste en velar por la seguridad ciudadana. En ese sentido, concluyó que los hechos expuestos para decretar el retiro del servicio, fueron ciertos y objetivos en tanto existió una orden judicial y una investigación penal.

Expresó que si bien el proceso penal fue iniciado por el delito de violencia intrafamiliar, en nada afectaba que finalmente haya sido sancionado por la

[3] Folios 299 a 304 Ibíd.

conducta de lesiones personales, pues dicha circunstancia no alteró la pérdida de confianza en el agente.

Por otro lado, indicó que no se encontraba acreditada la desviación de poder, ya que en el caso concreto, no se demostró un fin diferente al mejoramiento del servicio.

Sobre las felicitaciones y reconocimientos realizados al demandante durante su periodo laboral, enervó que dicha prueba no era suficiente para otorgar por sí misma, inamovilidad o estabilidad en el cargo público.

En lo atinente a los requisitos de forma de la resolución objeto de estudio, aseveró que según el listado de asistentes allegado al plenario, todos los integrantes de la Junta de Evaluación participaron en la toma de la decisión. Y sobre la presunta falta de notificación, adujo que si bien no había claridad en ese aspecto, el accionante pudo conocer el acto de retiro a través de otro medio.

1.5.- El recurso de apelación[4].

La parte activa de la litis apeló la decisión de instancia con fundamento en los siguientes argumentos:

Insistió que el acta de 15 de febrero de 2017 no se encuentra firmada por los funcionarios que integran la pluricitada Junta de Evaluación, y además, no es posible concluir que la misma haya hecho referencia al señor F.J.B.C.

Aseveró que la Policía Nacional tomó una decisión arbitraria, injusta y con desviación de poder para retirar al policial, violando con ello el derecho al debido proceso y a la igualdad.

Manifestó que si bien es cierto el actor fue capturado por la supuesta comisión del delito de violencia intrafamiliar, dicha conducta no era suficiente para retirarlo del servicio, pues al tenor del artículo 29 de la Constitución Política, toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado culpable. Pese a ello, consideró que el comando de la Policía Metropolitana de Popayán se anticipó al fallo judicial y concluyó que el demandante era responsable por los hechos señalados, sin tener en cuenta que la propia institución había adelantado un proceso disciplinario que terminó siendo archivado; circunstancias que acreditaron la violación al debido proceso, el abuso de autoridad y la desviación de poder.

Asimismo, resaltó que desde el momento de la captura hasta el retiro del servicio, el señor F.J.B.C. se encontraba suspendido en el ejercicio de funciones y atribuciones policiales, situación que debió continuar hasta que el juez penal tomara una decisión definitiva. Para probar este supuesto, la parte actora anexó copia de la Resolución No. 07344 de 11 de noviembre de 2016 proferida por el Director General de la Policía Nacional.

Adicionalmente, citó los artículos 50, 67, 68 y 69 del Decreto 1791 de 2000, en los cuales se establecieron los eventos en que procede la suspensión de un uniformado de la institución. Según esta normativa, cuando los agentes de la Policía Nacional son objeto de una medida de aseguramiento, deben ser

[4] Folios 188 a 310 Ibíd.

suspendidos, y de resultar condenados por un delito culposo, la consecuencia a imponer es la separación temporal del cargo.

En este orden de ideas, indicó que la institución no podía conocer el resultado del proceso penal, situación que, según su decir, no ocurre con todos los uniformados, pues la decisión de retiro se toma cuando el juez profiere sentencia condenatoria siempre que el delito se haya cometido bajo la modalidad dolosa.

Por último, arguyó que antes de proferir la decisión objeto de estudio, la entidad demandada se encontraba en la obligación de evaluar la trayectoria del accionante contenida en su hoja de vida.

1.6.- Actuación en segunda instancia.

A través de auto de 04 de abril de 2018[5], se admitió el recurso de apelación, y en providencia de 13 de abril de 2018[6], se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

La **Policía Nacional[7],** reiteró los argumentos esbozados en la contestación de la demanda.

La **parte demandante** y la **Representante del Ministerio Público** guardaron silencio en esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES.

2.1.- Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, de conformidad con la previsión del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Esta Sala de decisión, actuando como Juez de segunda instancia, se limitará a los cargos de apelación, de conformidad con el artículo 320 del Código General del Proceso.

2.2.- El problema jurídico.

Para resolver el fondo del *sub judice*, la Sala abordará el estudio de los siguientes problemas jurídicos:

> i) ¿La Resolución 000035 de 17 de febrero de 2017 expedida por el comandante de la Policía Metropolitana de Popayán, que retiró del servicio activo de la institución al señor F.J.B.C., se encuentra viciada de nulidad por desviación de poder, violación a las normas superiores y al debido proceso?
>
> ii) Teniendo en cuenta la respuesta al interrogante anterior, ¿la sentencia de instancia debe ser confirmada o revocada?

[5] Folio 3 del cuaderno de segunda instancia.
[6] Folio 9 Ibíd.
[7] Folio 14 a 24 Ibíd.

Para resolver los puntos propuestos, el Tribunal abordará los siguientes tópicos: i) El retiro por facultad discrecional; y ii) caso concreto.

2.3. El retiro por facultad discrecional.

La jurisprudencia ha precisado que la facultad discrecional surge en aquellos eventos en que el proceder o la conducta que debe seguir la administración, no está previamente determinada en la ley; lo que, en consecuencia, le permite apreciar, valorar o juzgar, la oportunidad y conveniencia de la decisión.

El Consejo de Estado ha definido que la facultad discrecional se limita por la razonabilidad; esto es, la adopción de una decisión dentro de límites justos y ponderados. El artículo 44 del CPACA, exige que sea desarrollada en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa. Explica a este respecto, que la proporcionalidad corresponde a la conexión entre los hechos y la decisión, esto es, que está dada por la medida o la razón que objetivamente existe entre la realidad y el Derecho. En ese sentido, se considera que una decisión adoptada en ejercicio de una facultad discrecional es legal si atiende hechos reales, objetivos y ciertos.

Al respecto ha reiterado en reciente pronunciamiento:

> *"*[T]*al como lo ordena el artículo 218 de la Carta Política, es por ministerio de la ley que se debe organizar el cuerpo de Policía, con el fin primordial de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y las libertades públicas como también asegurar que los habitantes del territorio nacional convivan en paz.*
>
> *Por tanto, para hacer efectiva la referida misión constitucional que le asiste a la Policía como garante de un orden justo, se requiere de la existencia de ciertas facultades que deben propender por obtener un mejor servicio y que es necesario radicar en sus máximas autoridades.*
>
> *Entre esas potestades se encuentra* ***el retiro del servicio por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional****; que* ***se constituye en una herramienta que permite la renovación del personal, con el objeto principal de velar por la seguridad ciudadana****. Lo anterior, sin olvidar que* ***la discrecionalidad del retiro del servicio, encuentra su regla y medida en la razonabilidad****,* ***que a su vez implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados****.*
>
> *Por su parte, el Decreto 1791 de 2000 que regula la carrera profesional de oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional en el artículo 54 señala, que el retiro es la situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio, y en el nivel ejecutivo se debe efectuar por resolución ministerial, que se puede delegar en el Director General de la Policía Nacional.*
>
> *El artículo 62 en cuanto al retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional ordena, que 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, podrá disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva.*

> *En esta dirección, la Ley 857 de 2003 en el parágrafo 1 del artículo 4 establece, que la facultad delegada en los comandantes de policía metropolitana se aplica para los casos de retiro del personal del nivel ejecutivo a los que se refiere el artículo 62 del Decreto 1791 de 2000"*[8] (Negrillas fuera de texto).

Ahora, en la Sentencia SU-172 de 2015, la Corte Constitucional, propuso estándares mínimos de motivación en relación con los actos administrativos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional[9], los cuales deben tenerse en cuenta al momento de decidir sobre la separación del servicio de dichos servidores. A groso modo, dichos estándares se relacionan con el cumplimiento de los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, y en la exigencia de contar con el concepto previo de las juntas de evaluación.

Conforme a lo precisado por el Máximo Tribunal Constitucional, los actos administrativos de retiro del servicio de los miembros de la Fuerza Pública, proferidos por la administración en ejercicio de una facultad discrecional, si bien no se requiere que expresen las razones que llevaron a tomar la decisión, deben sustentarse en razones objetivas y hechos ciertos que justifiquen el retiro del servidor; garantizándose así el derecho al debido proceso, el principio democrático y el principio de publicidad; además de las prerrogativas propias de un Estado de

---

[8] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Bogotá D. C., dieciséis (16) de marzo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00580-00(2228-11). Actor: Andrés Felipe Patiño Ramírez. Demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

[9] En la citada Sentencia SU-172 de 2015, la Corte estableció los elementos que constituyen el estándar mínimo de motivación de los actos discrecionales de retiro de uniformados de la Policía Nacional:

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

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

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

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

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

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

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

Derecho caracterizado por la sujeción de los poderes públicos, al principio de legalidad y la proscripción de la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados.

Igualmente, refiere la Corte que pueden existir otras razones que motiven el retiro del servicio activo, que no son estrictamente valoradas a través de la hoja de vida o el buen desempeño del agente, pero que mientras no haya otros elementos de juicio expresados en el acto administrativo o en el concepto previo del Comité de Evaluación o de la Junta Asesora, tales pruebas, encaminadas a acreditar la buena conducta del agente, deberán ser valoradas.

Por su parte, el Consejo de Estado, en sede de tutela, indicó en sentencia de 10 de noviembre de 2015[10] lo siguiente:

> *"*[E]*n 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 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.*
>
> *Como corolario de lo expuesto, frente al acto que retira al personal de la Policía Nacional, se predica la obligación de motivación, o en su defecto, poner en conocimiento del oficial retirado las causas por las cuales se tomó dicha decisión".*

En síntesis, existen pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en los cuales se ha indicado que los actos discrecionales de retiro de miembros de la Policía deben contener una motivación y un fundamento objetivo; no obstante, en algunas controversias tramitadas bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el Alto Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha indicado que dicha prerrogativa de la administración, es una facultad que puede se puede ejercer con libertad siempre que medie concepto previo de la Junta de Evaluación:

> *"*[U]*na de las causales para disponer el retiro del Personal de Agentes de la Policía Nacional, es la voluntad de la Dirección General, quien discrecionalmente y por razones del buen servicio puede disponer en cualquier momento la desvinculación del servicio activo de alguno de sus miembros, siempre que obre con*

[10] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01161-01(AC) -Actor: Juan Bosco Valencia Villareal -Demandado: Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y otro. Incluso se reiteraron las consideraciones adoptadas por el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en la sentencia de 4 de octubre de 2012 -Radicado: 05001-23-31-000-2002-02984-01(1049-11). M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve- y en la providencia de 22 de julio de 2015 -Radicado: 25000-23-25-000-2000-00207-01(1615-03). M.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez (e)-.

> *recomendación previa de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, en otras palabras, el Director General de la Institución, previa recomendación referida,* ***tiene la facultad de retirarlos del servicio sin explicar o motivar la decisión, pues las medidas adoptadas en ejercicio de la facultad discrecional se presumen ajustadas a la normatividad y motivadas por el buen servicio público****"*[11] (Negrillas fuera de texto).

Y en este sentido:

> *"Tratándose del retiro del servicio, previsto en el numeral 6 del artículo 55 del Decreto 1791 de 2000, debe decirse que tal figura entraña el ejercicio de una facultad discrecional, como potestad jurídica del Estado que permite a la Dirección General de la Policía Nacional adoptar una u otra decisión; es decir, la permanencia o retiro del servicio.* ***En estos eventos, la autoridad que la ejerce es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades****"*[12] (Resaltado por la Sala).

A pesar de lo anterior, la Sala considera que, para evitar el ejercicio caprichoso del poder del Estado, los actos discrecionales de retiro de agentes de la Policía Nacional, deben cumplir con estándares mínimos de objetividad y motivación. Dichos requisitos serán los descritos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado citados en los párrafos anteriores.

Por último, debe llamarse la atención sobre el concepto de la Junta de Evaluación, pues el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contenciosa, ha indicado que es un requisito indispensable para asegurar el mejoramiento del servicio:

> *"La jurisprudencia constitucional ha precisado que dicha junta (de evaluación y clasificación) tiene como finalidad determinar si los miembros de la fuerza pública se encuentran en condiciones físicas o psíquicas para prestar en debida forma el servicio. Además,* ***si gozan de la confianza de sus superiores para el desarrollo de la actividad policial.***
>
> *(…)*
>
> [E]***l concepto del comité evaluador*** *es un requisito previo a la expedición del acto administrativo de retiro discrecional de los miembros de la fuerza pública, el cual* ***asegura que la decisión tenga como finalidad el mejoramiento del servicio****"*[13]*.*

2.4. Caso concreto.

Con el presente medio de control se busca la declaratoria de nulidad del acto que desvinculó al demandante por ejercicio de la facultad discrecional. La *a quo* consideró que no se había desvirtuado la presunción de legalidad del acto demandado.

---

[11] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C., siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-42-000-2012-01021-02(2142-16). Actor: Cesar Augusto Pinzón Arana. Demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

[12] Sentencia de seis (6) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 05001-23-31-000-2003-02262-01(2809-13). Actor: Oscar Orlando Duque Olano. Demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional. En este pronunciamiento fue citada la providencia de 11 de noviembre de 2010. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01792-01(0481-10). Actor: Roberto Jaramillo Cárdenas. Demandado: Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER y Juan Luis Toro Isaza Aparte.

[13] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cueter. Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-31-000-2011-00219-01(0472-14). Actor: Jorge Luis Bermúdez Barahona. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional.

En ese orden, esta Corporación deberá determinar si la Resolución No. 000035 de 17 de febrero de 2017, por medio de la cual se retiró del servicio activo de la Policía Nacional al señor F.J.B.C., se encuentra viciada de nulidad, conforme a los cargos de apelación formulados por la parte demandante. En ese orden de ideas, la Sala establecerá si la sentencia de instancia que negó las pretensiones de la demanda debe ser confirmada o revocada.

Como aspecto preliminar, debe indicarse que con el recurso de apelación, la parte actora allegó copia de la Resolución 07344 de 11 de noviembre de 2016, por medio de la cual, el subintendente F.J.B.C. fue suspendido en el ejercicio de sus funciones y atribuciones.

Sobre este punto, el artículo 212 del CPACA[14], establece que *"*[p]*ara que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e i**ncorporarse** al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código",* por lo que, huelga decir, la citada resolución fue aportada por fuera de la oportunidad procesal destinada para ello. Así las cosas, no dará valor probatorio a este documento anexado al recurso de apelación obrante en el folio 311 del cuaderno principal 2. Así, la Sala continuará con el estudio de los cargos de apelación.

2.4.1. Los aspectos formales del acto acusado.

Sobre los aspectos formales del Acta N° 017 MEPOY – APROP -2.25[15] de la reunión de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, personal del nivel Ejecutivo y Agentes, que consideró viable retirar del servicio activo al señor F.J.B.C., debe indicarse que según el folio 46 del cuaderno principal 1, se verificó la asistencia de las personas que integraban la junta, a saber:

> *"Asisten el Señor Subteniente Julio Cesar Delbarre Lozano como Asesor Jurídico, con voz pero sin voto, Señor Teniente Fabio Gabriel Quiñonez Ruiz como Jefe del Grupo de Talento Humano quien actúa como secretario de la reunión con voz y voto, Señora Teniente Leidy Lorena González Robles como Jefe Administrativa y Financiera (E) con voz y voto, Señor Capitán John Mauricio Barrios Patiño como*

[14] *"ARTÍCULO 212. OPORTUNIDADES PROBATORIAS. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código.*
En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvención y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada.
Las partes podrán presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, o podrán solicitar la designación de perito, en las oportunidades probatorias anteriormente señaladas.
En segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:
1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante se requerirá su anuencia.
2. Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.
3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.
4. Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
5. Cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta.
PARÁGRAFO. Si las pruebas pedidas en segunda instancia fueren procedentes se decretará un término para practicarlas que no podrá exceder de diez (10) días hábiles."

[15] Folios 46 a 52 del cuaderno principal 1.

> *Jefe Seccional de Investigación Criminal con voz y voto, Señor Mayor José Didier Cossio Arias como Comandante Operativo Seguridad Ciudadana con voz y voto y el Señor Teniente Coronel Edgar Cárdenas Vesga como Subcomandante Policía Metropolitana de Popayán"*.

Posteriormente, el tema a tratar por la Junta consistiría en someter a su consideración la hoja de vida del actor; así lo dispuso:

> *"2. Temas a tratar*
>
> *Abierta la sesión por el señor Teniente Coronel Edgar Cárdenas Vesga* (…) ***se sometió a consideración*** *de los integrantes de la Junta de Evaluación y Clasificación para suboficiales, personal del Nivel Ejecutivo y Agentes* ***la hoja de vida del señor****:*
>
> *- Subintendente F.J.B.C., identificado con cedula* (sic) *de ciudadanía N°. 76328326"*[16] (Negrillas fuera de texto).

En lo atinente a las personas que firmaron el documento, la Sala puede corroborar que a folio 51 obran las firmas del teniente Fabio Gabriel Quiñónez Ruiz –secretario de la reunión–, y del teniente coronel Edgar Cárdenas Vesga –subcomandante de la Policía Metropolitana de Popayán–. Al reverso de esta foliatura se encuentran las signaturas de los demás asistentes, es decir, de los oficiales de la Policía Nacional José Didier Cossio, John Mauricio Barrios, Leidy Lorena González y Julio César Delbarre.

Por estas razones, no encuentran eco en esta sede judicial los argumentos esbozados por la parte demandante relacionados con los elementos formales del Acta N° 017 de 15 de febrero de 2017, pues efectivamente, fue suscrita por todos los miembros de la Junta, y en los temas a tratar, se consignó que sería valorada la hoja de vida del demandante.

2.4.2. El debido proceso y el derecho a la igualdad.

La parte actora alegó que la Policía Nacional incurrió en abuso de autoridad, violación al debido proceso y desviación de poder luego de retirar al actor con fundamento en hechos investigados en una indagación preliminar que ya había sido archivado. Sobre este aspecto, la Sala debe precisar lo siguiente:

Según el auto P-MEPOY-2015-122[17], el **04 de octubre de 2015** la Oficina de Control Interno de la Policía Metropolitana de Popayán abrió indagación preliminar contra el demandante después de haber sido capturado por las presuntas agresiones físicas que ocasionó a la señora Mónica Jenifer Bravo Rodríguez. Posteriormente, y a través del fallo de primera instancia de **16 de marzo de 2016**, la investigación fue archivada[18]. Los fundamentos fácticos plasmados en ambos documentos disponen que:

> *"Según reporte de operatividad de la central de radio CAD MEPOY, el día de* ***04 de octubre de 2015****, fue capturado el señor Subintendente* F.J.B.C. (…) *adscrito al CAI 2 del barrio la paz cuadrante 10, quien termino* (sic) *segundo turno y agredió*

[16] Folio 46 del cuaderno principal 1.
[17] Folios 3 a 6 del cuaderno principal 1.
[18] Folios 8 a 12 del cuaderno principal 1.

> *físicamente a su esposa la señora MONICA JENIFER BRAVO RODRIGUEZ* (…) *quien presenta hematomas en diferentes partes del cuerpo"*[19] (Negrillas fuera de texto).

No obstante, y al tenor del acta de la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento obrante en el plenario[20], el señor F.J.B.C. fue capturado el **27 de octubre de 2016**, en atención a la orden N° 062 de 25 de octubre de la misma anualidad[21]. De conformidad con la formulación de imputación efectuada por la Fiscalía, se tiene que:

> *"La Fiscalía realiza Formulación de Imputación de cargos* (…) *por el delito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR ART. 229 INCISO 2 C.P., en contra del señor F.J.B.C*. (…) *en calidad de autor, modalidad dolosa, bajo el verbo rector maltratar física o psicológicamente, por hechos ocurridos en reiteradas ocasiones y sobre los cuales se interpusieron las denuncias respectivas"*[22].

Asimismo, se le impuso medida de aseguramiento en establecimiento carcelario, como consta en el folio 164, en la boleta de encarcelación No. 061 de 24 de octubre de 2016[23] y en el informe de medida de aseguramiento de 22 de diciembre de 2016[24].

Por estas razones, los medios de prueba obrantes en el plenario permiten concluir que el actor fue capturado en dos oportunidades por hechos relacionados con supuestas agresiones físicas ocasionadas a su núcleo familiar: la primera ocurrió el **04 de octubre de 2015** (folios 3 y 8 del cuaderno principal 1), que suscitó la investigación disciplinaria archivada; y la segunda, el **27 de octubre de 2016** (folio 163 de la foliatura procesal *in comento*).

Ahora bien, según el Acta N°017 de 2017 y la Resolución N° 000035 de 19 de febrero de 2017, el hecho que motivó el retiro del actor y la consecuente pérdida de la confianza, fue la captura realizada el **27 de octubre de 2016**. Al respecto se cita el siguiente aparte contenido en ambos documentos:

> *"Una vez evaluada la trayectoria profesional del Subintendente F.J.B.C., identificado con cedula* (sic) *de ciudadanía N°. 76328326, se demuestra que afecta con su actuar el servicio que presta en la Policía Metropolitana de Popayán por las siguientes razones:*
>
> - ***Teniendo en cuenta la captura realizada el día jueves 27 de octubre de 2016*** *por parte de la Seccional de investigación criminal de la Policía Metropolitana de Popayán, según orden de captura 062, emitida por el juzgado municipal promiscuo de Coconuco con número* (sic) *de SPOA 190016000723201500709 por el delito de violencia intrafamiliar del señor Subintendente F.J.B.C., identificado con la cedula* (sic) *de ciudadanía número 76.328.326 de Cali – Valle del Cauca. Debido a mencionados hechos irregulares* ***donde el imputado puede ser autor o participe*** *de la conducta delictiva que se le endilga, contexto este que al analizarse permite determinar que se genera una* ***pérdida de la confianza*** *en el señor Subintendente*

[19] Folios 3 y 8 del cuaderno principal 1.
[20] Folios 163 y 164 del cuaderno principal 1.
[21] Folio 163 Ibíd.
[22] Ibíd.
[23] Folio 165 del cuaderno principal 1.
[24] Folio 169 Ibíd.

> *F.J.B.C., por parte de la sociedad y de la Policía Nacional"*[25] (Resaltado por la Sala).

En este orden, no es cierta la afirmación de la parte accionante contenida en el recurso de alzada, según la cual, los hechos que suscitaron la indagación preliminar, fueron los mismos que sirvieron de sustento para retirar del servicio al señor F.J.B.C.

La Colegiatura concluye que la razón utilizada por la demandada para desvincular al actor, no tuvo relación alguna con los supuestos de hecho investigados en la sede disciplinaria, pues acaecieron en fechas diferentes; esta circunstancia no permite efectuar el estudio de la alegada violación al debido proceso y la desviación de poder, pues el fundamento del cargo de apelación quedó sin piso alguno, tal como se acabó de exponer.

A pesar de lo anterior, la Sala abordará el análisis de la causal de nulidad de desviación de poder en un acápite aparte.

Por último, tampoco se avizora la deprecada vulneración al derecho a la igualdad alegada en la alzada, pues la parte actora no demostró que en casos similares al del actor, la Policía Nacional hubiere actuado de manera diferente.

2.4.3. Desviación de poder.

La desviación de poder, vista como causal de nulidad de los actos administrativos, tiene lugar cuando el acto *"fue expedido por un órgano o autoridad competente, y ii) con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto"*[26]. En palabras de la doctrina, se da *"cuando se persigue un fin espurio, innoble o dañino como cuando se procura un fin altruista o benéfico para el Estado o la sociedad, pero que en todo caso es distinto del autorizado o señalado por la norma pertinente"*[27].

Ahora, en tratándose de actos administrativos discrecionales, los elementos que permiten valorar su validez frente a la desviación de poder son el interés general y el mejoramiento del servicio[28], pues permiten dilucidar si la manifestación de voluntad de la administración persiguió los fines establecidos en el ordenamiento jurídico. Bajo estos supuestos, el Tribunal determinará si la resolución demandada se encuentra viciada de nulidad.

Luego de revisar el acto enjuiciado, la Sala puede constatar que uno de los móviles esbozados por la administración para retirar al señor F.J.B.C. fue el mejoramiento del servicio. Al respecto, se destaca el siguiente aparte del acto enjuiciado:

> *"*[L]*a Policía Nacional* (…) *se constituye en una fuerza para la consolidación del estado, que asume el papel de garante de la seguridad de los ciudadanos; de allí que el concepto del buen servicio no se ciñe solo a las calidades laborales del*

[25] Folios 17 y 47 del cuaderno principal 1.
[26] BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo, según la Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina. Librería Ediciones del Profesional: Bogotá, D.C. pág. 547.
[27] Ibíd.
[28] Ibíd., pág. 548.

servidor, sino que comporta circunstancias de convivencia y oportunidad que corresponde sopesar al nominador"[29].

El mejoramiento del servicio en el caso concreto cobra sentido si se considera que la entidad retiró al actor por la supuesta comisión de un hecho punible –violencia intrafamiliar–, que implica una conducta delictual perseguida por la misma institución policial; dicha situación devino en la consecuente pérdida de la confianza, tal como quedó dispuesto en el acto objeto de estudio.

Por otro lado, el Tribunal no encuentra elementos de prueba que permitan acreditar que la desvinculación del señor F.J.B.C. haya perseguido un fin oscuro alejado de la ley o la Constitución. Es de anotarse que esta carga probatoria recaía sobre el demandante; sin embargo, dicha obligación no fue satisfecha.

Adicionalmente, la Corporación desea reiterar que según la sentencia de 27 de febrero de 2017 del Consejo de Estado citada en el acápite 2.3 de esta providencia[30], el concepto de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, personal del nivel Ejecutivo y Agentes, es un requisito previo que asegura el mejoramiento del servicio.

Por esa razón, y recordando que en el *sub judice* la referida Junta recomendó al comandante de la Policía Metropolitana de Popayán, retirar del servicio activo al actor[31] en atención a la deprecada pérdida de confianza, la Sala concluye que en este aspecto, el acto enjuiciado también pretendió el mejoramiento del servicio.

En síntesis, la administración no incurrió en desviación de poder con el retiro del señor F.J.B.C.

2.4.4. Aplicación del Decreto 1791 de 2000 al caso concreto.

Para abordar este punto, la Sala debe hacer las siguientes acotaciones: el actor fue desvinculado del servicio el 17 de febrero de 2017 a través del acto demandado; posteriormente, el 28 de marzo de 2017, Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento, lo declaró responsable penalmente por el delito de lesiones culposas[32], mas no por el de violencia intrafamiliar –delito imputado inicialmente por la Fiscalía–.

La parte activa de la *litis* consideró que, mientras la jurisdicción profería una decisión sobre la responsabilidad penal del demandante, la sanción impuesta por la Policía debió consistir en la suspensión del servicio, mas no en el retiro. De igual manera, aseveró que antes de proferir la resolución de desvinculación, el comandante de la Policía Metropolitana debió aguardar al resultado del proceso penal surtido contra el actor.

Al respecto, la Sala considera que si bien el artículo 50 del aludido Decreto 1791 determina que, *"*[c]*uando en contra de un uniformado se dicte medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, el Director General de la*

[29] Folio 17 del cuaderno principal 1.
[30] Op.cit. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cueter. Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017).
[31] Folio 50 del cuaderno principal 1.
[32] Folios 257 a 263 del cuaderno principal 2.

Policía Nacional dispondrá su suspensión en ejercicio de funciones y atribuciones"[33], lo cierto es que el numeral 6 del artículo 55 de la misma normativa, consagra que el retiro del servicio procede por la sola voluntad del Ministro de Defensa o de la Dirección General de la Policía Nacional.

En otras palabras, si la administración decide retirar a un agente de la Policía, no es necesario que previamente recaiga sobre él una suspensión o medida de aseguramiento, pues el citado artículo 55 no supedita la imposición de esta sanción a la existencia de una condición especial. Lo anterior, sin perjuicio del concepto previo de la Junta de Evaluación y Clasificación, requisito previsto en la jurisprudencia *ut supra* y en el artículo 62 de la citada norma[34].

En este punto, tampoco son de recibo los argumentos esgrimidos por el apelante alusivos a la supuesta anticipación del comandante de la Policía Metropolitana de Popayán al fallo judicial que declaró la responsabilidad penal del actor, pues el marco legal descrito hasta ahora no prevé que el retiro por facultad discrecional dependa de la determinación que se tome dentro de un proceso penal.

Por lo visto, la Sala concluye que el Ejecutivo se encontraba facultado para desvincular del servicio al actor sin que previamente se hubiere decretado su suspensión en el cargo, o se hubiere declarado su responsabilidad penal.

No sobra decir que el retiro del demandante obedeció a un hecho cierto, consistente en la captura por la supuesta comisión de un delito; por lo tanto, se cumple el requisito de objetividad fijado por la jurisprudencia.

2.4.5. La hoja de vida del demandante.

En lo atinente al estudio de la hoja de vida del uniformado obrante a folios 152, 153 y 154 del expediente, se tiene que el accionante tuvo numerosas felicitaciones públicas colectivas por capturas realizadas, buen desempeño laboral, dejar en alto el buen nombre de la Policía, entre otras[35]; sin embargo, le fueron registradas dos suspensiones: una disciplinaria –no se especifica la razón–, impuesta entre el 18 de noviembre de 2015 y el 18 de diciembre de la misma anualidad[36], y la correspondiente a la suspensión penal por los hechos que suscitaron su desvinculación; dicha sanción estuvo comprendida entre el 27 de octubre de 2016 y el 17 de febrero de 2017.

La Sala considera que las felicitaciones realizadas al actor, se deben encuadrar dentro de la actividad normal de un uniformado de la Policía Nacional, pues se trata de conductas regulares exigibles a todos los miembros de esa institución, en atención al estatus especial que ostentan en la sociedad. Es por ello, que los mencionados reconocimientos no entrañan una situación excepcional en el estudio del caso concreto, y tan solo indican el desarrollo corriente de la función de policía.

---

[33] Presidente de la República. Decreto Ley 1791 de 2000. Artículo 50.
[34] El artículo 62 del Decreto 1791 de 2000 dispone que: *"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"*.
[35] Folios 153 y 154 del cuaderno principal 1.
[36] Folio 153 del cuaderno principal 1.

Al encontrar que no existen situaciones excepcionales en la hoja de vida del señor F.J.B.C. que hayan tornado en injusto el retiro por la facultad discrecional de la Dirección General de la Policía, la Corporación concluye que en este aspecto, la resolución demandada también estuvo ajustada a Derecho.

En síntesis, la parte accionante no logró demostrar los deprecados vicios de nulidad en el acto administrativo atacado; razón por la cual, el Tribunal confirmará la sentencia de instancia que negó las pretensiones de la demanda.

2.5. Costas.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dentro de la sentencia el Juez deberá pronunciarse sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de General del Proceso.

El artículo 365 de esa codificación dispone lo siguiente:

> *"CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*
>
> *(…)*
>
> *3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.".*

Como se confirmará la sentencia apelada, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, fijándose en cero punto cinco por ciento (0.5%) sobre el valor de las pretensiones negadas, las cuales al tenor del artículo 366 del *ejusdem*, deberán liquidarse por el Juzgado de origen una vez quede ejecutoriado el auto que ordene estar a lo dispuesto por el Superior, siguiendo las reglas allí previstas.

III. <u>DECISIÓN</u>.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Sentencia No. 018 de 22 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante, conforme lo expuesto.

TERCERO.- NOTIFÍQUESE la presente sentencia a las partes de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

CUARTO.- En firme esta decisión, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Se hace constar que el proyecto de sentencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO

JAIRO RESTREPO CÁCERES

CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ