

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, cuatro (04) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

SENTENCIA No. 220

PROCESO: 76001 33 33 001-2017-00031-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JANNER ENRIQUE MAESTRE DE LEÓN
DEMANDADO: NACIÓN – MIN. DEFENSA - POLICIA NACIONAL

1. ANTECEDENTES

El señor **JANNER ENRIQUE MAESTRE DE LEÓN**, actuando a través de apoderado judicial, instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, con el fin de que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 035 del 09 de marzo de 2016, expedida por el Comandante del Departamento de Policía Valle, por medio de la cual se retiró del servicio activo de la Policía Nacional al demandante, por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, de conformidad con lo establecido en los artículos 55 numeral 6º y 62 del Decreto 1791 de 2000, en concordancia con el artículo 4º parágrafo 1º de la Ley 857 de 2003, la Resolución No. 01445 del 16 de abril de 2014 y siguiendo la recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, mediante Acta No. 071 del 08 de marzo de 2016.

1.2. Que como consecuencia de la declaración anterior; y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reintegrar al demandante al cargo o grado que venía desempeñando o a otro de superior categoría al que desempeñaba al momento de su retiro.

1.3. Que se condene a la entidad accionada a reconocer y pagar a favor del demandante, los salarios, primas, subsidios, vacaciones, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento en que fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional hasta el día de su reintegro.

1.4. Que la suma de dinero que resulte de la anterior condena sea ajustada en su valor, de conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

1.5. Que se declare que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio.

1.6. Que se condene a la entidad accionada a reconocer y pagar a favor del demandante, la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, por concepto de perjuicio por la afectación a sus derechos fundamentales al trabajo, al buen nombre, a la dignidad, al debido proceso y a la libertad, entre otros.

1.7. Que se ordene a entidad accionada a dar cumplimiento al presente fallo, en los términos señalados en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

Expone como relevantes los siguientes:

2. HECHOS

2.1. Que el señor MAESTRE DE LEON JANNER ENRIQUE, ingresó a la Escuela de Policía Antonio Nariño, como alumno del Nivel Ejecutivo el 04 de mayo de 2009, mediante Resolución 000151 del 04 de mayo de 2009; dado de alta como Patrullero mediante Resolución No 03788 del 27 de noviembre de la misma anualidad.

2.2. Que el día 09 de marzo de 2016, fue notificado de su retiro de la Policía Nacional, *"por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional"*, facultad delegada a los señores Comandantes de Departamento de Policía en el respectivo territorio de su jurisdicción, voluntad expresada en la Resolución No. 035 del 09 de marzo de 2016, como acto administrativo definitivo, proferida por el Comandante del Departamento de Policía Valle – DEVAL.

2.3. Que el actor laboró en la Policía Nacional de Colombia y tuvo la siguiente trayectoria: prestó su servicio como Auxiliar de Policía, mediante Resolución No 240 del 12 de agosto del año 2006 con fecha de término 25 de julio de 2007, ingresó a la Escuela de Policía Antonio Nariño como alumno del Nivel Ejecutivo y el 04 de mayo de 2009, mediante Resolución 000151 de la misma data fue dado de alta como Patrullero mediante Resolución No 03788 del 27 de noviembre del mismo año, permaneciendo en la Institución un tiempo acumulado de 7 años, 9 meses y 16 días, y como producto de su permanencia, le fueron reconocidas 18 felicitaciones, 2 Condecoraciones (servicios distinguidos primera y segunda vez) y 2 Menciones Honoríficas (primera y segunda vez).

2.4. Que el actor se desempeñaba como Patrullero en Cartago – Valle, en Vigilancia – Reacción Bancaria y en Palmira donde fue despedido, pero además capturado, prestaba sus servicios como Integrante de Patrulla de Vigilancia en el Modelo Nacional de Vigilancia Comunitaria por Cuadrantes adscrito a la Estación de Policía Palmira del Departamento de Policía del Valle.

2.5. Que durante su vida policial y más concretamente durante los dos últimos años, que son los antecedentes inmediatos a su retiro, el actor observó una conducta intachable y un desempeño excelente en los distintos cargos que se le

encomendaron, como se aprecia fácilmente en las evaluaciones de desempeño y conceptos y anotaciones registradas en su folio de vida (formulario de seguimiento); en su hoja de vida.

2.6. Que el actor no registra antecedentes penales, disciplinarios ni fiscales, durante los cinco años anteriores, para el momento de su injusto retiro.

2.7. Que la entidad accionada le ha causado al actor con la expedición del acto administrativo acusado, además de los perjuicios materiales también daños morales, ya que una vez notificado de la decisión de la administración como es lógico suponer le ocasionó angustia, depresión, ansiedad, desestabilización emocional y familiar.

2.8. Que el desempeño del señor Patrullero JANNER ENRIQUE MAESTRE DE LEÓN, a lo largo de sus 7 años, 9 meses y 15 días al servicio de la Policía Nacional de Colombia, fue impecable, de ello dan cuenta en concreto sus antecedentes MEDIATOS a la decisión, como son sus excelentes evaluaciones del año 2015-2016, y los registros realizados por sus mismos superiores jerárquicos; que demuestran que se trata de un funcionario sobresaliente en todas sus actuaciones, tanto personales como profesionales y en general de una persona ejemplar.

3. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como normas vulneradas citó las siguientes:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1.
- Constitución Política, artículos 2, 13, 21, 25, 29, 53, 93 y 218.
- Ley 1437 de 2011, artículo 44.
- Ley 734 de 2002, artículo 33.
- Ley 857 de 2003, artículo 4º.
- Decreto 1791 de 2000, artículos 22 y 62.
- Decreto 1800 de 2000, artículos 2, 4 y 42.
- Resolución No. 02037 del 07 de junio de 2001.
- Instructivo No. 043 DIPON-OGESI del 23 de abril de 2004.
- Oficio No. 7185 del 02 de septiembre de 2004.

El apoderado judicial de la parte demandante, transcribió las normas antes referidas, con el fin de argumentar que con la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional al momento de expedir el acto administrativo acusado aplicó la facultad discrecional para retirar del servicio activo de la Policía al señor Janner Enrique Maestre De León, sin ninguna clase de prueba, indicio, informe de inteligencia o contrainteligencia que permitiera determinar el verdadero motivo de la decisión.

De este modo, expuso que la decisión de su retiro del servicio activo de la Policía Nacional no se encuentra debidamente motivada, como quiera que los antecedentes que reposan en su folio de vida, dejan entrever que tenía un excelente desempeño laboral, era una persona idónea para ser parte de la

institución y cumplidor de cada una de las funciones asignadas, razones por las cuales considera que el retiro del servicio activo fue arbitrario e injustificado, ya que no se realizó con el ánimo de mejorar el servicio que presta la entidad, pues se omitieron las anotaciones favorables que tenía en sus calificaciones.

Además, argumentó que se vulneró el derecho al debido proceso, en razón a que no conoció las razones o los motivos por los cuales el Comandante del Departamento de Policía de Valle, decidió retirarlo del servicio activo, afirmando de tal forma que el acto acusado está viciado de nulidad por abuso de poder.

Seguidamente, expuso que estas circunstancias demuestran que la expedición del acto de retiro discrecional sin la más mínima justificación, resulta desproporcionado al ejercicio de la facultad discrecional y desconoce las previsiones del artículo 44 del C.P.A.C.A., por lo que se consolida desviación de poder y falta o ausencia de motivación del acto administrativo, más aun si se tiene en cuenta que el Acta de la Junta de Evaluación y Calcificación, no se plasmaron los hechos objetivos que sirvieron de base para recomendar el retiro del demandante de la Institución Policial.

Luego, hizo referencia a diversa jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en donde se estudia la procedibilidad del retiro del servicio activo de la policía Nacional en aplicación de la facultad discrecional.

Finalmente, manifestó que del contenido de la Resolución No 035 del 09 de marzo de 2016, a través del cual se retiró del servicio activo al señor Patrullero de la Policía Nacional JANNER ENRIQUE MAESTRE DE LEÓN, se evidencia que la facultad de retirar del servicio por voluntad del Comando del Departamento, se confundió con arbitrariedad, toda vez, que lo allí consignado no obedece a una racionalidad en el uso de la discrecionalidad, omitiéndose de manera absoluta el análisis juicioso y profundo que debió proceder en la toma de la decisión materializada en la antes dicha Resolución.

Por tanto, en su sentir la omisión de cualquier análisis, y por tanto, la carencia total de motivo justificante debidamente comprobado para la expedición de la Resolución acusada, ponen de presente que la facultad conferida por la ley al Comandante del Departamento de Policía Valle, no se utilizó para el único fin previsto en la ley, es decir, para MEJORAR el servicio, pues se retira que mediante el acto administrativo acusado se retiró del servicio a un policía de excelentes condiciones personales, profesionales, físicas y morales, que además ha tenido un desempeño extraordinario, contrario a ello, el motivo que su retiró corresponde a la investigación adelantada por la Oficina de Control Disciplinario – DEVAL.

Explica ampliamente el concepto de la violación.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada, Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a través de apoderado judicial contestó oportunamente la demanda, mediante escrito

glosado a folios 239 a 244 del expediente, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando para ello que el acto administrativo acusado se expidió con fundamento en lo previsto en el Decreto 1791 de 2000, que consagra como una causal de retiro del servicio activo la denominada como: "*voluntad de la Dirección General*", que consiste en una facultad otorgada al nominador para retirar por razones de mejoramiento y optimización del servicio, facultad que tiene una naturaleza discrecional, por lo que el nominador no está obligado a expresar los motivos que determinaron el retiro.

Así mismo, expuso que durante el procedimiento administrativo no se vulneró el derecho al debido proceso, como quiera que el acto acusado se elaboró conforme al ordenamiento jurídico y buscando el mejoramiento y la optimización del servicio, amén de que se argumentó jurídicamente para efectos de justificar el retiro de la Institución, por lo que su buena conducta, la excelente prestación del servicio, la idoneidad, lealtad, honradez, absoluta disciplina y responsabilidad, con componentes propios de un policial, lo que conlleva a firmar que todos los miembros de la Policía Nacional deben estar en la obligación de adoptar un comportamiento sujeto a principios y valores éticos y morales, por lo que es normal que el demandante refleje dicho comportamiento aún más cuando este es el mínimo esperado por la comunidad.

De otro lado, manifestó que en el caso bajo estudio no hay una falta de motivación, desviación de poder o falsa motivación, ya que el hecho de que el demandante se encuentre inmerso en una investigación de tipo penal, este no fue el hecho generador de su retiro, tal como se pretende hacer ver la parte actora en sus argumentos, pues se reitera que esta decisión obedece a razones del servicio.

En este orden de ideas, propuso como excepciones las denominadas: "*inepta demanda, acto ajustado a la Constitución y a la Ley, genérica y cobro de lo no debido*". La primera de las mencionadas fue resuelta en forma desfavorable en audiencia inicial celebrada el 19 de marzo de 2019¹.

5. TRÁMITE DEL PROCESO

Se surtió el trámite respectivo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo así, una vez admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 174 del 22 de febrero de 2017², resuelta la medida cautelar de suspensión provisional mediante Auto Interlocutorio No. 837 del 22 de octubre de 2017³, llevadas a cabo las notificaciones respectivas a los sujetos procesales en debida forma, se cumplió con la audiencia inicial de que trata el artículo 180 ibídem en la cual no hubo lugar a efectuar saneamiento alguno y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes⁴. La audiencia de pruebas se celebró los días 20 de junio de 2019⁵ y 16 de agosto de 2019⁶. En esta última diligencia se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y

¹ Folios 448 a 450 del expediente.

² Folio 223 del expediente.

³ Folios 430 a 431 del expediente.

⁴ Folios 448 a 450 del expediente.

⁵ Folios 503 a 506 del expediente.

⁶ Folios 509 a 510 del expediente.

juzgamiento, en los términos del inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y se le otorgó a las artes el término de diez (10) días para que presentaran por escrito sus alegatos de conclusión.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte demandante:

El apoderado judicial de la parte actora presentó oportunamente sus alegatos de conclusión, mediante escrito radicado el día 29 de agosto de 2019⁷, a través de los cuales reiteró de manera amplia los argumentos expuestos en el libelo introductorio y expuso en síntesis lo siguiente:

“...Del contenido de las aseveraciones expresadas por la entidad demandada, de forma clara y prístina, se infiere la violación flagrante del derecho fundamental del debido proceso, pues si bien, la ley le otorga a la entidad demandada, la facultad discrecional, también lo es, que dicha discrecionalidad, no puede rebasar los límites constitucionales; en el caso concreto, tal como se expuso de forma amplia en el capítulo de normas violadas y el concepto de la violación, existen precedentes jurisprudenciales que condicionan la aplicación de dicha facultad discrecional a los principios, garantías y derechos fundamentales constitucionales.

Obsérvese, como, señora Juez, los testigos DAGOBERTO POSADA PÉREZ, JOHNY ALBERTO VALENCIA MARTINEZ y ROBINSON OSORIO ARISTIZABAL, quienes fungieron como superiores inmediatos de mi representado al unísono manifiestan que el señor JANNER ENRIQUE MAESTRE DE LEON, fue un funcionario excelente, intachable, cumplidor de sus obligaciones, felicitado por su buen desempeño y que la desvinculación o retiro del servicio fue devastador para él y su familia, manifiestan que nunca se le ha comprobado ninguna conducta irregular y que por eso se le otorgó su libertad.

Tan diáfano y transparente fue el comportamiento del señor JANNER ENRIQUE MAESTRE DE LEÓN, que tal como lo destacan los testigos a tras precitados, el señor MAESTRE DE LEÓN, se encontraba asignado como agente de seguridad en reacción bancaria, funciones que se le asignan a los mejores agentes de la institución policial, por lo tanto, no resulta razonable que aun funcionario con tales calidades, con una hoja de vida excepcional se le haya retirado del servicio activo en aplicación de una facultad discrecional abiertamente irregular y violatoria de todas las garantías constitucionales.

(...)

Si la facultad discrecional, tiene como finalidad mejorar el servicio, se infiere de forma lógica y coherente, que quien sea retirado por dicha

⁷ Folios 532 a 535 del expediente.

causa es un mal servidor o funcionario que no cumple con sus deberes y obligaciones, que tiene un desempeño deficiente o un comportamiento incorrecto, y que por lo tanto, se debe prescindir de sus servicios, pero contrario sensu a lo expresado por la institución policial tanto en el Acta 071 que recomienda el retiro del servicio del patrullero JANNER ENRIQUE MAESTRE DE LEÓN, como la resolución 035 del 09 de marzo de 2016, tanto la hoja de vida del patrullero, como los testimonios recepcionados por el despacho, demuestran que el señor MAESTRE DE LEÓN, era un funcionario excelente, responsable, sin tacha, sin cuestionamientos, motivo por el cual se tenía que haber analizado y valorado los hechos de forma diferente y esperar los resultados de la investigación penal que se adelantaba por parte de la Fiscalía General de la Nación.

(...)

En consideración del suscrito abogado, la institución demandada no solo no ejerció correctamente la facultad discrecional al retirar al actor del servicio activo al demandante, sino que también, desvió los motivos que justifican la adopción de la medida de retiro del servicio del señor Janner Enrique Maestre De León.

(...)

Con el presente escrito de alegatos anexo copia del derecho de petición formulado por mi representado Janner Enrique Maestre De León, a la directora Seccional de Fiscalías de Buga Valle, en la cual solicita colaboración de dicha dirección a efectos de que se resuelva su proceso judicial del cual se había solicitado preclusión de la investigación en su favor, con lo cual se evidencia aún más, que hasta la fecha, no existe hecho en virtud del cual se pueda demostrar responsabilidad y culpabilidad del actor en los hechos que derivaron en su retiro irregular del servicio activo como patrullero."

6.2. Parte demandada:

El apoderado judicial de la entidad accionada rindió oportunamente sus alegatos de conclusión, mediante escrito glosado a folios 520 a 523 del expediente, a través de los cuales se ratificó en todos y cada uno de los argumentos de defensa expuestos al momento de contestar la demanda, solicitando que se nieguen las pretensiones, en razón a que el retiro del servicio activo del actor, se realizó conforme al ordenamiento legal y buscando el mejoramiento y la optimización del servicio.

No observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia previas las siguientes,

7. CONSIDERACIONES:

7.1. Presupuestos de la Acción:

Capacidad jurídica de las partes

El demandante compareció por conducto de apoderado judicial mediante poder debidamente conferido tal como lo prevé al artículo 160 de la Ley 1437 de 2011, de donde se deduce su capacidad procesal para ser parte en la presente controversia. (Folios 1 a 3 del expediente)

La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, se encuentra legitimada para comparecer al proceso conforme lo dispone el artículo 159 del CPACA a través de apoderado judicial, tal y como se comprueba en el poder visto a folio 245 del expediente.

Caducidad de la Acción

El acto administrativo demandado fue notificado al demandante el día 09 de marzo de 2016⁸, lo que significa que el término de caducidad de cuatro (04) meses de que trata el literal e), numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, fenecía el 10 de julio de 2016; sin embargo, el día 06 de julio de 2016, cuatro días (4) días de esta fecha, se presentó solicitud de conciliación prejudicial⁹, por lo que el término se suspendió hasta el día 19 de septiembre de 2016¹⁰, fecha en la cual se declaró fallida la conciliación extrajudicial y se firmó la respectiva constancia, por lo que al reanudarse el término se adicionan los cuatro (04) días que restaban, resultando como fecha límite para presentar la demanda el 23 de septiembre de 2016.

Ahora bien, de la revisión del expediente se encuentra que la demanda se presentó de manera personal ante la Oficina de Servicios del Circuito de Cartago – Valle, el día 21 de septiembre de 2016, coligiéndose en consecuencia que la demanda se interpuso dentro del término establecido en la Ley.

Requisito de procedibilidad

El agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para presentar la demanda de la referencia, en los términos del numeral 1º del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, se encuentra satisfecho a folios 115 a 121 del expediente.

En lo que corresponde al agotamiento de la actuación administrativa previsto en el numeral 2º del artículo 161 ibídem, en el asunto de marras se observa que contra el acto administrativo que retiró del servicio activo de la policía nacional al demandante, no se indicó la procedencia de recurso de apelación alguno, en consecuencia y de conformidad con lo establecido en el artículo 76 del CPACA, el demandante podía acudir directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa.

⁸ Folio 20 del expediente.

⁹ Folios 115 a 121 del expediente.

¹⁰ Folios 115 a 121 del expediente.

7.2. Presupuestos de la demanda

Competencia

Por la naturaleza del proceso y al tratarse de una demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral, es competente esta Juzgadora para decidir el asunto en primera instancia conforme lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 155 del CPACA.

Demanda en forma

La demanda se presentó conforme con los requisitos contenidos en los artículos 162 y 163 del CPACA

7.3. Excepciones:

Las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada pretenden enervar el fondo de las pretensiones, por tanto su resolución dependerá de la suerte que corran cuando se profiera decisión que resuelva el problema jurídico planteado.

7.4. Problema Jurídico

Atendiendo la fijación del litigio planteada en audiencia inicial celebrada el día 19 de marzo de 2019¹¹, se advierte que el problema jurídico consiste en establecer si hay lugar a declarar la nulidad de la Resolución No. 035 del 09 de marzo de 2016, expedida por el Comandante del Departamento de Policía Valle, por medio de la cual se retiró del servicio activo de la Policía Nacional al demandante, por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.

En consecuencia, se debe determinar si la entidad demandada, Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, ejercitó correctamente la facultad discrecional al retirar al actor del servicio activo, o por el contrario, desvió los motivos que justifican la adopción de esta medida.

En caso de prosperar las pretensiones de la demanda, se debe establecer si hay lugar a condenar a la entidad accionada al pago de los presuntos perjuicios sufridos por el demandante, como consecuencia de la expedición del acto acusado.

7.5. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso concreto:

El artículo 218 de la Constitución Política de Colombia prevé como función primordial de la Policía Nacional la de *“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”*. De ahí se puede decir en primera medida que la actividad policial tiene una connotación constitucional.

¹¹ Folio 448 reverso del expediente.

El Decreto 1213 de 1.990, por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional, definió en su artículo 75 el retiro como la situación en que, por disposición de la Dirección General de la Policía Nacional, los agentes cesan en la obligación de prestar servicio en actividad, salvo en los casos de llamamiento al servicio, movilización o reincorporación.

Frente a las formas y causales de retiro el artículo 76 de dicha disposición establece lo siguiente:

"ARTICULO 76. CAUSALES DE RETIRO. El retiro del servicio activo de los Agentes de la Policía Nacional, se clasifica según su forma y causales, así:

a. Retiro temporal con pase a la reserva:

1. Por solicitud propia.

2. Por disposición del Director General de la Policía Nacional.

3. Por disminución de la capacidad sicofísica para la actividad policial.

4. Por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días, sin causa justificada.

b. Retiro absoluto:

1. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.

2. Por haber cumplido la edad de sesenta (60) años."

A su vez, el artículo 78 *ibidem* desarrolló la solicitud del retiro por el Gobierno o la Dirección General así:

"ARTICULO 78. RETIRO POR DISPOSICION DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL. Los Agentes de la Policía Nacional sólo podrán ser retirados por disposición de la Dirección General, después de haber cumplido quince (15) años o más de servicio, excepto lo dispuesto en el artículo 12 del presente estatuto."

A continuación, mediante el artículo 4º del Decreto 2010 de 1.992, se otorgó al Director General de la Policía, la potestad discrecional de ordenar el retiro de agentes policiales por razones del servicio, siempre y cuando mediara el concepto previo del Comité de Evaluaciones de Oficiales Subalternos. Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, mediante sentencia C-175 de 1993.

Mediante el Decreto Ley 573 de 1995, se desarrolló, la causal relativa al "*retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía*", previéndose en su artículo 12 que "*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, previa recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores, establecido en el Artículo 50 del Decreto 41 de 1994*".

Posteriormente, en uso de las facultades extraordinarias otorgadas mediante la ley 578 de 2000, al Presidente de la República, para expedir normas relacionadas con

las fuerzas militares y de policía nacional, se expidió el Decreto 1791 de 2.000, el cual a pesar de haber sido objeto de control constitucional en cuanto a los aspectos regulados por el Decreto 573 de 1995 para el retiro de Oficiales y suboficiales, quedó vigente en lo relacionado al régimen de suspensión y retiro del personal de Nivel Ejecutivo y Agentes.

Dicha disposición estableció en su artículo 55 las causales de retiro para el personal de la Policía Nacional, así:

"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 executable> Por disminución de la capacidad sicofísica.*
- 4. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.*
- 5. Por destitución.*
- 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. (Negrillas del Despacho)***
- 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."*

En cuanto al retiro del servicio por voluntad del Gobierno Nacional o la Dirección General de la Policía, el artículo 66 de la misma disposición, previó que la Dirección de la Policía Nacional, por delegación del Ministro de Defensa Nacional para el nivel ejecutivo y agentes, podía discrecionalmente y por razones del servicio disponer el retiro del personal previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva.

Seguidamente mediante la Ley 857 de 2.003, se dictaron nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, estableciéndose además de las contenidas en el Decreto 1791 de 2000, el retiro para los Oficiales y los Suboficiales de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios, por voluntad de Gobierno Nacional o del Director General de la Policía Nacional y por incapacidad académica.

Ahora bien, la facultad discrecional otorgada por el artículo 66 del Decreto 1791 del 2000 a la Dirección de la Policía Nacional para el retiro de personal, debe entenderse como una potestad que debe ser ejercida conforme a derecho, lo que significa que para su ejecución es obligatorio ceñirse a los límites legales y constitucionales pre establecidos para ello, siempre en garantía de los derechos fundamentales del retirado y en procura del bienestar general, por lo cual los actos expedidos en uso de dicha discrecionalidad se presumen legales en tanto la decisión en ellos contenida este precedida de supuestos de hechos reales,

objetivos y ciertos.

Al respecto el Consejo de Estado expuso en síntesis lo siguiente:

“...Por su parte, cabe señalar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como el retiro del servicio por voluntad del Gobierno 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.”¹²

Previo a la decisión de retiro discrecional debe mediar la recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, función esta que se encuentra señalada en el artículo 22 ibídem.

Así se observa en el citado artículo:

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

- 1. Evaluar la trayectoria policial para ascenso.*
- 2. Proponer al personal para ascenso.*
- 3. Recomendar la continuidad o retiro en el servicio policial.*
(Negrillas del Despacho)

PARAGRAFO 1. Para el ascenso a Brigadier General, la evaluación de la trayectoria policial de los Coroneles estará a cargo de la Junta de Generales, integrada por los Generales en servicio activo de la Policía Nacional.

PARAGRAFO 2. El Director General de la Policía Nacional señalará las funciones y sesiones de la Junta de Generales, cuyas decisiones en todo caso se tomarán por mayoría de votos.”

Dicha recomendación, ha dicho la H. Corte Constitucional, 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.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Bogotá 4 de Octubre de 2012, Rad. 05001-23-31-000-2002-02981-01.

Así mismo, el alto Tribunal Constitucional ha sido enfático en establecer que los actos discrecionales de retiro deben ser debidamente motivados, ello con el fin de salvaguardar las garantías constitucionales, en especial el derecho al debido proceso, en la medida que permite ejercer de forma adecuada su control ante los estrados judiciales. Al respecto, en sentencia de unificación 172 del 2.015, preciso los estándares de motivación de los actos de retiro discrecional de la Policía Nacional así:

“Motivo de unificación: el estándar de motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional en ejercicio de la facultad discrecional, es mínimo pero plenamente exigible

59. De todo lo expuesto hasta el momento, puede concluirse que, si bien en principio no existió una posición unificada entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la motivación de los actos administrativos, los estándares de los dos altos Tribunales hoy en día son sustancialmente similares.

Lo anterior, debido a que ambos entienden que la facultad discrecional debe estar encaminada a cumplir proporcionalmente el fin propuesto, el mejoramiento del servicio, por lo cual la Administración debe tener razones ciertas y objetivas que le permitan ejercerla y tales razones deben ser conocidas por el afectado.

60. Esa interpretación que es la que han aplicado de forma mayoritaria los operadores jurídicos, no es la única, lo cual hace necesaria la intervención de los órganos de unificación de jurisprudencia, a fin de proteger el principio de igualdad y la coherencia del sistema jurídico, tal y como se explicó en acápite atrás.

Por ello, conjugando las tesis señaladas, la Sala Plena de esta Corporación, en ejercicio de tal función unificadora, pasa a proponer el estándar mínimo de motivación para que, en todo caso, prevalezca la interpretación que más se acompasa con los postulados del Estado Social de Derecho, el principio de legalidad y el respeto por los derechos fundamentales de los policías:

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

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

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

• *El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, **no debe estar precedido de un procedimiento administrativo**, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional¹³. No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad.*

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

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

• *Si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro.”¹⁴*

De acuerdo con la norma transcrita y la jurisprudencia en cita, se tiene que la Dirección General de la Policía Nacional tiene la facultad para decidir si retira o no del servicio activo de la Policía Nacional a sus miembros en forma discrecional, toda vez que como Institución de seguridad nacional, debe tener ciertas exigencias de confiabilidad y de eficiencia en procura del cumplimiento de las funciones constitucional y legalmente asignadas, lo cual implica que los altos

¹³ Según se explicó en los fundamentos 29 a 42 de esta providencia, la Policía Nacional cumple, entre otras, las funciones constitucionales de servir a la comunidad, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y proteger a todas las personas residentes en Colombia.

¹⁴ Sentencia SU-172/15, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 16 de abril de 2015.

mandos puedan contar, en condiciones de absoluta fiabilidad, con el personal bajo su mando, sin embargo tal decisión discrecional debe contener una motivación justificada bajo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

7.6.- Cuestión previa:

Antes de entrar a estudiar el caso concreto, el Despacho considera necesario advertir que no hará pronunciamiento alguno con relación a la actuación administrativa desplegada por la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Nacional, con relación a la investigación disciplinaria que se adelantó en contra del demandante y que culminó con la destitución e inhabilidad general por el término de doce (12) años, por haber incurrido en una falta gravísima durante la prestación de su servicio como Patrullero, toda vez que tal situación no conforma la fijación del litigio, pues a través del presente medio de control no se está cuestionando el fallo de primera instancia del 29 de enero de 2016, proferido por el Jefe de Control Disciplinario Interno del Departamento de Policía – Valle¹⁵.

Así mismo, no se entrará a estudiar la actuación judicial adelantada por el Juzgado Primero Penal Municipal de Cartago y por la Fiscalía General de la Nación, dentro del proceso penal radicado bajo el No. 2016-00414, adelantado en contra del demandante por el delito de: “*acceso carnal abusivo con menor de 14 años*”, pues se reitera que el problema jurídico no atañe tal aspecto.

Por tanto, el estudio del caso se abordará con la única finalidad de determinar si la decisión de retiro adoptada por la entidad accionada a través del acto administrativo acusado, estuvo o no viciada de nulidad por falsa motivación, falta de motivación o abuso de poder o, si por el contrario, tal decisión se emitió en aras del buen servicio.

7.7.- Análisis probatorio y resolución del caso concreto:

En principio, es menester indicar que la parte actora pretende la nulidad de la Resolución No. 035 del 09 de marzo de 2016, expedida por el Comandante del Departamento de Policía Valle, por medio de la cual se retiró del servicio activo de la Policía Nacional al demandante, por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, de conformidad con lo establecido en los artículos 55 numeral 6º y 62 del Decreto 1791 de 2000, en concordancia con el artículo 4º párrafo 1º de la Ley 857 de 2003, la Resolución No. 01445 del 16 de abril de 2014 y siguiendo la recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, mediante Acta No. 071 del 08 de marzo de 2016.

A su turno, el apoderado judicial de la entidad accionada, expuso que el acto administrativo acusado fue expedido conforme a la normatividad vigente, sin que del mismo se logre deprecar falsa motivación o desviación de poder, pues en él, se encuentran descritos los motivos que conllevaron a su retiro, sin que los mismos puedan ser considerados como una sanción por el proceso disciplinario o

¹⁵ Folios 326 a 339 del expediente.

penal que se adelantó en su contra, pues este se dio por una causal distinta, es decir por voluntad de la Dirección General, que obedeció a razones del buen servicio, con el fin de garantizar la tranquilidad, salubridad y seguridad ciudadana, por lo que las calidades de idoneidad, excelente desempeño y registro de felicitaciones o condecoraciones no generan a su favor un fuero de estabilidad y de permanencia.

A partir de lo anterior y, con el fin de determinar si la Resolución No. 035 del 09 de marzo de 2016, se encuentra o no ajustada a derecho, es del caso precisar que de la parte motiva de dicha resolución, se logra extraer que la decisión se adoptó por recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, mediante Acta No. 071 del 08 de marzo de 2016. Así mismo, se indicó que existían elementos objetivos de valoración para determinar que el demandante no reunía las condiciones de fiabilidad necesarias para continuar en el servicio activo de la Policía Nacional.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que la Dirección del Departamento de Policía – Valle, decidió acoger en su integridad la recomendación dada por la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, resulta necesario destacar que el Acta No. 071 del 08 de marzo de 2016¹⁶, para efectos de recomendar el retiro del servicio activo del demandante, tuvo en cuenta las siguientes situaciones fácticas:

En primer lugar, evaluó el desarrollo de sus funciones como integrante de la Patrulla de vigilancia comunitaria por cuadrantes adscrito a la Estación de Policía de Palmira – Valle, en donde se designó en el área de: “*Vigilancia reacción bancaria*”, en la ciudad de Cartago – Valle, encontrando que durante el ejercicio de su cargo recibió un llamado de atención, el cual fue consignado en el Formulario II de Seguimiento para el año 2015, así:

“...Anotación llamado de atención: Resolución No. 2037 de 2001. (...) en la fecha se inserta la presente anotación de llamado de atención en el formulario del evaluado, teniendo en cuenta la orden y consigna especial de pasar revista a las entidades bancarias y financieras del municipio de Cartago – Valle, dejando los respectivos soportes por escrito en los libros destinados para este fin. Se exhorta al evaluado de que cambie de actitud, siendo parte activa del grupo de trabajo comprometido con las funciones asignadas. (...)”

La anterior situación, fue considerada por la entidad accionada como una conducta reprochable que afecta el servicio de policía, en razón a que no estaba ejerciendo sus funciones en debida forma, al no registrar en el libro de anotaciones la actividad de revista a cada una de las entidades bancarias del municipio de Cartago - Valle, situación que fue evaluada en forma negativa, debido a que dicha omisión no le permitía al Comandante de la Estación ejercer un control específico frente a la función de vigilancia.

¹⁶ Folios 7 a 16 del expediente.

En segundo lugar, la Junta de Evaluación y Clasificación, refirió que en contra del demandante se estaba adelantado un proceso disciplinario por parte de la Oficina de Control Disciplinario Interno DEVAL, originario en el Informe de Novedad No. 066 SEPRO-GINAD del 03 de marzo de 2016, que da cuenta de una denuncia formulada por la señora Luz Yanneth Balvin Orozco, quien manifestó que su hija de 12 años de edad había sido abusada sexualmente por el aquí demandante. Esta conducta, en el acto administrativo acusado fue considerada de gran reproche social, la cual afectaba de manera negativa la confianza de la sociedad en la imagen de la Institución, por encontrarse involucrados los derechos de una menor de edad, que goza de protección constitucional.

En tercer lugar, se evaluaron las anotaciones registrados por la Procuraduría General de la Nación, en donde se evidenció que el día 03 de marzo de 2016, el señor Milton Henry Villa Díaz, presentó una queja en contra del demandante en los siguientes términos:

"...Me acuerdo sólo que desperté en la Clínica, según lo que yo entiendo el señor de Policía me tiró la moto a más de 60 kilómetros por hora, no es justo que un funcionario público este persiguiendo a un sujeto fuera de su cuadrante tanto como para arriesgar la vida de un civil, más cuando sabe que esta persecución es provocada por el mismo policía (problemas con mujer), según el testigo EDWIN JEIOVANNY...más cuando este no es el cuadrante del señor policía, fue un intento de homicidio más que de lesiones personales".

Esta queja, tuvo fundamento en el Informe Pericial de Clínica Forense No. UBCRT-DSRS-00230-2016, por medio del cual el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, valoró al señor Milton Henry Villa Díaz y le otorgó una incapacidad médico legal de veinte (20) días.

Esta situación fue considerada por la Junta de Evaluación y Clasificación de la Policía Nacional, como una conducta contraria a las Leyes y al reglamento que rige la institución policial, pues en los hechos previamente narrados resultó lesionado un civil, al no tener el actor el deber objetivo de cuidado, incumpliendo así las normas de tránsito y ejerciendo un inadecuado uso de los bienes del Estado.

Finalmente, para adoptar la decisión de recomendar el retiro del servicio activo del actor, se tuvo en cuenta lo descrito en el Oficio fechado el 03 de marzo de 2016, por parte del Comandante de Distrito Especial de Cartago, en donde se hizo referencia a una visita que realizó la señora Luz Janneth Balvin, a las instalaciones de la Policía Nacional, con el fin de poner en conocimiento unos hechos que daban cuenta que presuntamente el demandante había incurrido en el delito de abuso sexual con menor de 14 años¹⁷, situación que en consideración de la entidad accionada, también dejaba entrever que el actor no estaba acatando las funciones propias de su cargo que le fueron encomendadas para lograr una eficacia en la prestación del servicio policial.

¹⁷ Queja detallada folios 14 reverso y 15 del expediente.

Por lo anterior, la entidad accionada consideró que el reporte de noticia criminal No. 761476000170-2016-00141 fechado el 03 de marzo de 2016 y la orden de captura proferida en contra demandante, colocaron en tela de juicio el actuar del uniformado y su posible servicio frente a la comunidad, en especial los niños, niñas y adolescentes, por lo que tales actuaciones generaron desconfianza e inseguridad en su labor frente a la protección de la sociedad en general.

Bajo las consideraciones antes expuestas, se tiene que la Junta de Evaluación y Clasificación de la Policía Nacional, en el Acta No. 071 del 08 de marzo de 2016, concluyó en síntesis lo siguiente:

"...Es por tal situación que esta Junta de Evaluación y Clasificación, teniendo en cuenta que existen razones objetivas como es la existencia de investigaciones penales y disciplinarias en contra del señor Patrullero MAESTRE DE LEON JANNER, quien esta sindicado por conductas que ponen en entre dicho la labor, confianza y seguridad de la comunidad en general, frente al servicio policial y en las cuales presuntamente está involucrado el mismo como sujeto activo y al tasar ese actuar con la misión de la Policía Nacional, necesariamente se observa una desproporción entre ambos aspectos, una denuncia existente por conductas que afectan el servicio y dejar en servicio a quien ha desconocido presuntamente su deber ser como uniformado, como servidor público que por excelencia y vocación presta su servicio frente a una comunidad que lo ve como amigo y le brinda toda la confianza, pero al verse comportamientos que desdibujan esta función, lesiona ese interés general que postula el artículo 2º de la Constitución Política.

En tal sentido, consideran los integrantes de la Junta, que su presunto actuar no se compagina con la rectitud que debe caracterizar al hombre policial, cuando al parecer ha estado comprometido en conductas delictivas, que además de afectar la labor que debe desempeñar la Institución, afecta notablemente a la comunidad.

(...)

Dentro de los límites razonables y dentro de la óptica de la mejora del servicio policial, permitir la continuidad laboral de cualquier uniformado que vaya en contravía del mismo y para el caso que aquí nos ocupa de acuerdo a la información documental, entre las que están la noticia criminal o denuncia, orden de captura proferida por un Juez de la República por el presunto punible de acceso carnal violento con menor de 14 años y la queja recepcionada en la Procuraduría de la Nación, por las presuntas lesiones causadas a un ciudadano, las manifestaciones de una madre frente al abuso de su hija, como consecuencia al parecer de un funcionario policial y las anotaciones en el formulario No. 2 y concertaciones realizadas al señor patrullero MAESTRE DE LEON JANNER ENRIQUE y las funciones que debe desempeñar, demuestran a la luz de la lógica, de lo razonable que el funcionario policial aquí citado está inmerso en conductas contrarias a su labor con las cuales afectó el

servicio directamente, causando la pérdida de confianza y credibilidad de la comunidad hacia la Policía Nacional.”¹⁸

De acuerdo con expuesto previamente y valoradas las pruebas recaudadas en el curso del proceso, se logra extraer que la decisión de retiro del servicio activo del demandante, efectivamente se dio por razones del servicio, toda vez que las situaciones antes descritas y que sirvieron de fundamento para expedir el acto administrativo acusado, fue el resultado de un estudio previo e íntegro a su folio de vida y al desarrollo de sus funciones, sin que se avizore abuso de poder o falsa motivación, como quiera que las situaciones fácticas descritas denotan que su conducta no estaba acorde con los fines de la institución policial y estaba afectando de manera negativa las condiciones de fiabilidad que enmarcan este tipo de labores.

En efecto, una de las razones de su retiro fue porque se encontró un llamado de atención para el día 24 de noviembre de 2015, que dejó en evidencia una omisión de su parte frente a las obligaciones impuestas para el buen desarrollo de sus funciones en el cuadrante de vigilancia de reacción bancaria en el municipio de Cartago – Valle, situación que generó cierto grado de desconfianza en sus superiores, pues el hecho de omitir las anotaciones o los registros de las revistas que se hacían en el sector bancario, fue considerada como una actuación gravosa que impedía el buen funcionamiento de la actividad de seguridad.

Este argumento fue corroborado por el Despacho, pues según el formulario de seguimiento diligenciado para el año 2015¹⁹, se encontró que obtuvo las siguientes anotaciones negativas:

Fecha	Anotación
05/11/2015	Compromiso institucional: se realiza la presente anotación, teniendo en cuenta que una vez culminado el mes de octubre de 2015, el evaluado no ingresó a la herramienta tecnológica: “Sistema de Evaluación del Desempeño Policial – EVA” a través del portal de servicios internos - PSI, como mínimo dos veces, a fin de revisar y notificarse de las anotaciones realizadas por su evaluador. Se exhorta para que cumpla con una de sus obligaciones como evaluado. (folio 74)
24/11/2015	Anotación – llamado de atención: Resolución No. 2037 de 2001 (...). En la fecha se inserta la presente anotación de llamado de atención en el formulario del evaluado, teniendo en cuenta la orden y consigna especial de pasar revistas a las entidades bancarias y financieras del municipio de Cartago – Valle, dejando los respectivos soportes por escrito en los libros destinados para este fin. Se exhorta al evaluado a que cambie de actitud, siendo parte activa del grupo de trabajo comprometido con las funciones asignadas. (...).(folio 75)

¹⁸ Folios 14 a 16 del expediente.

¹⁹ Folios 69 a 78 del expediente.

Estas anotaciones junto con los hallazgos encontrados en la Procuraduría General de la Nación, por la queja formulada el día 03 de marzo de 2016, por el señor Milton Henry Villa Díaz, por las lesiones personales que sufrió dada la actuación irregular del actor, así como la investigación disciplinaria adelantada por la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Nacional y la investigación penal adelantada por el Juzgado Primero Penal Municipal de Cartago, ambas surtidas por el delito de: *“acceso carnal abusivo con menor de 14 años”*, sumado a la queja que presentó la madre de la menor presuntamente abusada en las instalaciones de la entidad, se consideran motivos suficientes y acertados para que la Junta de Evaluación y Clasificación de la Policía Nacional, recomendara el retiro servicio activo del señor Maestre de León.

De manera que, valoradas las pruebas arrojadas al plenario, el Despacho considera que el Acta No. 071 SUBCO-GUTAH-2.25 del 08 de marzo de 2016, por medio de la cual la Junta de Evaluación y Clasificación del personal de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, dispuso recomendar el retiro del servicio activo de la Policía Nacional por razones del servicio y en forma discrecional al patrullero Janner Enrique Maestre de León, y la cual sirvió de fundamento para la expedición del acto administrativo acusado, se encuentra debidamente motivada, en el sentido de que la decisión se argumentó en las anotaciones realizadas por su superior jerárquico en los respectivos formularios de seguimiento, en especial la irregularidad presentada mientras desarrollaba sus funciones como integrando de la unidad de reacción bancaria del municipio de Cartago – Valle, comportamiento que sin lugar a dudas estaba incidiendo de manera negativa en el cumplimiento de los fines de la institución.

De igual forma, se encuentra probado que el acto administrativo demandado, también se encuentra debidamente motivado, porque el mismo justificó de manera amplia y detallada las situaciones fácticas que conllevaron a considerar que la decisión se adoptaba únicamente por razones del servicio, advirtiendo en forma clara que el comportamiento del demandante evaluado desde el ámbito administrativo, disciplinario y penal, estaba afectando de manera considerable los fines de la institución policial. Así mismo, el acto acusado fue motivado con fundamento en la recomendación realizada por la Junta de Evaluación y Clasificación del personal de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, a través del Acta No. No. 071 SUBCO-GUTAH-2.25 del 08 de marzo de 2016.

Por otro lado, es menester indicar que las razones expuestas en la parte motivan del acto administrativo acusado, demuestran que el demandante fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional, el día 09 de marzo de 2016, es decir de manera concurrente con la denuncia penal presentada el día 03 de marzo de 2016, por la señora Luz Janneth Balvin y la orden de captura librada el día 08 de marzo de 2016 en su contra por haber incurrido presuntamente en el delito de: *“acceso carnal abusivo con menor de 14 años”*, motivo por el cual resulta necesario precisar que al respecto el Consejo de Estado, ha precisado que la Administración puede ejercer la facultad discrecional en concurrencia con este tipo de actuaciones penales o disciplinarias, siempre que se evidencie una grave afectación del servicio.

En este sentido, el Alto Tribunal en providencia fechada el 1º de marzo de 2012²⁰, dispuso lo siguiente:

*“...Para la Sala resulta pertinente señalar, en punto de la concurrencia del ejercicio de la facultad discrecional y la acción penal, 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 de una indagación de carácter penal, y sólo cuando estos entrañen una grave afectación del servicio. **Se justifica el ejercicio concomitante de la facultad discrecional y penal en el evento en que la conducta del oficial o suboficial objeto de la medida 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 delictiva, 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 el diligenciamiento de carácter penal 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.**” (Negrilla del Despacho)*

De conformidad con lo anterior, en sentir de esta juzgadora la decisión adoptada por la Dirección General de la Policía Nacional a través del acto administrativo acusado, se encuentra ajustada a derecho, como quiera que fue motivado en debida forma, pues si bien uno de los fundamentos de la decisión fue el hecho de la investigación penal y disciplinaria que se adelantó en su contra por haber incurrido presuntamente en el delito de: *“acceso carnal abusivo con menor de 14 años”* y entre la actuación de retiro y su captura, hay tan solo un (1) día de diferencia, lo cierto es que existieron otras situaciones fácticas que dieron lugar a considerar que su continuidad como Patrullero afectaría de manera flagrante los fines de la institución, encontrándose por tanto justificado su retiro, pues las pruebas arrojadas al proceso son claras en señalar que su conducta no era la adecuada ni estaba conforme con el reglamento interno ni el código de ética que exalta la Policía Nacional.

Aquí, resulta importante precisar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que cuando la decisión de retiro se fundamenta en una investigación penal o disciplinaria, para que no se desdibuje la figura de la facultad discrecional se requiere que esta se haya adoptado con el único fin de mejorar el servicio, situación que se presentó en el caso bajo estudio, como quiera que existen otros elementos distintos a la denuncia penal y al proceso disciplinario adelantado en contra del demandante, para considerar que su conducta no era la apropiada y no estaba acorde a los fines de la institución policial, por lo que en este sentido se

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Radicación número: 05001-23-31-000-2002-03530-01(1613-09), Actor: Alex Gabriel Castro Rodríguez, Demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

considera acertada y plenamente justificada la decisión adoptada a través de la Resolución No. 035 del 09 de marzo de 2016.

Seguidamente, debe indicarse que el Despacho no comparte el argumento esgrimido por el apoderado judicial de la parte actora, al afirmar que la decisión de retiro adoptada en la Resolución No. 035 del 09 de marzo de 2015, no se justifica al compararla con la hoja de vida del actor, toda vez que dicho representante judicial desconoce que el normal desempeño en la prestación del servicio es una obligación de todo servidor público y en especial de los miembros de la Policía Nacional, que por la naturaleza de sus funciones, requieren, entre otras virtudes y aptitudes, confianza, dedicación, lealtad, disponibilidad y plena capacidad física e intelectual.

Por otro lado, es menester indicar que si bien en cierto en el proceso obra el formulario de evaluación de desempeño policial, correspondiente a los años 2014, 2015 y 2016, en donde se le otorgó al demandante una calificación **superior** y, en la audiencia de pruebas celebradas los días 20 de junio de 2019 y 16 de agosto de 2019, los señores DAGORBERTO POZADA PÉREZ, ROBINSON OSORIO ARISTIZABAL y JHONY ALBERTO VALENCIA MARTÍNEZ, integrantes de la Policía Nacional, declararon que el comportamiento y el desempeño laboral del demandante era intachable, lo cierto es que el hecho de que el demandante haya obtenido una excelente calificación en la evaluación de desempeño policial, no genera de manera alguna un fuero de estabilidad en el empleo ni puede tal circunstancia limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador, en este caso al Comandante del Departamento de Policía - Valle, pues ha sido criterio reiterado del Honorable Consejo de Estado²¹, que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario.

En este sentido y en cuanto al normal o buen desempeño de los miembros de la Policía Nacional en sus cargos, el H. Consejo de Estado, ha dicho:

“Tratándose de decisiones discrecionales como la acusada, el registro en la hoja de vida del actor de unas calificaciones superiores en el desempeño de las funciones constitucional y legalmente asignadas no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador, pues ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario.

En el caso de la Policía Nacional, como en el de otras instituciones de seguridad nacional, el servicio tiene unas

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 70001-23-33-000-2014-00035-01(0147-15), Actor: Andrés Felipe Henao Castaño, Demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

*exigencias de confiabilidad y de eficiencia en procura del cumplimiento de las funciones constitucional y legalmente asignadas, que implican que los altos mandos puedan contar, en condiciones de absoluta fiabilidad, con el personal bajo su mando, lo cual justifica que bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad el nominador pueda ejercer la facultad de libre remoción.*²²

Por otro lado, es del caso indicar que de las pruebas que obran en el plenario no se avizora la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, como quiera que la Resolución No. 035 del 09 de marzo de 2016, fue expedida por el funcionario competente, esto es el Comandante del Departamento de Policía - Valle, quien fundó su decisión por razones del servicio y atendiendo la recomendación efectuada por la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, tal como lo prevé el artículo el numeral 5º del artículo 2º de la ley 857 de 2003 y, el párrafo 1º del artículo 4º de la Ley en comento, en concordancia con lo establecido en los artículos 55 y 62 del Decreto Ley 1791 de 2000.

Finalmente, resulta imperioso precisar que el acto administrativo acusado se expidió con observancia de las pautas dadas por la Corte Constitucional en sentencia SU-172 de 2015, toda vez que de la lectura del mismo se evidencia que si bien la decisión de retirar del servicio al actor se dio por el ejercicio de la facultad discrecional del Comandante del Departamento de Policía - Valle, por razones del servicio, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación de la Policía Nacional, lo cierto es que, este acto se encuentra debidamente motivado y fundado en razones objetivas.

Así pues, al Despacho no le cabe duda que la anotación negativa realizada en el formulario de seguimiento para el año 2015, por no registrar en el libro de anotaciones la actividad de revista en las entidades bancarias del municipio de Cartago – Valle, la queja formulada por el señor Milton Henry Villa Díaz ante la Procuraduría General de la Nación, el día 03 de marzo de 2016, por lesiones personales y la investigación penal y disciplinaria que se adelantó en su contra por presuntamente haber incurrido en el delito de: “*acceso carnal abusivo con menor de 14 años*”, son razones suficientes para que la entidad accionada haya dispuesto el retiro del servicio activo del demandante como Patrullero de la Policía Nacional, pues es evidente que tal comportamiento afecta la prestación del servicio y atenta contra los principios que gobiernan la función pública, artículo 209 de la Constitución Política, concluyéndose entonces que hubo razonabilidad de la medida y con la decisión no se adoptó una sanción objetiva frente a la acusación penal que se presentó en su contra, pues se reitera que existieron otros argumentos negativos para considerar acertado su retiro de la Institución.

En este orden de ideas y de conformidad con lo expuesto previamente, el Despacho procederá a negar las pretensiones de la demanda, al considerar que la

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, rad. 2001-03004-01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

decisión contenida en la Resolución No. 035 del 09 de marzo de 2016, por medio de la cual el Comandante del Departamento de Policía - Valle, retiró del servicio activo de la Policía Nacional al señor patrullero Janner Enrique Maestre de León, por voluntad de la Dirección General, fue una decisión que obedeció a razones del servicio, previa evaluación de criterios objetivos y razonables, que comprendieron el desempleo profesional del actor durante la prestación de sus servicios, sin que se haya demostrado algún vicio de nulidad por falsa motivación o por desviación de poder.

8. COSTAS

Finalmente en cuanto a la condena en costas, debe el despacho decir que cuando la norma del artículo 188 del CPACA prescribe que en la sentencia el juez "dispondrá" sobre este asunto, lo que en verdad está señalando es que el operador judicial en cada caso particular debe observar la procedencia e improcedencia de dicha condena conforme se acredite probatoriamente su causación así lo ha dicho el Honorable Consejo de Estado en providencia del 27 de enero de 2017 Expediente No. interno (2400-14) Consejero Ponente CARMELO PERDOMO CUETER²³

En el caso de autos no se encuentra debidamente probado en el expediente la causación de las costas que se solicitan por lo tanto las mismas deberán negarse.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cali, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

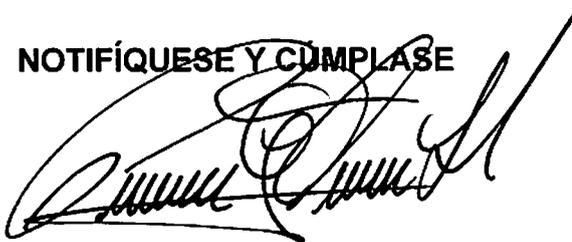
RESUELVE:

PRIMERO: NIEGASE las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: NIEGASE la condena en costas conforme a lo expuesto en la presente providencia.

TERCERO: LIQUIDESE los gastos del proceso, devuélvase los remanentes si los hubiere y archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI una vez ejecutoriada esta providencia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
JUEZ

LCMS.

²³ Dijo la citada sentencia: "Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento: cuando por ejemplo: i) sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda. excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad: ii) se aduzcan calidades inexistentes; iii) se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; iv) se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o v) se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP)"