JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SANTA MARTA

Santa Marta, treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Accionante	**MARVIN CORVACHO MIRANDA.**
Accionado	**NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL.**
Radicación	**47001-3333-004-2014-00187-000**

Evacuadas las etapas procesales y conforme lo establece el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 y al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia que corresponda.

1. ANTECEDENTES

El señor MARVIN CORVACHO MIRANDA, impetro demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra de la Nación – Ministerio De Defensa – Policía Nacional, tendiente a obtener de esta jurisdicción las declaraciones y condenas que se pasan a resumir:

1.1 Pretensiones.

1. Que se declare la nulidad de la resolución número 00785 calendada 26 de febrero de 2014, mediante la cual e Director general de la policía nacional ordenó el retiro del servicio activo de la policía nacional al demandante.

2. Que a título del restablecimiento del derecho, se condene a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Comando De Policía Del Magdalena a reintegrar a mi mandante, el señor MARVIN CORVACHO MIRANDA, al cargo de patrullero adscrito al Comando De Policía Del Magdalena o en otro de igual o superior categoría, funciones y remuneración.

3. Que de conformidad con tal declaración de nulidad del acto acusado, se declare que no ha habido solución de continuidad ni interrupción en el servicio que al momento de su retiro venia prestando el PT CORVACHO MIRANDA y se condene a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Comando De Policía Del Magdalena, a pagarle en la forma actualizada que establece el CPACA, todos los salarios y emolumentos que aquel dejo de recibir desde la fecha de su retiro hasta la fecha que se dé cumplimiento al fallo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que así lo disponga, tal como lo prevé la misma ley.

4. Que se condene a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Comando De Policía Del Magdalena, al pago de los perjuicios molares subjetivos o "pretium doloris" causados al PT CORVACHO

MIRANDA, como consecuencia del ilegal retiro del servicio, por una suma equivalente a cien salarios mínimos o a la suma más alta que la jurisprudencialmente fije el consejo de estado.

5. Se condene a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Comando De Policía Del Magdalena, al pago de los perjuicios morales objetivados: daño a la vida de relación ocasionados al patrullero CORVACHO MIRANDA como consecuencia del ilegal retiro del servicio, por una suma de cien salarios minimitos legales vigentes.

1.2 Fundamentos de hecho.

Los hechos, que son materia de debate, fueron los establecidos en audiencia inicial, llevada a cabo el 23 de Julio de 2015, tales hechos pueden sintetizarse así:

1. Que el señor MARVIN CORVACHO MIRANDA ingresó a la Policía Nacional en el año 2008.
2. Que el día 02 de febrero de 2014 fue capturado por la presunta comisión del delito de hurto agravado y porte ilegal de arma de fuego.
3. Que mediante resolución N°000785 de fecha 226 de febrero de 2014 el director general de la policía nacional retiro del servicio activo al señor Marvin Corvacho Miranda.
4. Que al momento de la desvinculación del actor devengaba como salario un millón ciento treinta mil pesos mensuales ($1.130.000).

1.3 Fundamentos de derecho.

La parte demandante invocó como fundamentos de derecho las siguientes normas: los artículos 138 del CPACA, 161, 162 164, 165, de la ley 1437 de 2011, esto es se dirigía contra un acto administrativo de carácter particular, con solicitud de restablecimiento del derecho e indemnización de perjuicios, artículos 16 de la ley 446 de 98, artículos 69 numerales 1 y 3 y artículo 90 de la constitución política y articulo 13 de la ley 1285 de 2009.

1.4 Trámite procesal.

Al proceso se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario surtiéndose las etapas que se mencionan a continuación:

AUTO ADMISORIO	GASTOS PROCESALES	CONST. NOTIF A LAS DEMANDADAS	CONTESTACION de DEMANDA	AUTO FIJA FECHA	AUDIENCIA INICIAL	AUDIENCIA DE PRUEBAS
De fecha 21 de Octubre de 2014. Folios 42. Publicado en estado 53 del 05 de diciembre de 2014.	Mediante memorial radicado en la secretaría de este despacho el 19 de diciembre de 2014. el apoderado de los actores aportó los gastos procesales (f.44-45)	♦Oficios de Notificaciones. acuso de recibido y envío físico del traslado de la demanda por parte de la accionada, agente del ministerio público y Agencia de Defensa Jurídica del Estado. (f.46-53)	La Nación. Ministerio de Defensa, Policía Nacional contestaron la demanda. (f. 57-68).	Mediante proveído del 29 de mayo de 2015 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial. Se notificó en estado del junio de 2015. Se libraron las citaciones visibles a folio 436-439.	El 23 de julio de 2015, se llevó a cabo la audiencia inicial en cumplimiento a lo normado en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, de acuerdo al acta, obrante a folios 440-442.	Conforme lo dispone el artículo 181. se realizó la audiencia de pruebas el día 29 de septiembre de 2015. como se hace constar en acta incorporado en debida forma al expediente, obrantes a folios 461-462.

1.5 Audiencia inicial

El señor Juez instalo audiencia el día y la hora señalada en auto de fecha 29 de mayo de 2015, dentro del proceso de la referencia.

La demanda fue presentada en debida forma, reuniendo todos los requisitos preceptuados en la Norma.

La parte accionada no presento excepciones previas.

La parte demandante se ratifica en la totalidad de los hechos de la demanda y las pretensiones expuestas. Así mismo, la parte demandada no acepta ni niega los hechos de la demanda simplemente se atienen a las pruebas que obren en el paginario.

Procede el señor Juez a emitir un resumen de los hechos del litigio despojados de cualquier valoración de índole subjetivo y normativo.

1.5.1 Problema jurídico

En el desarrollo de la audiencia inicial se planteó como problema jurídico los siguientes aspectos:

- Debe establecerse si la resolución N°000785 de fecha 226 de febrero de 2014 por medio del cual el Director General de la Policía Nacional retiro del Servicio activo al señor Marvin Corvacho Miranda, se encuentra ajustado a la normatividad.

1.5.2 Decreto de pruebas

- **Pruebas aportadas por la parte actora.**

Documentales

En el curso de la audiencia inicial se allegaron por parte del accionante y se les dio valor probatorio a las siguientes pruebas:

- Resolución No. 00785 del 26 de febrero de 2014 por la cual se retira del servicio activo a un patrullero de la Policía Nacional. **FOLIO 10-17.**
- Solicitud de copias auténticas de acto administrativo rad P MEPSAN-2014-15. **FOLIO 34-36.**
- Solicitud reiterando las copias auténticas de acto administrativo rad P MEPSAN-2014-19. **FOLIO 37-39.**
- Oficio No. S-2014-001626/MESAN-CODIN-23.27 enviado por el Funcionario Oficina Control Disciplinario Interno MESAN al señor ALEX ALBERTO FERNANDEZ HARDING dándole respuesta a su solicitud. auténticas de acto administrativo rad P MEPSAN-2014-15. **FOLIO 40.**

- **Pruebas aportadas por la PARTE DEMANDADA**

Documentales

La parte demandada contesto la demanda, y aporto los anexos administrativos del señor PATRULLERO CORVACHO MIRANDA MARVIN desde el momento que ingreso a la policía en 365 folios. Los cuales se pueden apreciar en el expediente del folio 76 a 433 del expediente.

Frente a los anteriores documentos los mismos serán tenidos por ser conducentes pertinentes y útiles.

➢ **PRUEBAS DECRETADAS DE OFICIO POR PARTE DEL DESPACHO**

1. Oficiar al Comando De Policía Metropolitana De Santa Marta Y Al Comando De Policía Departamental Del Magdalena, para que se sirva remitir con destino a este proceso certificación en la que conste sí está cursando en la actualidad investigación disciplinaria contra el señor MARVIN CORVACHO MIRANDA por los hechos consignados en la resolución 00785 del 26 de febrero del 2014, de ser afirmativa la respuesta deberán remitir dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de los correspondientes oficios copias autenticadas de la totalidad del expediente disciplinario.

2. De igual manera se ordenara en escuchar en declaración jurada a los señores patrulleros integrantes del cuadrante No. 8, en especial al PATRULLERO MALDONADO, que para fecha 16 de febrero del 2014 capturaron a los señores MARVIN CORVACHOM MIRANDA Y DEL SEÑOR EDWIN GELVEZ GOMEZ.

1.6 Audiencia de pruebas

Se les dio valor probatorio a los documentos visibles a folios 9-81, y a los allegados con el escrito de la corrección los documentos visibles a folios 86-158.

De las pruebas oficiosas solicitadas por el Juez se recaudaron las siguientes:

De las pruebas documentales recaudadas:

1. A folio 451-542 obra el respetivo memorial suscrito por el apoderado de la policía nacional CARLOS ANDRES LOPEZ SALAMANCA, en el cual señala los nombres de los patrulleros **EDWIN FERNEY SANCHEZ MAYORGA Y JOHAN MALDONADO LOZANO** que hicieron parte del cuadrante No. 8 el día 16 de febrero del 2014.

2. A folio 1 a 243 del segundo cuaderno, obra oficio No. S2015-013773/MESAN-CODIN-41.8 de fecha 19 de agosto del 2015, en el cual la policía nacional da cumplimiento a lo ordeno en el oficio 614 del 10 de agosto del 2015. en el cual se le ordeno 9 de agosto del 2015, y remite copia del proceso disciplinario radicado MESAN-2014-19 que se adelantó por la jefatura contra el patrullero MARVIN CORVACHO MIRANDA. EN 217 FOLIOS UTILES.

3. **A folio 243 a 414** la Fiscalía General De La Nación a través del fiscal 12 seccional, da cumplimiento a la orden impartida en el oficio 612 del 10 de agosto del 2015, en el cual se ordena a la FISCLAIA 20 SECCIONAL VIDA DE SANTA MARTA MAGDALENA remitir con destino a este proceso copia de la investigación penal adelantada contra el señor MARVIN CORVACHO MIRANDA.

Recaudo de prueba testimoniales

Frente a las declaraciones de los patrulleros **JOHAN MALDONADO LOZANO y EDWIN FERNEY SANCHEZ MAYORGA**, los mismos no comparecieron a la audiencia de pruebas pese haber sido citados. El apoderado de la entidad demandada manifestó que los señores JOHAN MALDONADO LOZANO y EDWIN FERNEY SANCHEZ MAYORGA que se encuentran privados de la libertad, pues uno está en el establecimiento penitenciario de Rodrigo de bastidas y el otro en fue trasladado a la ciudad de Bogotá. En atención a lo señalado por el apoderado de la Policía Nacional el señor Juez dentro de los minutos 12.01 a 13.44 señalo que no se

insistiría en testimonios de los señores JOHAN MALDONADO LOZANO y EDWIN FERNEY SANCHEZ MAYORGA

A continuación se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento por considerarse innecesaria la práctica de la misma y en su lugar ordenó correr traslado a las partes por el término común de 10 días para que presentaran por escritos sus alegatos de conclusión.

Alegaciones

La parte actora solicitó acceder a las pretensiones de la demanda, para lo cual efectuó una reseña de diversos pronunciamientos del H. Consejo de Estado relacionados con la faculta de retiro discrecional y finalizo señalando la obligatoriedad el precedente judicial.

La parte demandada NACION- MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL afirma el acto administrativo cuya nulidad se pretende se expidió de conformidad con la Constitución y el ordenamiento jurídico vigente, y en ejercicio de la facultad discrecional. Es lo cual solicita no se accedan a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

En el subexamine. su objetivo es que se declare la nulidad de la resolución No. 00785 de fecha 26 de febrero de 2014, expedida por el señor Director General de la Policía, mediante la cual se retiró del servicio activo al señor MARVIN CORVACHO MIRANDA.

Teniendo en cuenta los hechos. pretensiones y demás argumentos esbozados en la audiencia inicial se planteó el siguiente problema jurídico el cual consintió en:

- Debe establecerse si la resolución N°000785 de fecha 226 de febrero de 2014 por medio del cual el director general de la policía nacional retiro del servicio activo al señor Marvin Corvacho Miranda se encuentra ajustado a la normatividad.

- **HECHOS PROBADOS**

Tiendo en cuenta la relación de pruebas allegadas al proceso se puede establecer con claridad que se encuentran probados los siguientes supuestos fácticos:

- Que el señor MARVIN CORVACHO MIRANDA ingreso a la Policía Nacional en el año 2008.

- Que el día 02 de febrero de 2014 fue capturado por la presunta comisión del delito de hurto calificado y agravado en grado de tentativa en concurso con tráfico, fabricación o porte de armas de fuego o municiones.

- Que mediante resolución N°000785 de fecha 26 de febrero de 2014 el Director General de la Policía Nacional retiro del servicio activo al señor Marvin Corvacho Miranda, previa recomendación de la junta de evaluación.

- Que el señor MARVIN CORVACHO MIRANDA, fue sancionado disciplinariamente con destitución del cargo e inhabilidad por 12 años, mediante acto administrativo proferido el día 11 de agosto de 2014, por la Oficina de Control interno Disciplinario de la Policía Metropolitana de Santa Marta, la cual quedó en firme en la misma fecha, al no haber sido recurrida.

Habiéndose señalado los hechos probado en el proceso, corresponde al despacho formular la tesis que brindará respuesta a los problemas jurídicos planteados.

- **Tesis del despacho**

Teniendo en cuenta los hechos probados en el presente asunto, resulta incuestionable para este Despacho que el acto administrativo enjuiciado se ajusta a la legalidad y por ende habrá lugar a negar las suplicas de la demanda, como quiera que el retiro del señor MARVIN CORVACHO MIRANDA obedeció al ejercicio de la facultad discrecional, la cual se empleó conforme a los fines previstos en la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, como quiera que el demandante fue capturado y sobre él recayó una investigación penal por hechos de extrema gravedad relacionados con la prestación del servicio de policía, pues con ella se está salvaguardando la imagen pública, la moralidad, la confianza de los civiles para con la Institución Policial cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. Entonces no resulta de recibo que en una entidad como la Policía Nacional, el personal sea requerido por delitos en extremo graves, pues claramente ello genera desconfianza en la sociedad y contribuye a la pérdida de credibilidad y autoridad institucional.

Para sustentar la anterior tesis, el despacho deberá examinar el marco normativo y jurisprudencial aplicable a la contención.

Así las cosas, se tiene que el Decreto 1791 de 14 de septiembre de 2000, publicado en el Diario oficial 44.161, de 14 de septiembre de 2000, por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional., en su artículo 54 referente al retiro del personal, el que a su vez fue modificado por el Artículo 1° de la Ley 857 de 2003 y por la Sentencia C-253 de 2003, disponía lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 54. RETIRO. Es la situación por la cual el personal uniformado. sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.*
>
> *El retiro de los oficiales se hará por decreto del Gobierno; y el del nivel ejecutivo, suboficiales y agentes, por resolución ministerial. facultad que podrá delegarse en el Director General de la Policía Nacional.*
>
> *El retiro de los oficiales deberá someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de Oficiales Generales y en los demás grados en los casos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, no superar la escala de medición del Decreto de evaluación del desempeño o muerte."*

Este artículo tal y como se mencionó con anterioridad fue modificado por el artículo 1° de la Ley 857 de 2003, que reza:

> *"ARTÍCULO 1o. RETIRO. El retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional. es la situación por la cual este personal, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.*
>
> *El retiro de los Oficiales se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional. El ejercicio de esta facultad, podrá ser delegada en el Ministro de Defensa Nacional hasta el grado de Teniente Coronel.*

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

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

Con las modificaciones introducidas por el artículo arriba mencionado y de acuerdo con lo dispuesto por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-253 de 2003 la que en sus considerandos expresó que *'El presidente de la República no puede modificar, adicionar o derogar decretos distintos a los establecidos expresamente en el artículo 2 de la Ley 578 de 2000'*, dieron como consecuencia que el artículo 54 quedara con el siguiente texto:

"ARTÍCULO 54. RETIRO. Es la situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.

El retiro se hará del nivel ejecutivo, y agentes, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Director General de la Policía Nacional."

Por su parte el artículo 55 del Decreto 1791 de 14 de septiembre de 2000, frente a las causales de retiro determinaba lo siguiente:

"ARTÍCULO 55. CAUSALES DE RETIRO. El retiro se produce por las siguientes causales:
...
6. Por voluntad del Gobierno para oficiales y del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo, los suboficiales y los agentes.
..."

Este artículo con las modificaciones e inexequibilidades declaradas en la Sentencia C-253 de 2003, quedó del siguiente tenor:

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

6. Por voluntad del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo, y los agentes.
..."

El mismo Decreto 1790 de 14 de septiembre de 2000 en su artículo 62 dispuso todo lo relacionado con el retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, el mismo también fue modificado en este caso por el artículo 4° de la Ley 857 de 2003 y por la Sentencia C-253 de 2003, y que en su texto determinaba:

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

Este artículo fue modificado por el Artículo 4° de la Ley 857 de 2003, el que en su tenor literal reza:

"ARTÍCULO 4o. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL. Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional para el caso de los Suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los Suboficiales."

El anterior artículo y lo dispuesto por la Sentencia C-253 de 2003, determinaron que el texto final del artículo 62 del Decreto 1791 de 2000 quedaría así:

> *"ARTÍCULO 62. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO, O DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL. 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."*

Es decir, que en este cuerpo normativo citado, se asigna al Director General de la Policía Nacional, la facultad de separar o retirar voluntariamente al personal del nivel ejecutivo y agentes, en virtud del ejercicio de la facultad discrecional.

Respecto de la motivación de la resolución mediante la cual se retira del servicio a los actores y que estos acusan de encubrir una responsabilidad objetiva por el hecho de existir en su contra un proceso penal, es claro que las normas citadas autorizan y facultan de manera expresa al Director General de la Policía Nacional, para retirar del servicio a los agentes de policía por voluntad de dicho funcionario por razones del servicio previa recomendación de la junta de evaluación y clasificación respectiva, por lo que el acto demandado, en lo relativo a su forma de expedición y contenido se ajusta en un todo a las normas legales arriba citadas.

No obstante lo anterior, debe indicar el despacho, tal como reiteradamente lo tiene averiguado la Honorable Corte Constitucional, la facultad discrecional que les asiste a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional para efectuar el retiro por razones del servicio de sus miembros no es absoluta, así en sentencia T-1168 de 2011, la citada Corporación señaló lo siguiente:

> *"La facultad discrecional para disponer por razones del servicio el retiro de los miembros de la Policía Nacional está regulada por la Ley 857 del 2003[1] en los siguientes términos:*
>
> *"ARTÍCULO 4º. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL. **Por razones del servicio** y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional para el caso de los Suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, cuando se trate de oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los suboficiales.*
>
> *El ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo podrá ser delegado en el Ministro de Defensa Nacional, para el caso de los Oficiales hasta el grado de Teniente Coronel y en los Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación para el caso de los suboficiales bajo su mando, observando el procedimiento que sobre el particular se señale en cuanto a composición y recomendaciones en el evento de tal delegación respecto de la Junta Asesora y de Evaluación y Clasificación de que trata el inciso anterior.*
>
> *PARAGRAFO 1º. La facultad delegada en los Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamento de Policía y Directores de las Escuelas de Formación a que se refiere el inciso anterior se aplicará para los casos de retiro del personal Nivel Ejecutivo y agentes bajo su mando, a que se refiere el artículo 62 del Decreto-ley 1791 de 2000" (Resalta la Sala).*
>
> *De esta forma, la mencionada ley le otorga facultad para el retiro discrecional por razones del servicio al Gobierno, en el caso de los oficiales, y al Director General de la Policía, para el caso de los suboficiales, pudiendo este último delegar la función a Directores de la Dirección General, Comandantes, entre otros, para el retiro del personal nivel ejecutivo y agentes, siempre que exista previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, cuando se trate de oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación, cuando se trate de suboficiales, personal nivel ejecutivo y agentes.*
>
> *En los debates surtidos para la expedición de este artículo, se argumentó a su favor que la facultad discrecional había sido avalada por esta Corporación en anterior oportunidad[2] y que comoquiera que la norma que regía este mismo supuesto fue declarada inconstitucional[3] por razones de forma y no de fondo,*

[1] *"Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional. . ".*
[2] C-525-95
[3] C-253-03

entonces el trámite de la ley era para subsanar esa falencia. Se señaló así que "la Corte Constitucional, en la Sentencia C-525 de 1995 argumenta, en su jurisprudencia, la exequibilidad de la facultad discrecional del Gobierno Nacional para el retiro de Oficiales (artículo 12 Decreto 573 de 1995), la cual es incluida en este artículo al haber sido declarada inexequible dentro del Decreto-ley 1791 del 2000, por falta de facultades extraordinarias y no por su objeto[4]"[5].

No obstante, algunos legisladores en las discusiones realizadas acerca de este artículo manifestaron el riesgo de que la mencionada discrecionalidad se tornara en arbitrariedad, exponiendo así que "esas facultades es de analizar, dónde se da la discrecionalidad también son facultades absolutamente contradictorias al debido proceso y a la posibilidad de defensa de la policía (sic)" (Resalta la Sala).

Esta inquietud, entre otras, presentada ante esta Corporación, fue estudiada mediante sentencia de constitucionalidad C-179 de 2006 por medio de la cual se declaró la exequibilidad de la norma mencionada partiendo del supuesto de que si bien para la consecución del objetivo que debe desarrollar la Policía Nacional[6] es necesario que el régimen de carrera de sus funcionarios posea cierta flexibilidad[7], ello no conduce al desconocimiento de los principios constitucionales.

Esta Corporación consideró que la norma demandada permite el cumplimiento de los fines del Estado, pero que la potestad atribuida no es absoluta, pues no existen poderes ilimitados en un Estado Social de Derecho y precisamente la orientación a un fin específico es la que permite que los actos proferidos por las autoridades públicas en ejercicio de sus competencias legales sean controlables.

"La discrecionalidad no es otra cosa que una facultad más amplia que se concede por la ley a una autoridad para que ante situaciones específicas normadas explícitamente pueda acudir a una estimación particular atendiendo las circunstancias singulares del caso concreto" (Resalta la Sala).

La existencia de la facultad discrecional del Gobierno y del Director General de la Policía Nacional para el retiro del personal de oficiales y suboficiales, nivel ejecutivo y agentes de la Policía Nacional, respectivamente, es asignada por la ley. Esta competencia está limitada para ser ejercida respecto de unos miembros determinados, -personal activo de la Policía Nacional- previo el concepto de la correspondiente Junta, para la obtención de una finalidad específica, esto es, por razones del servicio y atendiendo las circunstancias del caso concreto.

De este modo, no se trata de una discrecionalidad al margen de la ley, sino todo lo contrario, es precisamente en virtud de la ley y en la medida en que ella dispone que puede ser ejercida.

Partiendo de lo expuesto, se determinó como fundamento[8] de la declaración de exequibilidad que "la discrecionalidad está justificada en las razones del servicio y en el concepto de la Junta respectiva".

---

[4] Gaceta del Congreso 466 de 2003 página 9.

[5] La sentencia de constitucionalidad C-253-03 declaró inexequible la siguiente disposición normativa en razón a la falta de competencia del presidente en su expedición. examen que de entrada excluye el análisis material de las disposiciones objeto de discusión. Las normas del Decreto ley 1791 de 2000 disponían:
"Artículo 62: RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO, O DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL. Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los oficiales o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación del Ministro de Defensa Nacional, para el nivel ejecutivo, los suboficiales y agentes podrán disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional para los oficiales o de Junta de Evaluación y Clasificación respectiva para los demás uniformados.

[6] Artículo 218 de la Constitución Política: *La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.*

[7] C-369-98

[8] La alusión a las razones de la decisión constituye un elemento fundamental en el presente caso, pues se trata de aplicar una norma que ya ha sido objeto de evaluación constitucional por los mismos motivos que se mencionan en el caso puesto a consideración de esta Sala en sede de tutela.

Así, la norma señalad fue demandada en razón a que el accionante consideraba que vulneraba *"...los artículos 1, 13, 25, 29, 53, 217 y 218 de la Constitución Política"*. Dijo el ciudadano que esta norma *"viola abiertamente el debido proceso al facultar a los superiores para que de manera discrecional y sin motivación alguna recomienden el retiro de Oficiales y Suboficiales, con lo cual se avala la arbitrariedad y se introduce un elemento subjetivo que permite aplicar caprichosamente dicha facultad*(Resalta la Sala). Razones que coinciden con los alegatos formulados por los demandantes en esta acción constitucional, los cuales consideran que el derecho al debido proceso fue vulnerado por los respectivos actos administrativos que determinaron el retiro del servicio activo de la Policía Nacional en uso de la facultad discrecional de la norma aludida, comoquiera que en estos, según señalaron, sólo se aludió como fundamento de su retir, tanto por la Junta respectiva como por el Gobierno o el Director General de la Policía, la norma que los facultó a realizar el retiro discrecional.

Está armonía entre el supuesto de hecho base de esta acción constitucional y las razones por las cuales fue estudiada la constitucionalidad de la norma mencionada resulta relevante. Al respecto esta Sala resalta que en providencia de tutela T-292 de 2006 esta Corporación señaló que las razones de la decisión (parte motiva) en que se fundamenta la exequibilidad de una norma, es decir los argumentos que tengan un nexo causal o una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva de la providencia, o lo que se conoce como la *ratio decidendi* constitucional, tiene un carácter vinculante que implica el valor de cosa juzgada constitucional material y la aplicación obligatoria de la argumentación que sirvió de soporte para la decisión, comoquiera que con ello se garantiza la integridad y supremacía de la Norma Superior, pues la interpretación efectuada por la Corte prevalece, por cuanto ella es la guardiana de la Carta y por cuide su interpretación funge como autentica en el ordenamiento jurídico, asegura que las decisiones judiciales se basen en una interpretación uniforme y consistente del sistema jurídico, garantiza la coherencia del sistema (seguridad jurídica) y favorece el respeto a los principios de confianza legítima e igualdad de aplicación en la ley establecidos en la Constitución de la ley.
Determinó que en una sentencia de control abstracto es necesario tener en cuenta *i) la norma objeto de decisión de la Corte, ii) el referente constitucional que sirvió de base a la decisión y iii) el criterio determinante de la decisión*; que la *ratio decidendi* se caracteriza porque *"constituye en sí misma una regla con un grado de especificidad suficientemente claro que permite resolver efectivamente si la norma juzgada se ajusta o no a la Constitución....es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución,... responde al problema jurídico que se plantea en el caso..."* y que *"si la sentencia*

Las razones del servicio deben obedecer a criterios objetivos y razonables sujetos a la finalidad del establecimiento de la Policía Nacional, esto es, la actuación discrecional debe conducir al "mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz"[9], por lo que, en otros términos, "el Comité Evaluador debe verificar si, dentro de estos parámetros, los oficiales, suboficiales y agentes están cumpliendo correctamente con su deber..."[10].

La justificación de la discrecionalidad basada en el concepto de la Junta fue sustentada por esta Corporación aludiendo a la sentencia de constitucionalidad C-525 de 1995[11] por medio de la cual se declaró la constitucionalidad de varias disposiciones normativas que facultaban el retiro discrecional de miembros de la Policía Nacional previa recomendación de un Comité de Evaluación.

De este modo, dijo respecto "del aval previo del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos", que "estos comités tienen a su cargo el examen exhaustivo de los cargos o razones que inducen a la separación -el primero- de oficiales o suboficiales, o de agentes, el segundo. En dichos comités se examina la hoja de vida de la persona cuya separación es propuesta, se verifican los informes de inteligencia o contrainteligencia, así como el 'Grupo Anticorrupción' que opera en la Policía Nacional; hecho este examen, el respectivo comité procede a recomendar que el implicado sea o no retirado de la institución. De todo ello se levanta un acta, y en caso de decidirse la remoción se le notifica al implicado. No se trata pues de un procedimiento arbitrario, sino de una decisión fundamentada en la evaluación hecha por un Comité establecido legalmente para el efecto (Arts. 50 y 52 del Decreto 041 de 1994[12])".

Así, en el caso estudiado en la sentencia C-525 de 1995, se excluyó la arbitrariedad bajo la consideración de que el Comité respectivo evalúa diferentes elementos y con base en ellos toma la decisión, la cual es notificada al afectado.

Igualmente se adujo que "éstos Comités no violan normas fundamentales, como quiera que la discrecionalidad no se asimila a arbitrariedad, ya que tales organismos en el ejercicio de sus funciones, no producen actos de desvinculación del servicio sino que cumple sus deberes de evaluación respetando precisas normas relacionadas con el debido proceso y con la actuación legal de la administración"[13] (Resalta la Sala).

Con respecto a la actuación del Comité la sentencia de constitucionalidad C-564 de 1998, al analizar la exequibilidad del artículo 55[14] del Decreto 041 de 1994, señaló que "...es claro para la Sala Plena, que tales funciones están plenamente regladas, pues el legislador extraordinario fijó las circunstancias de hecho y de derecho que deben ser plenamente observadas por la mencionada autoridad para poder emitir sus conceptos, los cuales, a juicio de la Corte, procuran ser proporcionales a la medida o fin que buscan; por lo tanto, no admiten en su aplicación criterios subjetivos, como quiera que tales elementos de juicio o de valor, deben ser el resultado de la aplicación de un debido proceso administrativo, conforme a una interpretación sistemática e integral de cada atribución, con las reglas y procedimientos definidos en función de la naturaleza de cada facultad, previstos taxativamente en el artículo 55 del decreto 41 de 1994, en armonía con los artículos 24, 82 y 85 del mismo decreto. Es pertinente precisar que en la aplicación y evaluación de las respectivas actuaciones administrativas por parte de este tipo de Comités, se excluyen actividades caprichosas o subjetivas, tal como ya ha tenido oportunidad de manifestarlo esta Corporación en la sentencia C-525 de 1995" (Resalta la Sala).

Apoyada en esos precedentes, esta Corporación señaló en sentencia C-179 de 2006 que la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, cuando se trate de oficiales, o de

---

es de exequibilidad, la ratio decidendi vinculante implicará que el juez no pueda apartarse de la interpretación fijada por la Corte Constitucional para su decisión...", de allí que sea considerado como vía de hecho la omisión en la aplicación del precedente, la cual se configura cuando a la norma base de la decisión se le atribuye *"un sentido o entendimiento contario a aquel que permitió que la disposición permaneciera en el ordenamiento jurídico".*

[9] Artículo 218 de la Constitución Política.

[10] C-525-95

[11] En esta sentencia se analizó la constitucionalidad del artículo 12 del Decreto 573 de 1995 -Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 41 del 10 de enero de 1994, normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional- que señalaba: **Retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional.** Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional o la Dirección General, según el caso, podrán disponer el retiro de los Oficiales y Suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores, establecido en el artículo 50 del Decreto 41 de 1994" y el artículo 11 del Decreto 574 de 1995 -Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 262 del 31 de enero de 1994, normas de carrera del personal de agentes de la Policía Nacional- que establecía: **Retiro por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.** Por razones del servicio y en forma discrecional la Dirección General de la Policía Nacional podrá disponer el retiro de los agentes con cualquier tiempo de servicio, con la sola recomendación previa del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos, establecido en el artículo 52 del Decreto 41 de 1994".

[12] C-179-06, reitera C-525-95.

[13] C-564-98, citada por la C-179-06.

[14] Artículo 55: Funciones del Comité de Evaluación de Suboficiales. Al Comité de evaluación de suboficiales, previo estudio de la hoja de vida y de la trayectoria profesional, en cada caso le corresponde: (..) "4. Recomendar el retiro o la continuidad en el servicio de los suboficiales sometidos a observación o evaluación eventual por conducta deficiente.

la Junta de Evaluación o Clasificación respectiva para los suboficiales "debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en fin en todos los elementos objetivos, y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario".

Así, dicha facultad no significa la extralimitación de atribuciones para desconocer los requisitos de racionalidad y razonabilidad que deben acompañar todo acto discrecional. Se trata entonces de una discrecionalidad basada en la razonabilidad, entendida esta, como "un juicio, raciocinio o idea... conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, es [la] justificaf ción] de una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad".

Según lo expuesto, el acto discrecional "debe tener un mínimo de motivación justificante[15]*, más cuando se trata de una prerrogativa que radica en cabeza de una autoridad pública", ya que potestades ilimitadas ni poderes absolutos existen en un Estado Social de Derecho, de modo que la facultad discrecional a la que se refieren las normas estudiadas no puede considerarse omnímodas, el ejercicio de esa potestad debe estar sustentado en razones objetivas, proporcionales y razonables atendiendo los fines que se persiguen como son el de garantizar la seguridad ciudadana, la seguridad del Estado y la eficiencia y eficacia de la Policía Nacional en aras al interés general.*

Así, "la atribución discrecional que por razones del servicio puede ser utilizada para retirar del servicio a miembros de la Fuerza Pública, no obedece a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes, por el contrario, para el caso 'sub examine' ella queda consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contenciosa administrativa a través de las acciones pertinentes en el caso de desviación o abuso de poder"[16]*.*

El ejercicio de las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo está condicionado al proferimiento de un acto administrativo que provea de elementos de juicio indispensables para el ejercicio de una acción, esto es, que implica que existan en el acto elementos de juicio necesarios que permitan refutar la razón de la determinación del acto, si estos no son evidentes se estaría entonces negando el acceso a la justicia, pues el personal retirado no podría contradecir algo que no ha sido dicho.

La estructura de un acto administrativo discrecional según el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, "debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa", es decir, la realización de este acto implica el proceso racional que permite que un determinado hecho quede subsumido en el postulado fáctico que determina la aplicación de una señalada consecuencia jurídica.

Al respecto esta Corporación señaló en la sentencia C- 525 de 1995, que se encuentran "...en la discrecionalidad dos elementos: uno la adecuación de la decisión a los fines de la norma que autoriza la facultad discrecional, y otro, la proporcionalidad con los hechos que sirvieron de causa. La adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él. Por su parte, la proporcionalidad es con los hechos que le sirven de causa a la decisión, y no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico".

Todo postulado normativo requiere la constatación de un hecho que permita la aplicación de una consecuencia jurídica determinada, así, la facultad discrecional está condicionada a que se cumplan los fines de la norma. La facultad atribuida por el artículo 4 de la Ley 857 de 2003 tiene como fin inmediato el buen servicio, de allí que el retiro debe obedecer a un fundamento fáctico que permita la consecución de la mencionada finalidad.

Es tan esencial la adecuación del contenido discrecional con los fines y la proporcionalidad de los hechos, que se dijo en la sentencia C-179 de 2006 que "tampoco resulta vulnerado el derecho a la 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" [17]*(Resalta la Sala).*

Concluye esta Sala que la razón de la decisión para la declaratoria de exequibilidad de la norma que faculta al Gobierno y al Director de la Policía Nacional para retirar a los miembros de la Policía Nacional de forma discrecional y por razones del servicio, se basó en que la misma norma condiciona su ejercicio a la satisfacción de un objetivo y a la realización previa de una Junta.

---

[15] C-525-95
[16] C-179-06
[17] C-179-06

La finalidad para el ejercicio de este acto discrecional es que debe conducir al mejoramiento del servicio, es decir, al cumplimiento de la función impuesta por la Constitución a la Policía Nacional, lo que se traduce en que el personal de la Policía Nacional esté cumpliendo correctamente su deber.

De esta forma, si bien la norma le concede al Gobierno Nacional y al Director General de la Policía una facultad discrecional para el retiro del personal activo de la Policía Nacional, la misma norma de forma conjuntiva exige que este retiro obedezca a razones del servicio; esta segunda exigencia implica así la manifestación de motivos o argumentos que estén directamente relacionados con el mejoramiento del servicio.

La recomendación de la respectiva junta debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos invocados, en las pruebas que se alleguen, en el examen de la hoja de vida y en todos los elementos objetivos y razonables que permitan concluir que con el retiro del funcionario se cumple el fin para el cual fue instituida la Policía Nacional.

El acto discrecional debe tener así un mínimo de justificación, pues potestades ilimitadas y sin control no tienen cabida en un Estado Social de Derecho, de allí que el acto discrecional debe ser adecuado a los fines de la norma que lo autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. Así, una vez establecido esto, el acto puede ser objeto de control por medio de las acciones proporcionadas por el sistema jurídico para ello, pues en caso contrario resulta dificultoso, por no decir imposible, entrar a atacar una decisión cuyo soporte se desconoce.

Se reitera así, que la motivación, aunque sea mínima, es un elemento indispensable en la realización de este acto discrecional, motivación que es producto de un debido proceso que implica el examen objetivo y razonable por parte de la respectiva junta del supuesto de hecho que permita concluir que la recomendación de retiro y el acto de retiro propiamente dicho contribuyen al cumplimiento de la finalidad de la Policía Nacional, requisito que no se satisface con la mención de la norma que le atribuyó la competencia discrecional, sino que debe obedecer a la adecuación de que trata el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, es decir, a un mínimo de motivación que permite la garantía del derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, derechos constitucionales que el Estado tiene el deber de garantizar".

Visto lo anterior, compete al Juez Contencioso valorar si el acto de retiro discrecional del demandante buscó encubrir una responsabilidad objetiva o sí tal declaración buscó un significativo mejoramiento del servicio mediante la preservación de los principios que rigen la función pública y que se encuentran previstos en el artículo 209 de la Constitución. Para ello, resulta necesario examinar con detenimiento la prueba documental arrimada al proceso.

Dentro de los medios de pruebas allegados al plenario figuran los FORMULARIO DE SEGUIMIENTO de los años 2006. (fl 114-122), 2008 (203-204,212-215), 2009(fl 263-268), 2010 (fl 293-310), 2011 (fl324-346),2012 (fl 358-367), 2013(395-400), correspondientes al señor MARVIN CORVACHO MIRANDA, en los que se puede observar que la gran mayoría poseen felicitaciones y notas positivas; Ahora bien, el hecho que el señor CORVACHO MIRANDA solo tenga anotaciones positivas, no quiere decir, tal como lo ha dicho el Consejo de Estado que posean algún tipo de fuero de estabilidad, más aun cuando de por medio esta la conservación de la imagen pública institucional de la Policía Nacional, pues además de la historia laboral del accionante, fue allegado al Sub examine copia del proceso disciplinario adelantado por la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Policía Metropolitana de Santa Marta la cual mediante proveído del 11 de agosto de 2014, visible de folios 183 a 226 del cuaderno de pruebas, se resolvió responsabilizar disciplinariamente al señor MARVIN CORVACHO MIRANDA y en consecuencia se le impuso sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad general por el termino de doce años.

De igual modo, se allegó copia del proceso penal adelantado contra el señor MARVIN CORVACHO MIRANDA, en desarrollo del cual la Fiscalía General de la Nación le formuló imputación y posteriormente acusación ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, obrante a folio 393 a 394 cuaderno de pruebas, por los delitos de hurto calificado y agravado en grado de tentativa en concurso con tráfico, fabricación o porte de armas de fuego o municiones, y cohecho por dar u ofrecer, delitos estos que son de gran reproche social, máxime si se tiene que el delito de cohecho el cual como sabemos es uno de los punibles que atentan contra la moralidad del función pública, pues recae, ya sea como sujeto activo o en pasivo sobre un servidor público que acepta o pide dadivas para hacer o dejar de hacer determinado acto, dichas conductas en el particular se manifestaron el día 15 de febrero del año 2014 cuando entre la Vía Ciénaga - Santa Marta, dos sujetos en moto asaltaron un vehículo y posteriormente se dieron a la huida, testigos de los hechos informaron que uno de los asaltantes descendió de la motocicleta y abordo un vehículo, vehículo el cual fue interceptado por agentes de

policía cuando era conducido por el señor EDWIN GELVEZ GOMEZ y a bordo se encontraba como copiloto el señor MARVIN CORVACHO MIRANDA, a quienes se les practicó la respectiva requisa y se les encontró en posesión de un arma de fuego sin salvoconducto, acto seguido el señor MARVIN CORVACHO MIRANDA le entrego un fajo de billetes a los policías que realizaron el operativo y manifestaron que les colaborara y posteriormente, les ofreció más dinero.

En este asunto, desde luego no se debate la culpabilidad del uniformado, más aun cuando de las copias del proceso penal arrimado no se puede establecer que haya concluido el proceso penal puesto que la última actuación que se pude observar es que se fijó fecha para la realización del juicio oral en contra del aquí accionante. Ahora el hecho de que el ex policial esté actualmente investigado no lo convierte automáticamente en culpable, ya que en nuestro país tiene cabida el principio de presunción de inocencia, que está consagrado en el artículo 29 de la Constitución. El problema que debe estudiarse es si, resultaba válido, esto es, adecuado y proporcional el ejercicio de la facultad discrecional de manera concomitante con el adelantamiento de la actuación penal y disciplinaria, o si por el contrario se incurrió en desviación de poder.

Sobre el particular, la Sección Segunda del Consejo de Estado tiene averiguado que cuando quiera que se ha de establecer si un retiro del servicio en ejercicio de la facultad discrecional, se encuentra o no ajustado a la legalidad, el juez debe establecer si quien expidió el acto, procedió en el sentido en que lo hizo por tratarse de un típico y legítimo ejercicio de nominación o, si por contrario, lo que se persiguió mediante el retiro fue simplemente juzgar la conducta del servidor desde el ámbito penal o disciplinario, para lo cual debe valorar la necesidad y razonabilidad de la medida, siendo posible ejercitar simultáneamente las mismas, si la conducta afecta clara y gravemente la actividad funcional de la unidad o fuerza a la que se encuentre adscrito el policial. En ese sentido, la Subsección B en sentencia del 8 de marzo de 2012, expediente19001-23-31-000-2002-00256-01(1332-09), con ponencia del consejero GERARDO ARENAS MONSALVE, precisó:

> *"Para la Sala resulta pertinente señalar, en punto de la concurrencia del ejercicio de la facultad discrecional y la disciplinaria, que bien puede la administración hacer uso de la primera de ellas siempre que los hechos que llevan a adoptar tal decisión sean los mismos que dan lugar al ejercicio del diligenciamiento disciplinario, y sólo cuando estos entrañen una grave afectación del servicio. En efecto, se justifica el ejercicio concomitante de la facultad discrecional y la disciplinaria en el evento en que la conducta del oficial o suboficial objeto de la media afecte clara y gravemente la actividad funcional de la unidad o fuerza a la que se encuentre adscrito, lo contrario, esto es, el ejercicio de la facultad discrecional sin que sea evidente tal grado de afectación, por una conducta disciplinable, deslegitima el ejercicio de la facultad discrecional, además de que constituye una especie de responsabilidad objetiva proscrita de manera absoluta en el ordenamiento jurídico colombiano. Así las cosas, estima la Sala que la administración está facultada para que, de manera simultánea, haga uso tanto de la facultad discrecional como la disciplinaria en los casos en que resulta evidente la afectación del servicio para lo cual, deberá verificar cada caso en concreto la necesidad y razonabilidad en la adopción de dicha medida. Sobre el particular está Sección en reciente pronunciamiento sostuvo que*[18]*:*
>
> *"De nuevo, ante la ocurrencia de presuntas irregularidades en el Operativo de 20 de enero de 2003, la facultad de retiro discrecional resultaba viable sólo en la medida en que el hecho evidentemente condujera a una afectación en el servicio, situación que, se reitera, no se da en el presente asunto pues el retiro del accionante, con las calidades y antecedentes anotados, no evidencia la razonabilidad de la medida, y entrevé una sanción en donde se miró el hecho objetivo de una acusación. Esta conclusión, debe resaltarse, tampoco puede llevar a afirmar que en todos los casos en que un hecho sea disciplinable o sancionable penalmente la Institución deba esperarse a que finalice la investigación para retirar al funcionario, pues, se repite, dadas las particularidades del caso y el grado de afectación del servicio, es viable ejercer también la facultad discrecional, siempre y cuando ella sea razonable y proporcional a los hechos que rodean el caso, pues lo contrario sería permitir que decisiones apresuradas tendientes a dar mayor credibilidad pública del servicio prestado por la Policía Nacional implique la violación de los derechos de los afectados y se permita un prejuzgamiento contrario al orden constitucional y legal".*

[18] Sentencia de 25 de noviembre de 2010. Rad. 0938-10. Consejero Ponente. Dr. Víctor Alvarado Ardila.

Así, la jurisprudencia ha decantado que la discrecionalidad se puede ejercitar cuando con ella se busca mejorar el servicio, para ello, se exige que la junta de evaluación y clasificación para suboficiales personal de nivel ejecutivo y agentes, evalué la totalidad de la hoja de vida de los policías que van a ser retirados, tales como llamados de atención, cualquier otra anotación o informes de inteligencia, que pudiese poner en entredicho su idoneidad, moralidad, lealtad, eficiencia y disciplina, y no solo las anotaciones contenidas en los "*formularios de seguimiento*" y "*evaluación del desempeño*".

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

La facultad discrecional puede ser ejercida no sólo como consecuencia de la evaluación del cumplimiento del deber de los funcionarios que la integran sino que también deben examinarse elementos de confianza y moralidad que garantizan la buena prestación del servicio. La eficiente prestación del servicio es una obligación de todo servidor público por lo que la buena conducta, las felicitaciones y la ausencia de sanciones disciplinarias no dan garantía de estabilidad, más aún en el caso de los miembros de la Policía Nacional, pues por la naturaleza de las funciones a ellos conferidas, requieren entre otras virtudes y aptitudes, confianza, dedicación, lealtad, disponibilidad y plena capacidad física e intelectual.

En consecuencia el hecho de que sobre el señor MARVIN CORVACHO MIRANDA haya recaído un proceso penal que aún continua en curso y una investigación disciplinaria que concluyó con sanción de destitución e inhabilidad, por hechos de extrema gravedad relacionados con la prestación del servicio de policía, constituyen un motivo determinante y con ello proporcional para el simultaneo ejercicio de la facultad discrecional, para retirar del servicio a un oficial del servicio activo, pues con ello se está salvaguardando la imagen pública, la moralidad, la confianza de los civiles para con la Institución Policial cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. Entonces no es bien visto que en una entidad como la Policía Nacional, el personal sea requerido por delitos en extremo graves como los citados, pues claramente genera desconfianza y con ello de igual manera pierde credibilidad y autoridad frente a la sociedad.

En consecuencia el retiro del señor MARVIN CORVACHO MIRANDA obedeció al ejercicio de la facultad discrecionalidad, que no es otra cosa que una facultad concedida por la ley para que ante situaciones como la presente pueda acudir a una estimación particular atendiendo las circunstancias singulares del caso concreto como es la prestar un mejor servicio a la comunidad manteniendo la credibilidad y la confianza de los administrados, siendo en consecuencia adecuada a los fines de la norma que la consagra y el ejercicio de la misma proporcional a los hechos que le sirven de fundamento. No puede llegar a pensarse que la garantía de la moralidad, que es un principio fundamental de la función pública, en los términos del artículo 209 superior, pueda considerarse una desviación de poder, así pues si la facultad discrecional se ejercita por razones del servicio, entre ellas asegurar la imagen institucional de la Policía Nacional, tal medida no podrá asimilarse jamás a una sanción de tipo penal o disciplinario, porque por antonomasia la facultad discrecional y la potestad sancionatoria son claramente diferentes.

Por las razones esbozadas, este Despacho negará las suplicas de la demanda al considerar que el retiro del uniformado se produjo bajo preceptos de legalidad y de mejoramiento del servicio que posibilitan en el caso concreto el ejercicio de la facultad discrecional con estricta observancia del principio de proporcionalidad y sobre todo, sin que de ello se deduzca desviación de poder, mucho menos falsa motivación.

Finalmente se aclara que no hay lugar a imponer condena en costas porque la parte vencida no obró con temeridad o mala fe en el curso del proceso, a más que en los términos indicados en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, en armonía con los artículo 164 y 167 ibídem, no figura en el expediente prueba de su causación.

Por lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E:

PRIMERO: Negar las suplicas de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta sentencia, archívese el proceso.

TERCERO: Sin lugar a imponer condena en costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL MARIANO RUMBO MARTINEZ
JUEZ