

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/Procedimiento disciplinario de la Policía Nacional/ No es procedente la decisión de la Entidad de retirar del servicio al actor, cuando pudo optar por una medida precautelativa de suspensión mientras adelantaba la investigación disciplinaria/ La utilización concomitante o sucesiva de la facultad discrecional y del diligenciamiento disciplinario sólo procede cuando el hecho en que incurre el servidor afecta el servicio, afectación que debe ser evidente, de modo que se advierta sin dificultad y justifique la medida, pues lo contrario, esto es, hacer uso de la facultad discrecional, cuando no sea real y evidente la afectación al servicio con el hecho materia de investigación/ Deslegitimación del sentido de la facultad discrecional convirtiéndose en una forma de responsabilidad objetiva/Confirma decisión del A quo.

No aparece adecuada a los fines del ejercicio de la facultad discrecional, ni proporcional a los hechos que le sirven de causa, la decisión de retirar del servicio al actor, cuando pudo optar por una medida precautelativa de suspensión mientras adelantaba la investigación.

Así, encuentra la Sala que de no haber sido el actor objeto de investigación disciplinaria por los hechos referidos, frente a los cuales no se logró demostrar irregularidad, el demandante habría seguido vinculado a la Policía Nacional y entonces, la aplicación de la causal de retiro por voluntad de la dirección general en este caso, terminó por convertirse en una decisión precipitada y violatoria de las garantías constitucionales, pues, se reitera, los hechos que sirvieron de fundamento a la misma no fueron demostrados; lo anterior permite concluir que no fueron precisamente razones del servicio las que inspiraron la expedición de acto demandado.

En este punto debe insistirse, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de cierre, que la utilización concomitante o sucesiva de la facultad discrecional y del diligenciamiento disciplinario sólo procede cuando el hecho en que incurre el servidor afecta el servicio, afectación que debe ser evidente, de modo que se advierta sin dificultad y justifique la medida, pues lo contrario, esto es, hacer uso de la facultad discrecional, cuando no sea real y evidente la afectación al servicio con el hecho materia de investigación, termina deslegitimándose el sentido de la facultad discrecional para en cambio convertirse en una forma de responsabilidad objetiva, porque es presupuesto para configurar la falta disciplinaria la imputación a título de dolo o culpa y el uso del poder discrecional en la forma anotada, soslaya la demostración de tales elementos.

Es del caso referir, que en un asunto similar al aquí planteado, este Tribunal Administrativo dentro un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, declaró la nulidad de un acto administrativo que dispuso el retiro del servicio activo de la Policía Nacional de un Patrullero emitido en ejercicio de la facultad discrecional, al encontrar que el mismo había sido emitido con desviación de poder en tanto la decisión del retiro bajo dicha facultad, no consultó al interés general, ni contribuyó al mejoramiento del servicio, indicándose: “si la entidad no tenía certeza sobre la ocurrencia de los hechos base de la indagación y de la consecuente medida discrecional, lo que traduce su inexistencia desde el punto de vista jurídico, para la Sala es claro que los mismos no podían servir de base a la decisión de retiro al amparo de la facultad discrecional, si no hubo afectación del servicio ni de la actividad funcional de la institución”.

En conclusión, la Sala confirmará la decisión del A quo en cuanto que concedió las pretensiones de la demanda, pues está demostrado que la Resolución No. 05275 de 28 de noviembre 2008, en relación con el servicio al actor, no satisfizo el cometido superior del interés general, ni estuvo justificada bajo el concepto de mejoramiento del servicio.



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

-SALA DE DECISIÓN 005-

SENTENCIA NR053

Popayán, veintinueve (29) de mayo de dos mil catorce (2014)

Magistrado Ponente : Dra. Carmen Amparo Ponce Delgado

Radicación : 19001333100820090022801
Demandante : Olman Albeiro Caicedo Camilo
Demandado : Nación- Ministerio de Defensa - Policía Nacional
Referencia : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra de la sentencia del 7 de diciembre de 2011, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES
A. LA DEMANDA**

1. PRETENSIONES (Fl. 166-184 C. Ppal)

PRIMERA: Declárese la NULIDAD de la Resolución No. 05275 del 28 de Noviembre de 2008 Proferida por el Señor Director General de la Policía Nacional, de conformidad a lo establecido en los Arts. 55 numeral 6º y 62 del Decreto Ley 1791 de 2000, notificada personalmente el día 03 de Diciembre de 2008, por medio del cual se retira del servicio activo de la Policía Nacional, “Retiro por voluntad de la Dirección General”.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la declaración anterior y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se ordene a la Dirección General de la Policía Nacional el reintegro de mi representado AG ® OLMAN ALVEIRO CAICEDO CAMILO, con efectividad a la fecha de desvinculación del servicio, al grado y cargo que venía desempeñando, o a otro igual o superior categoría, pero de funciones afines al que tenía al momento de producirse el retiro.

TERCERO: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a la Nación – Ministerio de Defensa- Policía Nacional, a reconocer y pagar al Actor o a quien represente sus derechos, todos los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir, que le correspondían desde la fecha de su retiro hasta cuando sea efectivamente

reintegrado, comprendido el valor de los aumentos que se hubieren decretado con posterioridad a la desvinculación del servicio activo.

CUARTO: Que para todos los efectos legales, relacionados con prestaciones sociales, tiempo de servicios, se considera que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados a la Policía Nacional por mi mandante.

QUINTO: La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A., y se reajustará en su valor desde la fecha de su retiro hasta la de ejecutoria del correspondiente fallo definitivo, tomando como base para su liquidación la variación del índice de precios al consumidor.

SEXTO: Que se ordene la ejecución de la Sentencia que le ponga fin a la presente demanda, dentro de los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.”

2. HECHOS

El actor prestó sus servicios a la Policía Nacional durante 17 años, 3 meses y 21 días, hasta cuando fue desvinculado en ejercicio de la facultad discrecional mediante Resolución No. 05275 del 28 de noviembre de 2008, proferida por el Director General de la Policía Nacional, la cual sostiene se emitió sin causa justificada ni motivación alguna que permitiera la legítima defensa, en contravía de los derechos fundamentales del debido proceso, el derecho a la igualdad y el derecho al trabajo.

Señala que en la hoja de vida del actor, obran las felicitaciones otorgadas por el magnífico desempeño en su trabajo a partir de 7 de octubre de 1992 hasta el 29 de octubre de 2008, sin que figuren sanciones en los últimos cinco años, lo cual considera evidencia el excelente comportamiento, entrega y compromiso del actor con la institución.

Sostiene que la persona objeto de la determinación de retiro, tiene derecho a conocer las razones y los motivos del mismo, conforme lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considerando que si éstas no constan expresamente en el acto administrativo, deben ser puestas en conocimiento del interesado por algún medio, de manera que sea posible ejercer su derecho de defensa.

Considera que al actor se le causó un perjuicio irremediable con el acto administrativo, el cual sostiene se encuentra viciado de nulidad por desviación de poder, y por la no motivación del mismo.

Manifiesta que el 11 de diciembre de 2008, se notificó personalmente al actor en la Oficina de Control Disciplinario Interno DECAU, su vinculación a la indagación preliminar P DECAU 2008-412, por los hechos presentados el día 12 de noviembre de 2008, investigación que considera, si bien se inició varios días después de su retiro discrecional, evidencia que los hechos por los cuales se le investigó fueron la verdadera causa de su retiro, el motivo oculto que vicia de desviación de poder el acto demandado.

Explica que los hechos investigados disciplinariamente, consisten en que el 12 de noviembre de 2008 el agente Caicedo Camilo, debió acudir a las instalaciones donde funcionaba la empresa

DRFE para auxiliar a su esposa frente a los maleantes que la lesionaron en diferentes partes del cuerpo y le hurtaron una suma considerable de dinero, circunstancias que lo obligaron a desarmar a uno de los individuos para defender a su esposa de quien la atacaba. De este modo, reitera que éste fue el motivo que llevó a la institución a retirar del servicio al actor, sin esperar el resultado de la investigación, cuyo fallo señala, fue absolutorio.

3. ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA

Acusa la violación de las siguientes normas:

Constitucionales: Artículos 2, 4, 5, 6, 13, 25 y 29
Legales: Ley 1015 de 2006 y el Decreto 1898 de 2000

Refiere que en el presente asunto, la administración abusó de su competencia discrecional al declarar la insubsistencia de un nombramiento, indicando que para dar aplicación a la facultad discrecional se debe cumplir con unos parámetros constitucionales y legales, los cuales obligan a la autoridad a motivar el acto administrativo, exponiendo las razones por las cuales se va a prescindir del servicio del funcionario policial, y así poder ejercer la defensa.

Considera que si bien los decretos nacionales dan discrecionalidad al Ministerio de Defensa y a la Dirección Nacional de la Policía, para retirar a los policiales, lo cierto es que el ejercicio no puede ser en ningún momento arbitrario, so pretexto del buen servicio público, que debe ser la razón profunda de tal facultad, en tal sentido concluye que la discrecionalidad no puede llegar al desconocimiento de las exigencias legales para convertirse en una decisión arbitraria.

Afirma que en el presente asunto, la facultad discrecional fue ejercida por la entidad como si fuera sancionatoria, a lo cual se agrega la pretermisión de obtener previamente la recomendación del Comité, condición que sostiene es necesaria para la remoción que se produjo en contra del actor.

Reitera la obligatoriedad de la motivación de los actos administrativos en los cuales se toman decisiones fundadas en la facultad discrecional con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, advirtiendo que una de las funciones del precedente constitucional, es asegurar el derecho de igualdad.

B. LA CONTESTACIÓN

El apoderado de la Policía Nacional contesta la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, argumentando que la decisión de retirar del servicio activo al actor, surgió del ejercicio de la facultad discrecional del nominador – Director General-, decisión que sostiene no fue emitida de manera ilegal o con claro abuso de poder, pues obedeció a razones que le permiten a la Institución mejorar cada vez más el servicio y que no requieren explicación de los motivos que la determinaron, pues indica que los actos administrativos emitidos en ejercicio de la facultad discrecional, se presume que son proferidos en beneficio del servicio público a cargo de la entidad.

Señala que en virtud del artículo 55 y 62 del Decreto 1791 de 2000, por razones del servicio y en forma discrecional, se puede disponer del retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación, refiriendo que en efecto así sucedió en el caso bajo estudio, advirtiendo que el acto de remoción, es totalmente independiente del proceso disciplinario que se pueda adelantar.

Menciona que no puede predicarse inamovilidad del cargo por el sólo hecho de ostentar una buena hoja de vida, pues refiere que la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha indicado que eso es lo menos que se puede esperar de un funcionario de la Policía Nacional, dada la función que cumple la institución armada. Así, manifiesta que la hoja de vida libre de sanciones, no es una garantía de estabilidad, pues la eficiente prestación del servicio no otorga un fuero especial.

Advierte que la decisión de retiro de un funcionario no debe ser proferido exclusivamente bajo el estudio de idoneidad y buen desempeño laboral y profesional, sino que el retiro en aplicación de la facultad discrecional y por voluntad del Director General, obedece a las razones del servicio, es decir que el nominador, se encuentra facultado para separar del servicio a cualquier funcionario con la sola recomendación de la Junta de Calificación y Evaluación, quien para el caso en concreto manifiesta, revisó la hoja de vida y otros documentos, decidiendo finalmente recomendar el retiro del demandante, por lo que considera que no existió violación al debido proceso.

Estima que no se vulnera el derecho a la igualdad, cuando previa evaluación del caso en particular se decide la remoción de un subalterno que a juicio de la autoridad competente no cumple con los requisitos mínimos exigidos para el desempeño de su función, ni tampoco el derecho al trabajo, por cuanto explica que es natural que al servidor de la Policía Nacional no le asista un derecho adquirido sobre el cargo, ya que la naturaleza funcional del oficio conlleva la disponibilidad para la remoción.

Señala que la decisión contenida en el acto acusado no apareja una sanción y que la ausencia de tacha en sus evaluaciones anteriores no confiere inamovilidad al empleado ni coarta la facultad discrecional del nominador, limitada únicamente por la arbitrariedad y por los fines ajenos al servicio. En este orden, sostiene que no obra en el proceso prueba que indique que el nominador hubiese utilizado la facultad que le otorga la ley en forma contraria a la misma.

Concluye que con la expedición del acto administrativo que ordenó el retiro del actor del servicio activo de la institución, no se vulneraron derechos constitucionales fundamentales, en tanto fue emitido por autoridad competente y conforme a derecho. Por lo anterior solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

C. LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán profiere sentencia el 07 de diciembre de 2011 en la cual resuelve: (Fl. 235-251 C. Ppal)

“PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No.05275 del 28 de noviembre de 2008, emanado del Director General de la Policía (sic) Nacional en cuanto retiró del servicio al señor AG. OLTAN ALBEIRO CAICEDO CAMILO, conforme a la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la declaración anterior y a título del (sic) restablecimiento del derecho del actor, se dispone:

a) ORDÉNASE a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL reintegrar a OLTAN ALBEIRO CAICEDO CAMILO, identificado con C.C. No. 76.315.162 expedida en Popayán-Cauca, al cargo de agente o a uno igual categoría o equivalente.

b) CONDÉNASE a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL a pagar al señor OLTAN ALBEIRO CAICEDO CAMILO, los sueldos y prestaciones sociales compatibles con el servicio, dejados de percibir desde la fecha real de su desvinculación del servicio y hasta cuando sea efectivamente reincorporado, previos los descuentos autorizados.

c) DECLÁRASE para todos los efectos legales, que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte del demandante.

d) ORDÉNASE la actualización de la condena en los términos del artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula: (...)”

TERCERO.- LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL dará ejecución a la sentencia en las condiciones previstas en los artículos 176 a 179 del C.C.A.

CUARTO.- Sin costas por no haber constancia de actuaciones temerarias o con mala fe.
(...)”

Considera que si bien, las felicitaciones por sí solas no enervan la facultad discrecional, si ocurre con las anotaciones próximas al retiro que plasmen eventos excepcionales y de reconocido mérito, pues explica que no basta con demostrar ser un buen agente de policía, en tanto a todo servidor público le corresponde prestar con eficiencia sus funciones, sino que se deben plasmar eventos excepcionales para desvirtuar por este aspecto la facultad discrecional, al punto de existir una desviación de poder en tanto se acredite que el fin que guió el retiro del servicio, fue contrario a la moral administrativa y al mejoramiento del servicio.

Para el caso concreto, encuentra que las calificaciones del actor más cercanas a su desvinculación, tuvieron el máximo puntaje posible en el criterio superior de la escala de medición, infiriendo de ello que al momento del retiro del actor, la Policía Nacional consideraba que éste prestaba un servicio susceptible de ser calificado en esos términos. Por ello, el A quo considera que dicha situación no guarda armonía con la decisión tomada de retirar del servicio al actor, pues por el contrario, encuentra que dicha desvinculación tuvo origen en los hechos ocurridos el 12 de noviembre de 2008, cuando se produjo la caída de las captadoras ilegales de dinero y el actor acudió en ayuda de su esposa cuando estaba siendo atacada por personas que se encontraban a las afueras de las sedes de estos lugares para robarle una fuerte suma de dinero. Señala que sólo pasaron ocho días desde la notificación del acto de retiro, cuando le fue notificado al demandante el inicio de la apertura de indagación preliminar, la cual advierte fue archivada, según consta en el auto evaluativo obrante en el expediente.

En este orden, considera que el acto administrativo acusado está viciado de nulidad por la causal de desviación de poder, en tanto la Policía Nacional utilizó la facultad discrecional para

imponer una sanción de destitución, sin que previamente se hubiera agotado el procedimiento disciplinario, considerando que la cercanía en las fechas de los actos, ponen en evidencia la relación de causalidad entre la desvinculación del demandante y el inicio del proceso disciplinario.

D. LA APELACION (Fl. 254-262 C. Ppal 2).

La apoderada de la parte demandada interpone recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, argumentando que el acto acusado, contentivo de la decisión de retirar del servicio al actor, fue emitido en ejercicio de la potestad discrecional conferida al Director de la Policía Nacional, atribución que sólo requiere la recomendación previa de la Junta de Evaluación y Clasificación del Departamento de Policía Cauca para suboficiales, personal de nivel ejecutivo y agentes, sosteniendo que la decisión de retiro del actor, contó con dicho concepto.

Refiere que la Junta de Evaluación de suboficiales, personal de nivel ejecutivo y agentes, no es un acto enjuiciable ante la jurisdicción por no constituir un verdadero acto administrativo, en tanto se trata de una actuación previa a la decisión de retirar de manera absoluta del servicio activo de la institución, y por tal no puede el demandante alegar la falta de motivación en el mismo.

Señala que el Consejo de Estado ha indicado que el excelente o buen desempeño laboral del militar retirado, no es impedimento para que la institución miliar pueda hacer uso libre de las facultades discrecionales, porque ello puede estar inspirado en cumplimiento de metas institucionales y del buen servicio que exigen que se hagan los ajustes necesarios en el manejo de su personal.

Considera que el sólo hecho que la investigación disciplinaria adelantada en contra del actor por presuntos hechos de "*Procedimiento Dudoso*" hubieren terminado con archivo, no resulta suficiente para acreditar la existencia de la desviación de poder de la administración en la expedición del acto que desvinculó al actor, reiterando que la administración hizo uso de la facultad discrecional que el legislador le ha otorgado, por lo que considera que no se puede concluir como lo hizo el A quo, que el retiro tuvo la intención de sancionar al policial.

Concluye que al no existir elementos probatorios que desvirtúen la legalidad del acto administrativo proferido por la Policía Nacional con fines diferentes a la del buen servicio público, éste debe permanecer incólume y en consecuencia las pretensiones de la demanda no se encuentran llamadas a prosperar.

Finalmente solicita se revoque la sentencia adoptada en primera instancia.

F. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Delegada del Ministerio Público ante esta Corporación rinde concepto de fondo, en el que solicita se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que en el presente asunto la

facultad discrecional no se concretó en ningún proceso disciplinario en tanto éste fue iniciado con posterioridad al retiro del actor.

Afirma que las situaciones surgidas con posterioridad a la expedición del acto administrativo, no permiten desvirtuar la legalidad del acto de retiro del servicio, advirtiendo que el acto acusado fue emitido conforme a los preceptos constitucionales y legales para la expedición del mismo.

Concluye que la sentencia de primera instancia no se ajusta a todos los parámetros legales y en tal sentido, resulta inoficioso debatir nuevamente argumentos y conceptos ya analizados.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias de primera instancia dictadas por los Juzgados Administrativos del Circuito de Popayán, conforme a lo establecido en el artículo 131 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A.), aplicable al presente proceso en tanto fue promovido con anterioridad a la vigencia de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹.

2. La caducidad

En la presente acción se demanda la nulidad parcial de la Resolución No. 05275 de **28 de noviembre de 2008** (Fl. 2 C. Ppal), por medio de la cual se retira del servicio a un personal de suboficiales, nivel ejecutivo y agentes adscritos al Departamento de Policía Cauca, en lo que respecta a la desvinculación allí dispuesta frente al AG. Olman Albeiro Caicedo Camilo, a quien le fue notificada dicha decisión el día **03 de diciembre de 2008** (Fl. 3 C. Ppal).

En este orden, encuentra la Sala que la acción instaurada no se encuentra caducada, toda vez que si bien en un principio la parte demandante tenía hasta el 04 de abril de 2009 para interponer la demanda, dicho término fue suspendido a partir del 06 de marzo de 2009 al elevarse la solicitud de conciliación extrajudicial, la cual se celebró el 20 de abril de 2009, fecha en la cual se expidió la constancia de fracaso (Fl. 9 C. Ppal); en este día se levantó la suspensión de la caducidad y se reanudó el término, y como a la fecha de presentación de la solicitud de conciliación faltaban 29 días para que la acción caducara, el actor tenía hasta el 19 de mayo de 2009, por lo que al ser la demanda radicada el **30 de abril de 2009** (Fl. 185 C. Ppal), se concluye que su presentación ocurrió dentro del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 136 numeral 2 del C.C.A.

3. Problema Jurídico

¹ De acuerdo con el artículo 308 del CPACA, éste “...se aplicará a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia”, la que según el mismo ocurrió el 2 de julio de 2012.

Corresponde a la Sala determinar si, como lo concluyó el Juez de primera instancia, el acto de retiro del actor se expidió con desvío de las atribuciones del funcionario nominador, por cuanto a pesar de haberse invocado la facultad discrecional bajo la aplicación de la causal “*por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional*”, en últimas se buscó imponer una sanción de destitución sin que previamente se hubiera agotado el procedimiento disciplinario iniciado con antelación por presuntos actos irregulares en el servicio. O sí, contrario a ello, la sola proximidad entre un evento y otro, no permite derivar esa conclusión, por cuanto la facultad discrecional es autónoma frente a la facultad disciplinaria, como tampoco el hecho de que registren anotaciones y calificaciones positivas.

Para ese efecto, se analizará, en primer término, el marco normativo correspondiente al retiro de los oficiales de la Policía Nacional por voluntad de la Dirección Nacional; a continuación precisará el alcance de la facultad discrecional y la facultad sancionatoria aplicada a los miembros de la misma institución; finalmente, se estudiará el caso concreto.

4. MARCO NORMATIVO

4.1 El retiro de los miembros del personal ejecutivo de la policía Nacional por voluntad de la Dirección General

Sobre el retiro del servicio del personal de oficiales de la Policía Nacional en ejercicio de la facultad discrecional, el Decreto 1791 de 2001², estableció:

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

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

ARTÍCULO 62. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO, O DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Por razones del servicio y en forma discrecional, ~~el Gobierno Nacional para el caso de los oficiales o~~ la Dirección General de la Policía Nacional por delegación del Ministro de Defensa Nacional, para el nivel ejecutivo, los suboficiales, y agentes podrán disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación ~~de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional para los oficiales o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva para los demás uniformados.”~~

La Dirección General de la Policía Nacional tiene entonces la facultad discrecional de retirar del servicio activo al personal del nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional,

² Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional.

previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, amparándose siempre en razones del servicio.

Tales normas no exigen que para el ejercicio de dicha facultad, deban realizarse los pasos propios de un proceso disciplinario, pues la potestad discrecional comprende razones de índole general, distintas de las de naturaleza disciplinaria, en razón a que lo que se persigue con el ejercicio discrecional, de conformidad con el ordenamiento referido, no es la penalización de faltas, de ahí que no sea requisito probar una conducta irregular. Al respecto, viene pertinente el razonamiento de la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 4º de la Ley 857 de 2.003, que modificó en lo pertinente el Decreto 1791 de 2000, en lo relativo a la causal de retiro aplicada al personal de oficiales y suboficiales, en los siguientes términos:

“...no encuentra la Corte vulneración de los derechos constitucionales aludidos por el demandante, por cuanto, la Constitución Política faculta al legislador para establecer otras causales de retiro del servicio de servidores públicos, distintas a las establecidas por el artículo 125 de la Carta, sin que ello implique vulneración del principio constitucional a la estabilidad laboral. Las normas acusadas no desconocen el debido proceso, pues como lo ha sostenido la Corte en el examen de normas de similar contenido a las que ahora se analizan, el retiro del servicio previsto en ellas no es producto de una sanción sin que hubieran mediado las formas propias de un proceso penal o disciplinario, sino que se origina en un acto discrecional plenamente justificado. Tampoco resulta vulnerado el derecho de igualdad porque el retiro del servicio procede previo estudio de cada caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, que arrojan como conclusión la remoción de un servidor público que no cumple con los requisitos constitucionales exigidos para el desempeño de su función. Finalmente, el derecho al trabajo no se afecta pues los miembros de la Fuerza Pública no tienen “[u]n derecho adquirido sobre el cargo, ya que la naturaleza funcional del oficio conlleva la disponibilidad para la remoción de su personal”.

El Consejo de Estado en sentencia del 1º de marzo de 2012, M.P. Gerardo Arenas Monsalve sobre el retiro del servicio por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, expresó:

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

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

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

En este sentido, el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la

acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.

En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A.”³

De lo anterior se desprende que, la facultad discrecional de que está revestido el Gobierno no es ilimitada, sino que la misma debe estar soportada en razones objetivas y cuyo fin debe ser el mejoramiento de la prestación del servicio; discrecionalidad que será controlable a través de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que se interponga ante la jurisdicción contenciosa administrativa, contra el acto administrativo mediante el cual se disponga el retiro del servicio.

4.2 Facultad discrecional y facultad sancionatoria

Como se advirtió, el ejercicio de la facultad discrecional para retirar a los miembros de la fuerza pública debe tener como fundamento primario el interés general, o lo que es lo mismo, el mejoramiento del servicio; por tanto, no puede la administración hacer uso de esta facultad para pretermitir las formas propias de cada juicio y acometer, por ejemplo, el juzgamiento de conductas susceptibles de control disciplinario o penal, pues ello implicaría, en principio, un desbordamiento de los límites propios de aquella facultad y su deslegitimación.

Y se dice *en principio*, por cuanto el límite en ese ejercicio lo marca, en todo caso, el concepto de buen servicio, su grado de afectación, de manera que aun cuando la conducta sea susceptible de indagación punitiva o disciplinaria, si la misma pone vista la afectación del servicio, nada obstará para que concurra allí el ejercicio de la facultad discrecional, la que por igual podrá ejercerse directamente.

En este tema la jurisprudencia del Consejo de Estado ha convenido, de una parte, la necesidad de que, en eventos en los que se evalúa la legalidad de un retiro discrecional, el funcionario judicial delimitara los dos escenarios, esto es, el correspondiente al típico ejercicio de nominación, primero, y segundo, aquél en el que la conducta del servidor se juzga desde el ámbito sancionatorio, a fin de que pueda determinarse si la decisión de desvincular al servidor deviene fundada conforme a los hechos que le sirven de causa, o por el contrario supone un despropósito orientado a precaver el juzgamiento de la conducta del servidor a través de los trámites sancionatorios⁴.

Y para determinar el grado de afectación que pudiera tener el servicio con la permanencia del servidor involucrado en conductas investigadas en el escenario del derecho sancionatorio, la misma jurisprudencia ha establecido que debe examinarse el comportamiento de aquél, sus antecedentes y evaluaciones correspondientes al tiempo inmediato anterior al retiro, lo mismo que la proximidad existente entre la conducta juzgable y la decisión de retirarlo. A ese respecto,

³ C.E. Sección Segunda- Subsección “B”, CP: Gerardo Arenas Monsalve, exp. 1613-09, sentencia 1 de marzo de 2.012.

⁴ C.E. Sección Segunda, Subsección “B”, CP: Víctor Hernando Alvarado Ardila, exp. 0938-10, sentencia de 25 de noviembre de 2010.

al resolver un asunto en el que se alegaba un indebido ejercicio simultáneo de la facultad discrecional y la facultad disciplinaria, indicó el Consejo de Estado⁵:

“Teniendo en cuenta lo expuesto en los acápites precedentes estima la Sala que en el caso concreto, en primer lugar, está probada la existencia de un nexo temporal entre la investigación disciplinaria que se adelantó en contra el actor y su retiro definitivo del servicio. En efecto, se observa que el 28 de noviembre de 2001 el Departamento de Policía del Cauca ordenó la apertura formal de una investigación disciplinaria en contra del actor; teniendo en cuenta el informe de 26 de noviembre del mismo año suscrito por el Comandante del Escuadrón Móvil de Carabineros Roma, DECAU; frente a lo cual, quince días más tarde, el Director General de la Policía Nacional mediante Resolución No. 04312 de 11 de diciembre de 2001 ordenó su retiro definitivo del servicio como Suboficial de la Policía Nacional.

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

...resulta evidente que la verdadera motivación que subyace al retiro del servicio del demandante no es otra que la indagación de carácter disciplinario que se venían adelantando en su contra, lo anterior toda vez que, como quedó visto, el nexo temporal entre la apertura de la investigación disciplinaria y su retiro del servicio resulta absoluto, en tanto que una y otra decisión, como quedó visto, fueron adoptadas con una diferencia de quince días. En otras palabras, dicha medida en el caso concreto constituyó una especie de sanción frente a la supuesta responsabilidad disciplinaria que se le atribuía al actor, lo cual contradice la razonabilidad, proporcionalidad que debió guiar el ejercicio de la facultad discrecional por parte de la administración al expedir el acto administrativo acusado.

(...)

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

De manera que el ejercicio conjunto de las facultades discrecional y la sancionatoria, frente a la conducta del miembro de la fuerza pública, encontraba justificación cuando la misma afecta de manera grave la actividad funcional de la entidad; y por el contrario, si existiendo proceso penal o disciplinario logra determinarse que la permanencia del servidor no afecta el servicio en un grado razonable, había lugar a concluir que la decisión de retiro adoptada en esas circunstancias deviene tanto ilegal como ilegítima, pues a más de contemplarse en ella un prejuizgamiento, implica considerar la aplicación de una suerte de responsabilidad objetiva proscrita en el ordenamiento Colombiano⁶.

Ahora, la misma Corporación, en otras decisiones, ha señalado que bajo ninguna circunstancia el ejercicio simultáneo, sucesivo o próximo de las facultades sancionatoria y de remoción

⁵ C.E. Sección Segunda-Subsección “B”, CP: Gerardo Arenas Monsalve, Exp. 1332-09, sentencia del 8 de marzo de 2011.

⁶ Al respecto, consúltese: C.E. Sección Segunda, Subsección “B”, CP. Gerardo Arenas Monsalve, exp. 1332-09, sentencia del 8 de marzo de 2.012.

discrecional, supone la aplicación indebida de ésta última, aun cuando se estableciera que ambas obedecen a los mismos hechos. Al respecto resulta gráfica, entre otras⁷, la sentencia del 15 de febrero de 2001, exp. 99-03239, en la que sobre el punto se indicó:

“La Sala en diferentes oportunidades ha expresado que la facultad nominadora de que está investida la autoridad pública, por regla general, es diferente a la potestad disciplinaria o penal. Una y otra no se suspenden en su ejercicio y la iniciación de un proceso penal o disciplinario, no confiere estabilidad al servidor, porque así no lo ha autorizado la ley, pues de ser así, se llegaría a la absurda conclusión de que la comisión de una falta penal o disciplinaria otorgara estabilidad y ello no puede ser así, porque reñiría contra la misma ética y transparencia que demanda el ejercicio de la función pública, más tratándose de miembros de la Policía Nacional, Institución 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 convivan en paz.” (Resaltado fuera del texto)

Tesis que fue retomada recientemente en la sentencia del 22 de marzo de 2012, radicado interno 0518-2009⁸, en los siguientes términos:

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

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

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

Por último el hecho de que el actor hubiese tenido una buena hoja de vida (felicitaciones) no impide la utilización de las facultades discrecionales cuando el móvil sea el buen servicio público, el cual no tiene porqué (sic) estar ligado a la conducta laboral del empleado, ya que otras razones diferentes pueden constituir el elemento subjetivo que inspiró el retiro del servicio. (Negrillas nuevas)

Luego es claro, conforme a esta posición, que en los eventos en que la conducta del servidor se juzgue en el plano disciplinario por los mismos hechos que concomitante o posteriormente dan lugar a su retiro discrecional, la aplicación de esta última facultad no está limitada por esa sola circunstancia, ni la legalidad de ésta supeditada a las decisiones que sobre la responsabilidad del servidor pudieran adoptarse en aquél escenario; regla ésta que aplica, por igual en los eventos en que el servidor es objeto de indagaciones o investigaciones de tipo penal, al decir de la misma Corporación que “...la administración está facultada para que, de manera simultánea,

⁷Ver: sentencia de 31 de agosto de 2000, Expediente No. 00-01242, Actor: Daniel Cuesta Bader, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

⁸ Sección Segunda, Subsección “A”, Cp. Luis Rafael Vergara Quintero Exp. No.: 19001 – 23 – 31 – 000 – 2001 – 00987 – 01, actor: Víctor Hugo Solarte Riascos.

haga uso tanto de la facultad discrecional como el diligenciamiento de carácter penal en los casos en que resulta evidente la afectación del servicio”⁹.

A partir de los criterios expuestos la Sala concluye lo siguiente: el hecho de encontrarse el servidor incurso en una indagación o proceso de tipo disciplinario o penal no puede constituirse en un obstáculo que impida en su respecto el ejercicio de la facultad discrecional aun si ésta tiene como causa los mismos hechos; por consiguiente, no puede erigirse como regla que el ejercicio simultáneo o sucesivo de ambas facultades constituya per se causal de nulidad del acto de retiro discrecional por desviación de poder, sin que por otra parte se analicen las circunstancias concretas de cada caso, con el fin de determinar la existencia de motivos ajenos al buen servicio, pues es claro que el ejercicio sucesivo o concomitante de la facultad discrecional se ajustará a derecho, sólo en la medida en que se adecúe a los fines de la norma que la consagra y resulte proporcional a los hechos que le sirven de causa, los cuales deben ser de una entidad tal que permitan considerar la afectación del servicio, pues *“con la medida discrecional se trata de solucionar situaciones que se encuentran atentando contra la actividad funcional de la entidad y que por tal motivo, requieren ser apreciadas a primera vista”¹⁰.*

5. LO PROBADO EN EL PROCESO

El argumento base de la apelación se radica en que no puede concluirse que el acto de retiro del demandante se dictó con desvío de las atribuciones del funcionario, por el hecho de que el mismo se dictó a continuación de la apertura de una indagación disciplinaria preliminar, y porque el actor haya registrado buenas calificaciones en su última evaluación.

El plenario da cuenta de lo siguiente:

- Vinculación del demandante

De acuerdo con el extracto de la historia laboral allegado al plenario, el demandante ingresó a la Policía Nacional el 12 de agosto de 1991 (Fl. 5 C. Ppal). El 28 de noviembre de 2008, mediante Resolución No. 05275 (Fl. 2 C. Ppal) el Director General de la Policía Nacional, resolvió retirar del servicio, entre otros miembros de la Institución, al AG. Olman Carlos Alberto Jiménez López, por voluntad discrecional.

Como última unidad a la que estaba asignado el demandante, se extrae del expediente administrativo, el Departamento de Policía Cauca.

- Circunstancias anteriores al retiro

Como se indicó, el actor acusó en la demanda que la decisión de retirarlo del servicio buscó juzgar, al amparo de la voluntad discrecional, su participación en hechos ocurridos el 12 de noviembre de 2008 en la ciudad de Popayán; hechos que dieron lugar a la apertura de una

⁹ C.E., Sección Segunda, Subsección B, CP. Gerardo Arenas Monsalve, exp. 1613-09, sentencia del 1º de marzo de 2.012).

¹⁰ C.E. Sección Segunda, CP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado Radicación número: 76001-23-31-000-2002-03579-01(0205-08)

indagación preliminar por parte de la autoridad disciplinaria interna de la Policía Nacional contra el actor y otros miembros de la Policía Nacional.

Sobre la indagación preliminar obran en el expediente copia de la siguiente decisión:

- Auto del 25 de marzo de 2009, el Jefe de Oficina Disciplinario Interno de la Policía Cauca, por el cual se evalúa la indagación preliminar adelantada en contra del actor, y en el que se resuelve declarar la terminación de la misma (Fl. 11-16 C. Ppal). En dicha providencia, se consignó como hechos y antecedentes procesales, lo siguiente:

*“La presente indagación preliminar se fundamentó en el informe de fecha **17 de noviembre de 2008**, suscrito por el señor Coronel LUIS JOAQUIN CAMACHO SARMIENTO, Comandante del Departamento de Policía Cauca, mediante el cual solicita se inicie la investigación disciplinaria con base en las noticias emitidas por los canales nacionales y radiales en los noticieros CMI y Caracol, durante los días 12 y 14 de noviembre de 2008, señalando presuntas conductas irregulares de uniformados, uno adscrito al grupo de escoltas del Gobernador del Cauca. De acuerdo al informe rendido por el señor AG. OLMAN ALBEIRO CAICEDO CAMILO, adscrito al cuerpo de escoltas del señor Gobernador del Cauca, para la época, recibió una llamada de su señora esposa por lo cual le solicitó permiso a su jefe inmediato y salió a buscar a su esposa quien se encontraba al interior de la empresa DRFE, logrando sacarla del lugar pero ya en la parte externa un tumulto de personas se le abalanzó encima, agrediendo y hurtándole las pertenencias de su esposa, mientras el procedía a defenderla y como en el lugar aparecieron unas patrullas motorizadas, se les identificó y les pidió llevaran a su esposa al CAI Comfacauca y él se subió a otra motocicleta la cual se varó por lo cual salió corriendo hasta refugiarse en la Gobernación.”*

En la misma se resolvió “decretar la terminación de procedimiento y en consecuencia el archivo definitivo de las diligencias” bajo las siguientes consideraciones:

“Referente a la conducta asumida por el señor AG. CAICEDO CAMILO OLMAN ALBEIRO, se observa que en efecto el pasado 12 de noviembre de 2008, dicho policial acudió a de la empresa “Proyecciones DRFE”, atendiendo el llamado de auxilio que le hiciera su señora esposa DENIS MAGNOLIA ARBOLEDA VELASCO, y a su salida de dichas instalaciones fueron agredidos por una multitud de personas que al parecer los confundieron con una funcionaria de la misma empresa y su escolta, llegando a hurtarle las pertenencias a la ciudadana en mención ante la lógica reacción de defensa de su esposo, quien manifestó bajo gravedad del juramento que despojó a un particular de un arma que parecía de fuego y que resultó ser de fulminantes, la cual utilizó para tratar de impedir los siguieran agrediendo hasta que aprovechando la presencia de unas patrullas motorizadas logró que trasladaran a su esposa al CAI de Comfacauca mientras que él se refugió en la Gobernación del Departamento.

*Del testimonio rendido por el señor ST AMADO ESCOBAR DAVID FERNANDO, Jefe de seguridad del señor Gobernador del Cauca, se conoció que el señor AG. OLMAN ALBEIRO CAICEDO CAMILO, **contó con su permiso para atender los asuntos de carácter personal** luego del llamado que le hiciera su señora esposa y **además dejó su arma de dotación oficial para el servicio en el armerillo dispuesto para el efecto, de acuerdo a la anotación registrada a las 13:10 horas del 121108, en el libro de armerillo interno de la Gobernación, folio 11.** Sumado a lo anterior y de acuerdo a la certificación expedida por el Jefe de Estado Mayor y segundo comandante de la Brigada Nro. 29 del Ejército Nacional, con sede en esta ciudad, **a dicho policial no le figura arma de propiedad.***

En consecuencia a lo anterior, y teniendo en cuenta que le corresponde al Estado la carga probatoria, como quiera que se conoció que el policial encartado dejó en el armerillo del a gobernación el arma de dotación el servicio el pasado 121108 a las 13:10, cuando salió a disfrutar del permiso autorizado por su Jefe inmediato ST. AMADO ESCOBAR DAVID FERNANDO, que no posee arma de propiedad y que en los videos obrantes en el proceso no se puede identificar plenamente al policial como tampoco si portaba un arma de fuego o un arma de fulminantes como lo afirmó éste en su jurada, y como se afirma en el resultado del estudio técnico de dicho material, el despacho aplicando los criterios de la sana crítica, imparcialidad y legalidad, concluye que le es aplicable tanto el principio de “presunción de inocencia”, establecido en el Artículo 7 de la Ley 1015 de 2006, al igual que la “resolución de duda” de que habla el Artículo 6 idem, por considerar que no fue posible resolver la duda razonable que se genera respecto al elemento que portaba el investigado para el día de los hechos y del

cual afirma bajo gravedad de juramento que se trata de un arma de fulminantes, no habiéndose conocido prueba que demuestre lo contrario.

Por lo anterior, el despacho considera igualmente le es aplicable el contenido del 73 de la Ley 734 de 2002, el cual refiere que “Terminación del procedimiento Disciplinario. En cualquier etapa de la actuación disciplinaria en que aparezca plenamente demostrado que el hecho atribuido no existió, que la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria, que el investigado no la cometió, que existe una causal de exclusión de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse, el funcionario del conocimiento, mediante decisión motivada, así lo declarará y ordenará el archivo definitivo de las diligencias.”, teniendo en cuenta que como se concluyó la duda razonable fue resulta a su favor.” (Subrayado original y negrillas fuera de texto)

- Antecedentes disciplinarios y penales del actor

El Jefe Observatorio de Integralidad, Desempeño Ético Policial y Derechos Humanos certificó que el actor no registra sanciones disciplinarias (Fl. 10 C. Pbas).

La Coordinadora de Justicia Penal Militar certificó que el demandante no registra anotaciones de investigación penal militar (Fl. 14 C. Ppal).

- Condecoraciones y felicitaciones

El extracto de hoja de vida da cuenta que el actor recibió las siguientes (Fl. 6 C. Ppal):

CONDECORACIONES

Distintivo	Categoría	Fecha Fiscal	Disposición		
MENCION HONORIFICA	A. PRIMERA VEZ	05-NOV-95	I	205	01-NOV-95
MENCION HONORIFICA	B. PRIMERA VEZ	05-NOV-96	I	204	29-OCT-96

FELICITACIONES

Clase	Motivo	Fecha Fiscal
FELICITACION INDIVIDUAL	INCAUTACIÓN ELEMENTO (S)	07-OCT-92
FELICITACION INDIVIDUAL	INCAUTACIÓN ELEMENTO (S)	14-OCT-92
FELICITACION INDIVIDUAL	INCAUTACIÓN ELEMENTO (S)	09-NOV-92
FELICITACION INDIVIDUAL	INCAUTACIÓN ELEMENTO (S)	06-FEB-93
FELICITACION INDIVIDUAL	CAPTURA DELINCUENTE RECONOCIDO	13-MAR-93
FELICITACION PUBLICA COLECTIVA	CAPTURA DELINCUENTE RECONOCIDO	26-AUG-93
FELICITACION PUBLICA COLECTIVA	BUEN DESEMPEÑO LABORAL	03-JUN-96
FELICITACION PUBLICA COLECTIVA	OPERATIVO	19-JUL-96
FELICITACION PUBLICA COLECTIVA	OPERATIVO	24-JUL-96
FELICITACION PUBLICA COLECTIVA	OPERATIVO	19-OCT-96
FELICITACION PUBLICA COLECTIVA	OPERATIVO	30-NOV-96
FELICITACION PUBLICA COLECTIVA	DOMINIO Y CONOCIMIENTO DE SU TRABAJO	09-DEC-96

FELICITACION PUBLICA COLECTIVA	BUEN DESEMPEÑO SERVICIO PONAL	08-JAN-97
FELICITACION PUBLICA COLECTIVA	DOMINIO Y CONOCIMIENTO DE SU TRABAJO	31-JAN-97
FELICITACION PUBLICA COLECTIVA	BUEN DESEMPEÑO SERVICIO PONAL	19-FEB-97
FELICITACION PUBLICA COLECTIVA	DOMINIO Y CONOCIMIENTO DE SU TRABAJO	18-NOV-97
FELICITACION PUBLICA COLECTIVA	BUEN DESEMPEÑO LABORAL	09-JAN-98
FELICITACION PUBLICA COLECTIVA	OPERATIVO	10-JAN-98
FELICITACION PUBLICA COLECTIVA	OPERATIVO	10-FEB-98
FELICITACION PUBLICA COLECTIVA	OPERATIVO	11-FEB-98
FELICITACION PUBLICA COLECTIVA	OPERATIVO	06-ABR-98
FELICITACION PUBLICA COLECTIVA	OPERATIVO	11-JUN-98
FELICITACION INDIVIDUAL	OPERATIVO	17-JUN-98
FELICITACION PUBLICA COLECTIVA	CAPTURA DELINCUENTE RECONOCIDO	11-AUG-99
FELICITACION PUBLICA COLECTIVA	OPERATIVO	08-APR-03
FELICITACION ESPECIAL	BUEN DESEMPEÑO SERVICIO PONAL	12-MAR-06
FELICITACION ESPECIAL	POR SU CONSAGRACIÓN AL TRABAJO	07-JUN-06
FELICITACION PUBLICA COLECTIVA	BUEN DESEMPEÑO LABORAL	01-APR-08
FELICITACION PUBLICA COLECTIVA	BUEN DESEMPEÑO SERVICIO PONAL	29-OCT-08

- Las evaluaciones y anotaciones del demandante

- Fue allegado el Formulario 3 de seguimiento, en el que se consignó la evaluación correspondiente al período transcurrido entre el 01 de enero de 2008 hasta el 03 de diciembre de 2008 obteniendo una calificación en el nivel “*SUPERIOR*”, por haber obtenido como resultado en la evaluación final 1200 puntos (Fl. 39-42 C. Ppal); así mismo, fueron aportados los Formularios 2 de Seguimiento del período referido, en los cuales se consignan anotaciones bajo los títulos de “*COMPROMISO INSTITUCIONAL*”, “*DOMINIO Y CONOCIMIENTO DE SU TRABAJO*”, “*DISPOSICIÓN PARA EL SERVICIO*”, “*DESTREZA EN EL EMPLEO Y CONSERVACIÓN DE LOS BIENES A SU CARGO*”, “*RELACIONES INTERPERSONALES*”, “*ACATAMIENTO DE NORMAS*”, “*TRABAJO EN EQUIPO*” y “*DISCIPLINA POLICIAL*”, las cuales refieren a su desempeño como integrante del esquema de seguridad policial del Gobernador del Cauca, acompañando al mismo en sus desplazamientos dentro y fuera de la ciudad en procura de su protección en calidad de escolta. (Fl. 26-38 C. Ppal).
- También fueron aportados los formularios de seguimiento y evaluación de los años 1991 a 2007, en los que se registran anotaciones en el mismo sentido y calificaciones satisfactorias (Fl. 43-146 C. Ppal)

5.2 Análisis de la Sala

Si bien en otras oportunidades esta Sala, al estudiar asuntos similares, ha resuelto negar las pretensiones de la demanda¹¹, ello ha obedecido a que, contrario a lo ocurrido en el presente caso, o bien no se logra demostrar el nexo causal entre el retiro del servicio y los hechos

¹¹ Particularmente, en la sentencia No. 041 del 23 de mayo de 2013, exp. 2005-00879 demandante: PT ®Julián Andrés García.

materia de la indagación o investigación disciplinaria, o simplemente no se acredita la existencia de la investigación, y tampoco se prueba el desempeño del servidor en el tiempo inmediatamente anterior al retiro.

En el caso concreto el material probatorio, permite a la Sala arribar a la conclusión de que, en cuanto hace a la situación del demandante, la Resolución No. 05275 de 28 de noviembre de 2008, por medio del cual se retiró del servicio a un personal de la Policía Nacional, se dictó con fines distintos al buen servicio, de modo que habrá lugar a confirmar la sentencia de primera instancia que concedió las pretensiones, por las siguientes razones:

Con base en el informe de **17 de noviembre de 2008** del Comandante del Departamento de Policía Cauca, se puso en conocimiento del área disciplinaria los hechos ocurridos el día 12 de noviembre de 2008, en los cuales el actor se enfrentó a varios sujetos para salvaguardar la vida de su esposa que se encontraba a la salida de una captadora ilegal de dinero “*DRFE*”, hechos por los cuales se solicitó se iniciara una investigación disciplinaria; la autoridad disciplinaria dio apertura a una indagación preliminar con el propósito de determinar la realidad del hecho y los posibles responsables, a la cual previo informe rendido por el demandante, vinculó el 20 de noviembre de 2008 a algunos policiales, y posteriormente el 5 de diciembre del mismo año, al actor, procediendo durante dicho trámite, el **28 de noviembre de 2008**, el Director General de la Policía Nacional con fundamento en la recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación, a disponer el retiro del servicio del actor.

Ahora, debe precisar la Sala que la sola constatación de la proximidad entre las situaciones antes expuestas, no implica per se que la decisión de retirar del servicio al actor por voluntad discrecional con base en la recomendación de la junta de evaluación y clasificación, haya ocurrido con desviación de las atribuciones del funcionario nominador, pues como se ha señalado en esta sentencia, la administración puede válidamente escoger entre el retiro discrecional por razones del buen servicio o llevar hasta el final un proceso de carácter disciplinario, siempre que los hechos sean de una entidad tal que justifique la medida de retiro por afectar el servicio y la actividad funcional de la entidad.

No obstante, considera la Sala que en el sub examine, el análisis conjunto de la situación que antecedió al retiro del actor, su desempeño durante el tiempo inmediatamente anterior a su desvinculación y el resultado final de la indagación preliminar, ponen en evidencia en este caso en particular que la aplicación de la facultad discrecional de retiro no consultó el interés general ni contribuyó al mejoramiento del servicio.

Como se advirtió, la indagación disciplinaria obedeció a presuntos actos irregulares informados por el Comandante del Departamento de Policía Cauca, actos en los cuales no se logró demostrar falta disciplinaria alguna por parte del demandante, y de ahí el auto de terminación dictado por el Jefe Oficina Control Disciplinario Interno DECAU; de manera que tales hechos no podían servir de base a la decisión de retiro al amparo de la facultad discrecional, pues si no fueron cometidos por aquél, menos puede sostenerse, con base en los mismos, que su permanencia en la institución afectara el servicio o la actividad funcional de ésta.

No aparece adecuada a los fines del ejercicio de la facultad discrecional, ni proporcional a los hechos que le sirven de causa, la decisión de retirar del servicio al actor, cuando pudo optar por una medida precautelativa de suspensión mientras adelantaba la investigación.

Así, encuentra la Sala que de no haber sido el actor objeto de investigación disciplinaria por los hechos referidos, frente a los cuales no se logró demostrar irregularidad, el demandante habría seguido vinculado a la Policía Nacional y entonces, la aplicación de la causal de retiro por voluntad de la dirección general en este caso, terminó por convertirse en una decisión precipitada y violatoria de las garantías constitucionales, pues, se reitera, los hechos que sirvieron de fundamento a la misma no fueron demostrados; lo anterior permite concluir que no fueron precisamente razones del servicio las que inspiraron la expedición de acto demandado.

En este punto debe insistirse, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de cierre, que la utilización concomitante o sucesiva de la facultad discrecional y del diligenciamiento disciplinario sólo procede cuando el hecho en que incurre el servidor afecta el servicio, afectación que debe ser evidente, de modo que se advierta sin dificultad y justifique la medida, pues lo contrario, esto es, hacer uso de la facultad discrecional, cuando no sea real y evidente la afectación al servicio con el hecho materia de investigación, termina deslegitimándose el sentido de la facultad discrecional para en cambio convertirse en una forma de responsabilidad objetiva, porque es presupuesto para configurar la falta disciplinaria la imputación a título de dolo o culpa y el uso del poder discrecional en la forma anotada, soslaya la demostración de tales elementos¹².

Es del caso referir, que en un asunto similar al aquí planteado, este Tribunal Administrativo dentro un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, declaró la nulidad de un acto administrativo que dispuso el retiro del servicio activo de la Policía Nacional de un Patrullero emitido en ejercicio de la facultad discrecional, al encontrar que el mismo había sido emitido con desviación de poder en tanto la decisión del retiro bajo dicha facultad, no consultó al interés general, ni contribuyó al mejoramiento del servicio, indicándose: *“si la entidad no tenía certeza sobre la ocurrencia de los hechos base de la indagación y de la consecuente medida discrecional, lo que traduce su inexistencia desde el punto de vista jurídico, para la Sala es claro que los mismos no podían servir de base a la decisión de retiro al amparo de la facultad discrecional, si no hubo afectación del servicio ni de la actividad funcional de la institución”*.¹³

En conclusión, la Sala confirmará la decisión del A quo en cuanto que concedió las pretensiones de la demanda, pues está demostrado que la Resolución No. 05275 de 28 de noviembre 2008, en relación con el servicio al actor, no satisfizo el cometido superior del interés general, ni estuvo justificada bajo el concepto de mejoramiento del servicio.

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

¹² C.E. Sección Segunda, Subsección A, CP: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 18 de febrero de 2010, Radicación número: 76001-23-31-000-2002-03579-01(0205-08).

¹³ Sentencia Radicado: 19001-33-31-008-2005-01058-01, Demandante: Carlos Alberto Jiménez López, Demandado: Policía Nacional. MP. Dra. Carmen Amparo Ponce Delgado

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR, la sentencia del 07 de diciembre de 2011, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán dentro del proceso que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor **Olman Albeiro Caicedo Camilo** contra la **Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional**, conforme las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al Juzgado que por reparto le corresponda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia. El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

Los Magistrados

CARMEN AMPARO PONCE DELGADO

PEDRO JAVIER BOLAÑOS ANDRADE

MAGNOLIA CORTES CARDOZO