**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL**
**JUZGADO CUARENTA Y SIETE ADMINISTRATIVO**
**DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**
**SECCIÓN SEGUNDA**

---

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

| | | |
|---|---|---|
| **Clase de Proceso** | : | **Nulidad y Restablecimiento del Derecho** |
| **Demandante** | : | **JOWER DUVAN GUTIERREZ LEÓN** |
| **Demandado** | : | **NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICIA NACIONAL** |
| **Radicado** | : | **1100133420472021-0025600** |
| **Asunto** | : | **Retiro del servicio por vía de facultad discrecional** |

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y Siete Administrativo del Circuito de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

## SENTENCIA

## 1. ANTECEDENTES

### 1. DEMANDA: ASUNTO A DECIDIR Y COMPETENCIA

Vencido el término establecido en proveído del 04 de octubre de 2022[1], proferido dentro de la audiencia de práctica de pruebas y atendiendo los parámetros normativos contenidos en los artículos 187 y 189 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a decidir en primera instancia, el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho regulado por el artículo 138 ibídem, promovido por JOWER DUVÁN GUTIERREZ LEÓN, actuando a través de apoderado especial, en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL.

La entidad demandante solicita las siguientes:

### 2. PRETENSIONES[2]

Se decrete

- La nulidad de la Resolución No. 0091 de fecha 25 de marzo de 2021, mediante la cual se dispuso el retiro del servicio activo de la Policía Nacional del demandante.

---

[1] Ver expediente digital – archivos video y acta audiencia pruebas -18 y 19, SAMAI

[2] Ver expediente digital – archivo demanda – paginas 2-3, SAMAI.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho,

- Se ordene su reintegro al cargo que venía ocupando, respetando la antigüedad y el grado respectivo, debiendo cancelarle los sueldos y demás prestaciones dejadas de devengar, sin solución de continuidad.

- Se disponga que para todos los efectos legales y en particular para los de prestaciones sociales y tiempo de servicio, que el extremo demandado es responsable de los daños materiales causados al demandante.

- Se condene a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, al pago de las siguientes sumas por los perjuicios causados al hoy demandante, así:

  - Trece millones, doscientos treinta y nueve mil, seiscientos ochenta pesos ($13.239.680), por concepto de daño patrimonial por los perjuicios materiales causados como lucro cesante, representados estos en los salarios dejados de percibir desde la notificación del acto administrativo de retiro hasta el momento de la presentación de esta demanda.

  - Se reconozca como daño patrimonial por concepto de perjuicios materiales causados como lucro cesante futuro, los salarios que se dejen de percibir hasta el momento de la anulación del acto administrativo demandado.

## 3. HECHOS RELEVANTES[3]

Los principales hechos referidos por la parte actora se sintetizan de la siguiente manera:

3.1. El actor ingresó a la Institución Policial como Alumno en la Escuela Nacional de Carabineros de la Policía Nacional el día 06 de septiembre de 2004 y fue dado de alta como patrullero de la Institución el día 01 de septiembre de 2005 mediante Resolución 03053 de agosto 26 de 2005.

El demandante inicialmente fue destinado a laborar en la Policía Metropolitana de Bogotá, unidad en la que estuvo desde el 01 de septiembre de 2005 hasta el 29 de octubre de 2008, momento en el cual fue trasladado para la Dirección de Inteligencia Policial, unidad en la que laboró hasta el 17 de julio de 2014.

Retornó a la Metropolitana de Bogotá desde la fecha anterior y hasta el momento de su retiro ordenado desde marzo 25 de 2021, oportunidad en la cual prestaba su servicio de Policía en la Estación de Policía de Ciudad Bolívar (Bogotá) y su cargo era conductor.

3.2. Al demandante se le adelantó investigación penal por hechos ocurridos en el primer semestre del año 2019, dentro de la cual se emitió fallo de primera instancia de fecha 17 de marzo de 2021 por parte del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Conocimiento dentro del radicado 110016000015-2019-04331 (358287), condenándolo en primera Instancia a la pena de CIENTO CUARENTA Y CUATRO (144) MESES DE PRISIÓN, como autor del delito de acto sexual con menor de 14 años agravado.

[3] Ver expediente digital – archivo demanda – paginas 3-5, SAMAI.

La sentencia al momento de presentación de la demanda se encuentra en trámite de recurso de apelación en el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, Magistrado Ponente Dr. ALBERTO POVEDA PERDOMO.

3.3. El demandante se presentó voluntariamente ante la autoridad competente, la cual expidió la boleta de encarcelación No. 0277 de fecha 18 de marzo de 2021, siendo enviado inicialmente a las instalaciones de las celdas de capturados de la Estación de Policía Teusaquillo (Bogotá) y el día 02 de junio de 2021 fue trasladado al Complejo Penitenciario y Carcelario la Picota en esta ciudad.

3.4. El día 24 de marzo de 2021, la Junta de Evaluación y Clasificación del Personal de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Bogotá (Acta No. 206 GUTAH - SUBCO), recomendó el retiro del Patrullero JOWER DUVAN GUTIERREZ LEON por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, teniendo como sustento la captura del hoy demandante dentro del proceso antes referido, aduciendo afectación al servicio que prestaba y la pérdida de la confianza pública institucional.

3.5. En atención a la recomendación señalada, fue expedida la Resolución No. 0091 del 25 de marzo de 2021, mediante la cual se dispuso el retiro del hoy demandante con las consideraciones expuestas en el Acta No. 0206 emitida por la Junta de Evaluación y Clasificación del Personal de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Bogotá.

## 4. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

En el libelo genitor fueron señaladas como transgredidas las siguientes:

Constitucionales:

Artículos 2,4,13,15,21,29,93 y 218.

Convencionales:

Artículo 8 numerales 1 y 2 de la Convención Interamericana de derechos humanos

Legales:

Art. 4º de la Ley 857 de 2003.
Artículos 2, 4, 6, 42, 49 y 50 del Decreto 1800 de 2000.
Artículos 22, 50, 55, numeral 6º del artículo 62 y 66 del Decreto 1791 de 2000.
Artículo 44, 74 y 75 de la Ley 1437 de 2011.

## 5. POSICIÓN DE LAS PARTES

5.1. Demandante[4]:

[4] Ver expediente digital – archivo demanda – paginas 7-56, SAMAI.

La posición del demandante, la podemos extraer del acápite de *concepto de violación,* contenido en el libelo introductorio de la acción, así:

Inicialmente, plantea el cargo de nulidad consistente en **infracción a las normas en que debía fundarse el acto acusado,** respecto al cual sustentó, que la decisión atacada desconoció el principio de presunción de inocencia, ya que el retiro discrecional se basó en la captura ordenada por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, con ocasión a lo dispuesto en sentencia que no se encuentra ejecutoriada.

Reprochó, que las consideraciones del nominador a efectos de ordenar el retiro del actor, se traducen a un fallo disciplinario o penal anticipado sin tener competencia, ni pruebas.

Además, se realizaron consideraciones de certeza de la ocurrencia de un acto delictivo en cabeza del hoy demandante y de su responsabilidad a título de dolo, con frases asertivas que desdibujan el principio de presunción de inocencia, sin advertir que dicho comportamiento deberá ser juzgado en segunda instancia por la jurisdicción penal y no por el nominador, que no es competente para usurpar las funciones del sentenciador penal de segunda instancia.

Adicionalmente, indicó que si bien el demandante fue encarcelado (entrega voluntaria) como consecuencia de la sentencia de primera instancia de fecha 17 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, el hecho de que se haya generado su encarcelación no implica que el actor sea culpable, por cuanto no ha sido vencido en juicio ya que la sentencia fue apelada y se encuentra en estudio del Tribunal Superior de Bogotá - Sala Penal.

Finalmente, en lo que atañe al cargo enunciado, enfatizó que la orden de captura ejecutada contra el demandante, no es un criterio objetivo y razonable de violación al artículo 218 de la Constitución Nacional, como es el derrotero fijado para el retiro por voluntad de la Policía Nacional por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU-172 de 2015, para ello, se encuentran mecanismos diferentes al retiro discrecional, contemplados en el Decreto Ley 1791 de 2000 y que aparejan el principio de presunción de inocencia, como lo es el de la suspensión contemplada en el artículo 50 ibidem.

Pese a que trata de medidas de aseguramiento, la suspensión es aplicable a este caso mutatis mutandis, puesto que la sentencia proferida en contra del demandante no se encuentra ejecutoriada, como es la exigencia del artículo 66 del Decreto Ley 1791 de 2000.

Como segundo cargo, formuló el denominado ***"violación al artículo 8º numeral 1º de la Convención Americanas sobre Derechos Humanos…",*** en relación con el cual, sustentó que todo acto administrativo en el que se disponga sobre el derecho de una persona debe tener un debido proceso en el que se permita la defensa mediante la interposición de los recursos dispuestos por la Ley, para así garantizar los derechos humanos y la convivencia en un estado social y democrático de derecho. No obstante, cuestionó que el acto por medio del cual se dispuso el retiro de servicio del demandante, no haya brindado la posibilidad de recurrir y además no explicó los motivos por los cuales no se le otorgaba dicha posibilidad, siendo las dos situaciones una afrenta directa a la Constitución y a la Ley.

Resaltó, que conforme al artículo 8-1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Jurisprudencia del Honorable Tribunal Internacional, por cuanto el acto atacado dispuso sobre un derecho laboral respecto a un empleo de carrera y no de libre nombramiento y remoción, le fueron vulnerados sus derechos al debido proceso y a la defensa al no otorgársele los recursos correspondientes.

En tercer lugar, la parte actora propuso el cargo de **falsa motivación**, en la medida que el acto administrativo de retiro refiere anotaciones que no miden el desempeño del funcionario, sino que se trata del mero seguimiento de su gestión, no obstante, no se verificaron las anotaciones de los periodos evaluables ni las evaluaciones del desempeño, que dan al traste con la motivación del acto; esto es, se calificó su actuar trayendo solo lo desfavorable y en contravía a las normas de evaluación enunciadas y nunca se remitió a aquello que lo favorecía.

Por lo anterior, la parte demandante considera que la Junta de Evaluación y Clasificación del Personal de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Bogotá, indujo en error al competente para ejercer la facultad discrecional, quien motivó falsamente el acto administrativo de retiro, lo que trastoca flagrantemente con su derecho a un debido proceso, derecho a la igualdad, derecho a un mínimo vital y todo ello como consecuencia de la vulneración de su derecho al trabajo.

Destacó, que las razones de hecho y de derecho expuestas tanto en el acto administrativo de retiro como en el acta de la Junta de Evaluación y Clasificación no tienen la connotación o el alcance para haber adoptado la decisión de retiro discrecional, es decir, no cumple el requisito de proporcionalidad, siendo evidente que el retiro de la Policía Nacional no tiene una motivación diferente a la captura del demandante y que las anotaciones en el formulario de seguimiento fueron usadas para hacer creer que la Policía tenía otros motivos para adoptar la desvinculación.

No obstante, el segundo aspecto planteado, esto es, las circunstancias de modo tiempo y lugar que rodearon los hechos en que resultó involucrado el patrullero, no fueron siquiera tema de la decisión, pero sí se realizaron apreciaciones respecto al conocimiento y voluntad del actor en la comisión de un delito, aspecto que resulta ser un despropósito jurídico, en cuanto por un lado, la autoridad administrativa no se encuentra en la facultad de resolver sobre la culpabilidad de una persona en un delito y, por el otro, no es posible valorar la responsabilidad sin tener material probatorio al respecto.

Tal es la arbitrariedad del nominador, que expuso en su acto administrativo que el señor JOWER DUVAN fue capturado, cuando en realidad él personalmente se entregó ante la autoridad competente.

Observado el acto administrativo de retiro, encontramos unas pocas anotaciones por, supuestamente: **(i),** incumplimiento de ordenes (una anotación en el lapso de tres años) **(ii),** negligencia en el servicio (una anotación en el lapso de tres años), **(iii),** no ingresar al PSI (cuatro anotaciones en el lapso de tres años) y, **(iv),** capacitación y actualización (tres anotaciones en tres años); no obstante, todas ellas se encuentran realizadas dentro del periodo de evaluación más no son concluyentes sobre la misma, o sea, según el lugar en el que se encuentran y la forma de su realización, se trata de anotaciones de seguimiento, que, de acuerdo

a la norma, no inciden en la calificación cuantitativa, por cuanto no decantan los resultados finales del año según las metas concertadas.

En contraste, existen en el formulario de seguimiento del demandante y evaluado para los años 2019 al 2021, anotaciones de cumplimiento para efectos de calificación, que establecen, sin temor a equívocos, que en los años descritos se cumplió con la concertación de la gestión. Se contrarrestan así los argumentos amañados de la Administración, que no fueron tenidas en cuenta a la hora de emitir el concepto de la junta y el consecuente retiro como es su deber según la sentencia de unificación SU-172 de 2015.

En síntesis, las anotaciones que sustentaron el retiro del actor, son de seguimiento no evaluables cuantitativamente, mientras que las de cumplimiento que también obran en el formulario, no fueron tenidas en cuenta por el competente para evaluar la trayectoria del uniformado; situación por la cual, surge la falsa motivación del acto administrativo.

Finalmente, la demanda propuso el cargo de **desviación de poder**, el cual fundamentó básicamente en el hecho que el acto cuya legalidad se ataca adujo que el comportamiento del actor fue ineficiente en la prestación del servicio policial, pero a su vez, los procesos de evaluación realizados lo han calificado su servicio policial como superior, por lo cual, refiere que la ineficiencia se mide a partir de las calificaciones de incompetente, deficiente y aceptable, mientras que una calificación superior amerita un estímulo.

Aunado a lo anterior, precisó que es inconcebible el hecho que una captura por orden judicial sea tratada como si fuese un juicio de responsabilidad tal como se hizo por parte del nominador en su decisión.

En este orden de ideas, refulge con claridad, la desviación de poder en la producción y emisión del acto administrativo que dispuso el retiro del demandante, por cuanto el supuesto mejoramiento del servicio con su retiro discrecional está plenamente desdibujado, es decir, el acto administrativo no cumple con el propósito dispuesto por el legislador y, además de ello, implicó violación al principio constitucional de presunción de inocencia.

5.2. Demandado Policía Nacional[5]:

La entidad demandada presentó oportunamente escrito de contestación en los siguientes términos:

Inicialmente, se opuso a los hechos y a la prosperidad de las pretensiones formuladas, posteriormente.

Como argumentos de defensa, planteó que el Director General de la Policía Nacional está facultado para retirar del servicio al personal que se encuentra en servicio activo en la Institución, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, cuando se trate de personal del Nivel Ejecutivo tal y como ocurrió en el presente caso.

[5] Ver expediente digital – contestación demanda 8, SAMAI.

Señaló, que la norma aplicable al caso particular exige como requisitos:

**i)** Que exista una recomendación previa por parte de la respectiva Junta y

**ii)** Que se indiquen las motivaciones por las cuales se retira al policial, determinación que se presume en procura de un mejor servicio.

Respecto a lo anterior, anotó que dichos requisitos se cumplieron en el momento de dar aplicación al retiro del señor HOWER DUVAN GUTIERREZ LEON, toda vez que los miembros de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, se reunieron con la finalidad de analizar la trayectoria policial de varios miembros de la institución, entre quienes se encontraba el actor.

Añadió, que el retiro del actor se realizó únicamente con la finalidad de lograr un mejoramiento del servicio, con motivos específicos y claros, los cuales fueron debidamente descritos, tanto en la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, como en la Resolución No. 0091 del 25 de marzo de 2021.

En ese orden, sustentó que la discrecionalidad fue ejercida dentro de los parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, por tal motivo, es necesario en el caso de retiro por Voluntad del Gobierno de personal uniformado de la Policía Nacional, que se realice un estudio detallado de su hoja de vida, formulario de seguimiento y en general de todas las situaciones que permitan concluir el mejoramiento del servicio con el retiro del funcionario, tal y como sucedió con el demandante, donde el retiro se hizo con motivación expresa tal y como lo recomienda la Corte Constitucional, cumpliendo además con las exigencias legales y constitucionales respectivas, de las cuales la principal es la verificación del concepto previo emitido por el Comité de evaluación correspondiente, precisamente, en aras de evitar la materialización de actuaciones arbitrarias.

Como excepción propuso la denominada "*actos administrativos ajustados a la Constitución y a la ley*", la cual fundamentó en que el acto acusado fue emitido por autoridad competente, es decir, el Director General de la Policía Nacional y los Integrantes de referida Junta respectivamente, lo que permite afirmar, que las actuaciones no fueron desproporcionadas, ni trasgredieron derecho fundamental alguno, sino que en los mismos observaron las garantías constitucionales, legales y jurisprudenciales vigentes para el caso en litigio y por ende, gozan de presunción legal.

## 6. TRAMITE PROCESAL Y ACTUACIONES

La demanda fue presentada el 07 de septiembre de 2021[6], y repartida a este Juzgado. El 16 de noviembre de 2021 se dispuso su admisión[7]:, providencia que se notificó a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL, a la Procuraduría General de la Nación y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado[8].

[6] Ver expediente digital – archivo acta reparto 3, SAMAI.
[7] Ver expediente digital – archivo Auto Admite 5, SAMAI.
[8]Ver expediente digital – archivo Notificación Demanda 7, SAMAI.

Dentro del término de traslado, la entidad accionada contestó la demanda[9] y mediante auto de 16 de agosto de 2022[10], se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, la cual fue celebrada el 30 de agosto de 2022[11], en el marco de la cual se fijó el litigio y se dispuso sobre el decreto de pruebas.

El día 04 de octubre de 2022 se celebró audiencia de práctica de pruebas al interior de la cual se practicaron las mismas y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.[12]

De la oportunidad procesal referida anteriormente, hizo uso tanto la parte demandante como la entidad demandada, en los siguientes términos:

### 6.1. Alegatos de Conclusión Demandante[13]:

La parte demandante presentó alegatos de conclusión en término, inicialmente reiteró los argumentos expuestos en la demanda, sin embargo, añadió que teniendo en cuenta las anteriores pruebas allegadas al proceso en la etapa correspondiente, se puede advertir que, el acto administrativo demandado

**i)** No se fundó en razones objetivas y hechos ciertos, porque tuvo en cuenta los hechos de una sentencia sin ejecutoriar que a la postre terminó siendo revocada, luego entonces, los hechos de la sentencia, que también fueron copiados en el acto administrativo resultaron ser mendaces;

**ii)** La valoración que se hizo no fue suficiente, razonada, ni proporcional, por cuanto se tomó una orden de captura por sentencia, no ejecutoriada, no decanta una conducta realizada, y debe primar el principio de presunción de inocencia que solamente se vence con sentencia debidamente ejecutoriada y;

**iii)** **No** se realizó el examen de fondo, completo y preciso, porque solamente se adjudicó, sin prueba alguna, un comportamiento penal.

Concluyó resaltando, que conforme a las piezas procesales allegadas, existe un nexo de causalidad entre la fecha en la que se produjo el retiro del servicio del hoy demandante, esto es, el 25 de marzo de 2021 y la fecha en la que fue expedida la sentencia condenatoria de primera instancia, el 17 de marzo de 2021. Es decir, la única razón para el retiro fue la sentencia de primera instancia, sin ejecutoriar, expedida por parte del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Conocimiento; argumento que se refuerza con su réplica en la resolución de retiro en la parte resolutiva del fallo aludido, de manera que, el acto administrativo demandado, no cumple con el estándar de motivación contemplado en la jurisprudencia, por lo tanto, debe decretarse su nulidad.

### 6.2. Alegatos de Conclusión Demandada[14]

[9] Ver expediente digital – archivo Contestación Demanda 8, SAMAI.
[10] Ver expediente digital – archivo Auto Fija Fecha Audiencia 11, SAMAI.
[11] Ver expediente digital – archivos Acta y Video Audiencia Inicial 15 y 16, SAMAI.
[12] Ver expediente digital – archivos Acta y Video Audiencia Pruebas 18 y 19, SAMAI.
[13] Ver expediente digital – archivo Alegatos demandante 20 - SAMAI
[14] Ver expediente digital – archivo Alegatos policía 21 - SAMAI

La parte demandada replicó los argumentos expuestos en el escrito de contestación, y adicionó en el sentido de concluir que el actor incurrió en constantes faltas, lo cual dio lugar a que la Junta de Evaluación y Clasificación de personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, mediante Acta No. 206 GUTAH – SUBCO, procedieran a verificar las actuaciones realizadas por el institucional, concluyendo ante la falta de adopción de planes preventivos y operativos, el desinterés por capacitarse frente asuntos de mejoramiento policial y el incumplimiento con las metas planteadas, la perturbación del servicio con sus acciones y omisiones, así como la buena marcha de la Institución, toda vez, que no atendía como era requerido su compromiso institucional al punto de afectar con su actitud la confianza institucional.

Finalmente enfatizó, que no es posible aceptar la permanencia en la Institución de un funcionario que no mantuvo incólume la confianza, siendo esta un factor determinante a la hora de vincular funcionarios en cargos de libre nombramiento y remoción por lo que su perdida constituye una razón justificada para dar por terminada la relación laboral existente entre la Institución y el hoy demandante, garantizando así la prestación del buen servicio, así como la satisfacción del interés público.

### 6.3. Ministerio Público:

La representante del Ministerio Público no emitió concepto alguno dentro del presente asunto.

Cumplido el trámite de Ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes.

## 7. CONSIDERACIONES

Por razones de orden metodológico, el Despacho en primer término identificará el problema jurídico y propondrá su tesis; posteriormente establecerá la normatividad aplicable al caso, para finalmente resolver el caso concreto, previo el análisis de las pruebas allegadas al plenario.

Este Juzgado es competente para el trámite, conocimiento y decisión del proceso, por razón de la naturaleza de la acción, la tipología del medio de control, la cuantía y el factor territorial, de acuerdo a lo normado por los artículos 155, 156 y 157 de la Ley 1437 de 2011.

### 7.1. Problema jurídico:

El Problema Jurídico, tal como quedó fijado en proveído de fecha 30 de agosto de 2022, dictado al interior de audiencia inicial, es el siguiente:

> (…)
> "…consiste en establecer si el señor JOWER DUVAN GUTIERREZ LEON tiene derecho a que sea reintegrado sin solución de continuidad al servicio activo de la Policía nacional en el mismo grado que ostentaba reconociéndole los dineros dejados de percibir y por lo tanto es nula la Resolución No. 0091 del 25 de marzo de 2021 que lo desvinculó del servicio."[15]

[15] Ver expediente digital – archivos acta y video audiencia inicial – 15 y 16 - SAMAI

(…)

### 7.2. Tesis del Despacho

Deberán negarse las pretensiones de la demanda, en la medida que el retiro por facultad discrecional no depende de la determinación que se tome dentro de un proceso penal, por ende, el Ejecutivo se encontraba facultado para desvincular del servicio al actor sin que previamente se hubiere decretado su suspensión en el cargo, o se hubiere resuelto en segunda instancia sobre su responsabilidad penal. De hecho, no se esgrime prueba conducente a desvirtuar las situaciones objetivas contenidas en el acta analizada como soporte al acto demandado, de suerte que, al mantenerse incólumes, no puede concluirse en la anulación de la decisión acusada por los cargos invocados.

### 7.3. Desarrollo de la tesis del despacho

En este acápite, el Despacho determinará las premisas fácticas, hechos debidamente probados y que resultan relevantes para la decisión final, así como las premisas jurídicas - normativas y jurisprudenciales -que sirven de sustento a la decisión.

7.4. Premisas Fácticas

### 7.4.1. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Previamente se ha de señalar que, se tendrá en cuenta el material probatorio documental recaudado dentro del presente proceso, toda vez que su presunción de autenticidad no fue objetada por las partes, lo que le permite a este operador judicial tener por acreditados los siguientes supuestos fácticos:

| HECHOS PROBADOS | MEDIO PROBATORIO |
|---|---|
| **1-.** Mediante Resolución 0091 del 25 de marzo de 2021, se retiró del servicio activo al demandante. | **Documental:** Resolución 0091 del 25 de marzo de 2021.<br><br>(Visible en el expediente digital del proceso, archivo 02, - Folio 2-26). |
| **2-.** El demandante ingresó a la Policía Nacional el 20 de diciembre de 2005 como patrullero de vigilancia, el último cargo ocupado fue como conductor, el cual desempeñó desde el 07 de noviembre de 2018 hasta el 26 de marzo de 2021. | **Documental:** Oficio No. GS-2021-035199-DITAH-ANAOC 1.10.<br><br>(Visible en el expediente digital del proceso, archivo 02, - Folio 29-30). |
| **3-.** Mediante sentencia de fecha 17 de marzo de 2021, emitida por el Juzgado 7º penal del circuito de Bogotá D.C., el demandante fue condenado por el delito de acto sexual con menor de 14 años. | **Documental:** Sentencia de fecha 17 de marzo de 2021<br><br>(Visible en el expediente digital del archivo 02, Folio 42 al 54) |

.

| | |
|---|---|
| **4-.** Contra la sentencia condenatoria referida, la defensa del actor en el proceso penal interpuso recurso de apelación. | **Documental:** Formulario de evaluación del desempeño policial para el año 2018.<br><br>(Visibles en el expediente digital del archivo 02, folios 55 al 108) |
| **5.** A través de acta No. 206 del 24 de marzo de 2021, la junta de evaluación y clasificación de la policía metropolitana de Bogotá recomendó el retiro del servicio del demandante. | **Documental:** Acta No. 206 del 24 de marzo de 2021.<br><br>(Visibles en el expediente digital del archivo 02, folios 109-143) |
| **6.** Según el formulario II de seguimiento realizado al demandante para el año 2021, se registraron durante el primer trimestre toda la vigencia 2 anotaciones desfavorables. | **Documental:** Formulario II de seguimiento año evaluado 2021<br><br>(Visible en el expediente digital del proceso, archivo 02, – Folio 294 al 301). |
| **7.** Según el formulario II de seguimiento realizado al demandante para el año 2020, se registraron durante toda la vigencia 15 anotaciones desfavorables. | **Documental:** Formulario II de seguimiento año evaluado 2020<br><br>(Visible en el expediente digital del proceso, archivo 02, – Folio 253 al 293). |
| **8.** A través de sentencia de segunda instancia proferida el 22 de octubre de 2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, se revocó la sentencia condenatoria de primera instancia y en consecuencia se absolvió al actor por el delito que se le acusaba. | **Documental:** Sentencia de segunda instancia proferida el 22 de octubre de 2021.<br><br>(Visible en el expediente digital del proceso, archivo 10 – Folio 6 al 19) |

7.5. Premisas jurídicas

**7.5.1. Marco normativo y jurisprudencial. Del Retiro del Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por Voluntad de la Dirección General – Facultad Discrecional.**

De conformidad con lo normado en el artículo 218 de la Constitución Política de 1991, la Policía Nacional es un cuerpo armando 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 vivan en paz, y en razón de la naturaleza de la función asignada, el constituyente dispuso que la Ley debe reglamentar su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

En consideración a ello, y en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 578 de 2000, el Gobierno Nación expidió el Decreto Ley 1791 de 2000 mediante el cual se modifican las normas de carrera de personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, normatividad que regula la carrera profesional de los mencionados estableciendo la jerarquía, especialidad y escalafón de cada uno de los cargos de la institución, se tiene que el cargo de Patrullero hace parte del Nivel Ejecutivo de la entidad[16].

[16] Artículo 5° del Decreto Ley 1791 del 14 de septiembre de 2000, modificado por el artículo 2° de la Ley 1792 de 2016.

Así mismo, definió el concepto de retiro, como la situación administrativa por la cual el personal uniformado de la institución, sin perder el grado, cesa la obligación de prestar el servicio, retiro que, para el caso de los miembros del Nivel Ejecutivo, se hará por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el director general de la Policía Nacional[17].

En concordancia con lo anterior, la norma en su artículo 55 ibídem, estableció las causales de retiro de los miembros de la Policía Nacional, entre las que se encuentra el retiro por voluntad del Ministerio de Defensa o la Dirección General la Policía Nacional por delegación para el Nivel Ejecutivo y los Agentes.

Es así como, en el artículo 62 de la norma en cita se estableció que, por razones del servicio y en forma discrecional, la Dirección General de la Policía Nacional por delegación del Ministro de Defensa Nacional, respecto de los miembros perteneciente al Nivel Ejecutivo y de los Agentes, podrán disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva (Decreto 1800 del 14 de septiembre de 2000, "Por el cual se dictan normas para la evaluación del desempeño del personal uniformado de la Policía Nacional"), función que se encuentra establecida en el numeral 3° del artículo 22 del Decreto Ley 1791 de 2000.

En ese orden, considerando la función dispuesta a cargo de la Policía Nacional, de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar que los habitantes del país, el ordenamiento jurídico considero necesario, amén de la existencia de un régimen de carrera especial para sus miembros, permitir cierta flexibilidad dentro del mismo, que permita garantizar el cabal cumplimiento de las tareas encomendadas a tal institución.

Ahora, como el retiro por voluntad del Gobierno Nacional de los miembros de la Policía Nacional que pertenecen al Nivel Ejecutivo y de los Agentes, conlleva el ejercicio de una facultad discrecional, entendida como la potestad jurídica del Estado que le permite a la autoridad administrativa adoptar una u otra decisión, que para el caso que nos ocupa, consiste en determinar la permanencia o el retiro del servicio, cuando a su juicio las necesidades del servicio así lo requieran, sin embargo, debe resaltarse que la mencionada facultad discrecional no es absoluta, lo que implica que no puede ejercerse de manera arbitraria, ya que la misma se encuentra supeditada a postulados de razonabilidad y racionalidad.

Entonces, la razonabilidad y racionalidad como elementos de la discrecionalidad, según la Corte Constitucional, implica:

> "La razonabilidad hace relación a un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad". En cambio, la racionalidad, —expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos. Es simplemente producto de la esencia racional del ser humano. Por lo anterior es posible afirmar que no es improbable que se presente la eventualidad de que un trato desigual racional -el supuesto de hecho, el trato desigual y la finalidad sean coherentes entre sí- no sea razonable, porque la finalidad perseguida no es constitucionalmente admisible, como tampoco cabe desechar que unos supuestos de hecho distintos con una estructura razonable sea objeto de una diferenciación irracional".[18]

[17] Artículo 54 del Decreto Ley 1791 del 14 de septiembre de 2000, del cual se declararon inexequibles por la Corte Constitucional algunos apartes del mismo, mediante sentencia C – 253 del 25 marzo 2003
[18] Corte Constitucional Sentencia T-445 de octubre 12 de 1994, M.P Alejandro Martínez Caballero.

Se ve con claridad, que los agentes de la administración previa expedición de un acto administrativo de carácter discrecional deben hacer uso de los principios de razonabilidad y racionalidad, esto es, hacer un despliegue intelectual sobre las razones y motivos que llevan en este caso al comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, expedir el acto de retiro.

Por su parte, el Consejo de Estado sostuvo que:

> (…)
> "La regla y medida de la discrecional de un instrumento como el retiro del servicio por voluntad del gobierno de la Dirección General de la Policía Nacional es la razonabilidad; en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir equivale a la satisfacción del interés general y, por ende, a partir de la observación de los elementos facticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad".[19]
> (…)

En lo que atañe al Principio de Proporcionalidad, además de los mandatos anteriormente referidos, se aplica por conexidad con dos finalidades: el primero sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto; y el segundo es un criterio de control, pues debe adoptarlo el Juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa.

Precisamente, en este sentido el Consejo de Estado hizo referencia de la siguiente forma "las potestades regladas, la proporcionalidad ya viene calculada, sólidamente por el legislador, quien asume la tarea en forma directa, de precisar el sentido de una decisión administrativa".[20] No obstante, difícilmente una potestad reglada lo es en tal intensidad que no admita un margen de apreciación del tema, de manera que son esos pequeños o un poco más amplios sus espacios donde la proporcionalidad vuelve a tomar un pulso y allí hace su aparición una vez más.

Como se mencionó, la expedición de un acto administrativo de carácter discrecional implica el estudio exhaustivo de las razones y motivos que llevan a que el acto y su expedición sean conforme al ordenamiento jurídico.

Sobre el particular, la Corte Constitucional mediante **sentencia de unificación SU 172-15 fijó un estándar mínimo de motivación en actos de retiro discrecional por voluntad del Gobierno Nacional o de la Dirección General de la Policía Nacional por delegación**, a juicio de la Corte, estos actos administrativos deben estar sustentados, cumplir las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad entre las consecuencias que generan y los fines constitucionales que persiguen, providencia de la que es importante extraer:

> (…)
> " … 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

[19] Consejo de Estado Sala de Contencioso Administrativo, Sección 2° Subsección "B" Sentencia del 09 de febrero de 2012 Radicado 68001-23-15-000-2001-01079-028(2190-10
[20] Consejo de Estado Sentencia 17009 de noviembre 13 de 2008, M.P Enrique Gil Botero.

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 constitucional[21]. 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**. (…)"[22]

Con todo, la discrecionalidad para la remoción de subalternos por parte de la respectiva autoridad no significa arbitrariedad, sino que ella es un instrumento necesario, para el correcto funcionamiento de tales instituciones, sin perjuicio de la justificación de motivos como elemento a examinar.

El Consejo de Estado sobre este particular, sostuvo:

(…)

[21]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.
[22] Corte Constitucional sentencia SU 172 del 16 de abril de 2015, expediente T-4.076.348, Magistrada Ponente Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

> "No se trata de exigir la motivación del acto sino la justificación de los motivos, la primera es un aspecto formal propio de algunas decisiones que implica la expresión en el texto del acto de las razones de su expedición, la segunda es un elemento de su entraña, de su esencia y formación, por ende, es la parte sustancial del acto…".[23]
> (…)

En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos, y en este sentido, **corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor**, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida.

Igualmente, en la sentencia SU 091 de 201626, la H. Corte Constitucional se refirió al retiro del servicio por voluntad discrecional en ejercicio de la facultad prevista en los artículos 1 de la Ley 857 de 2003 y 55 numeral 6 y 62 del Decreto Ley 1791 de 2000, — pese a que la referida sentencia está especialmente relacionada con el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios — reiteró que, es necesaria la expedición de un acto administrativo de retiro emitido por autoridad competente previa recomendación realizada mediante Acta por la Junta de Evaluación correspondiente, procedimiento que está condicionado al seguimiento de las pautas previstas por la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

En relación con los perjuicios materiales, en tanto son solicitados su reconocimiento por la parte demandante en grado de pretensión, debe referirse que los mismos están regulados en el artículo 1614 del Código Civil[24], y sobre los perjuicios inmateriales tenemos los perjuicios morales entendidos como "la afectación sufrida de bienes no patrimoniales que causa a una persona un acto contrario a derecho. con su reconocimiento se busca compensar el dolor antijurídico, el impacto sentimental, que sufrió una persona como consecuencia del proceder del estado"[25], los cuales son procedentes en la medida en que se encuentren acreditados dentro del proceso, por parte de quien alega haberlos sufrido, de acuerdo con lo previsto por el artículo 167 del Código General del Proceso.[26]

Considerando los parámetros señalados anteriormente, se desciende al caso concreto en los siguientes términos:

## 8. CASO CONCRETO

[23] Consejo de Estado Sentencia del 3 de agosto de 2006 M.P Alejandro Ordoñez Maldonado.
[24]Artículo 1614. Daño emergente y lucro cesante. Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.
[25] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 12 de marzo de 2009, Radicación número: 44001- 23-31-000-2003-00499-01(7150-05), Actor: Samuel Santander Lanao Robles, C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila.
[26] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de septiembre de 2012, Radicación número: 76001-23-31-000-2007-00481-01(1604-09), Actor: Liana Fernanda Sierra Urbano y Otra, C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

**8.1. Análisis de los cargos de nulidad invocados por la parte actora.**

Tal como ha se referido en precedencia, la parte demandante formuló contra el acto acusado los siguientes cargos: **i)** Infracción a las normas en que debía fundarse el acto acusado, **ii)** Vulneración al artículo 8º Convencional, **iii)** Falsa motivación y **iv)** Desviación de poder, corresponde en consecuencia abordar el estudio respectivo así:

**8.1.1. Sobre el cargo referido a la vulneración del artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos,** la parte actora básicamente sostiene que el desconocimiento de la norma convencional referida se concretó cuando no se dio la oportunidad al afectado de recurrir en sede administrativa la decisión de retiro del servicio.

Respecto a tal planteamiento, el Despacho considera, en principio, que la posibilidad de recurrir el acto de retiro en etapa administrativa, está orientada a materializar el derecho de defensa y contradicción, no obstante, no podemos desligar tal supuesto del contexto fáctico y jurídico en que se produjo la desvinculación, es decir, producto del ejercicio de una potestad discrecional, en tal evento, la no procedencia de recursos en sede administrativa no compromete el núcleo del debido proceso en las dimensiones ya indicadas (defensa y contradicción), por cuanto precisamente la controversia que pudiera invocarse en dicha etapa inicial, se traslada al control jurisdiccional o juicio de legalidad que procede sobre los actos proferidos al amparo de la facultad discrecional referida, cuya naturaleza impone una ejecución inmediata, de manera que, se reserva la contradicción en sede judicial, previo conocimiento por parte del afectado de las causas que originaron el retiro, de suerte que pueda cuestionarlas ante el juez natural.

De otra parte, según la decisión asumida, se consideraron antecedentes administrativos relacionados con la desatención a parámetros definidos por la Policía Nacional para prestar el servicio adecuadamente y la perdida de confianza institucional originada igualmente en la actitud del servidor afectado con la decisión de retiro.

En ese orden, el cargo formulado no prospera, en la medida que la no procedencia de recursos administrativos contra la decisión de retiro, a juicio del Despacho, en el escenario analizado, no registra la entidad requerida para anular el acto atacado y el ejercicio de facultad legal se realiza con arreglo al reglamento establecido con tal finalidad..

**8.1.2. En relación con el cargo de falsa motivación,** se ha sostenido por la parte demandante que el acto administrativo de retiro refiere anotaciones que no miden el desempeño del funcionario, sino que se trata del mero seguimiento de su gestión, no obstante, no se verificaron las anotaciones de los periodos evaluables ni las evaluaciones del desempeño, que dan al traste con la motivación del acto; esto es, se calificó su actuar trayendo solo lo desfavorable y en contravía a las normas de evaluación enunciadas y nunca se remitió a aquello que lo favorecía.

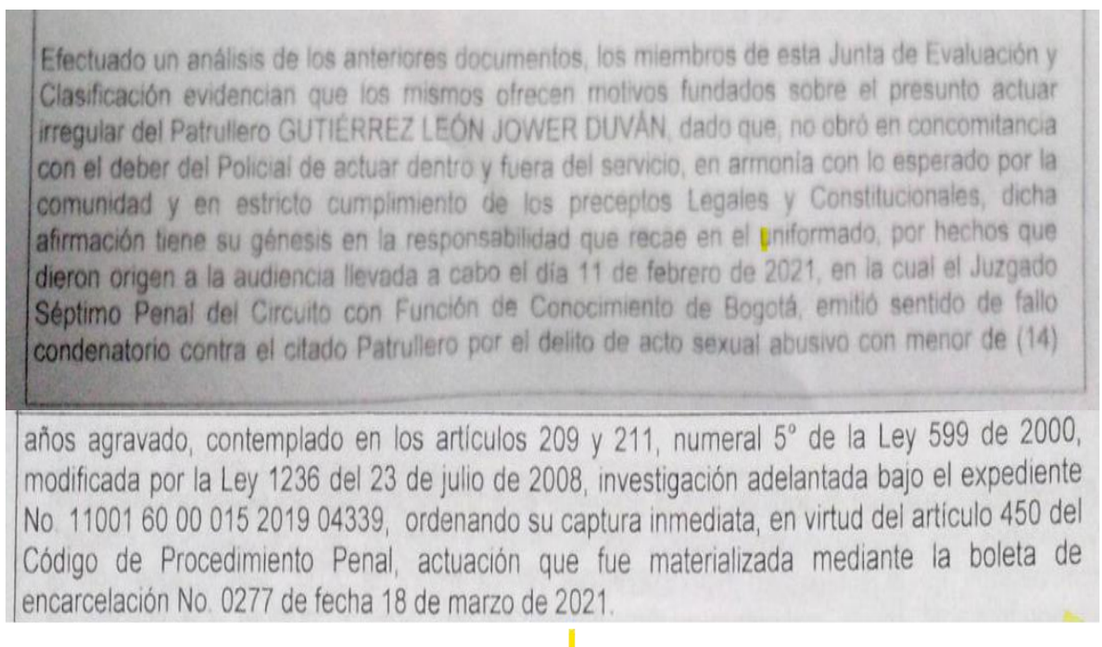
Así mismo destacó, que las razones de hecho y de derecho expuestas tanto en el acto administrativo de retiro como en el acta de la Junta de Evaluación y Clasificación no tienen la connotación o el alcance para haber adoptado la decisión de retiro discrecional, es decir, no cumple el requisito de proporcionalidad,

siendo evidente que el retiro de la Policía Nacional no tiene una motivación diferente a la captura del demandante y que las anotaciones en el formulario de seguimiento fueron usadas para hacer creer que la Policía tenía otros motivos para adoptar la desvinculación.

Para resolver sobre el cargo alegado, debe recordarse inicialmente que la falsa motivación como vicio que nulita un acto administrativo, consiste básicamente en que el mismo carecía de hechos determinantes para su expedición o que los supuesto facticos aducidos en su contenido no se acompasan con la realidad o sufren tergiversación.

De cara a los argumentos esbozados por la parte actora en grado de nulidad por falsa motivación, la discusión se contrae a establecer, si las causas invocadas en el acto atacado estaban o no objetivamente demostrados, veamos:

En efecto, se aprecia que tanto en el acta No. 206 del 24 de marzo de 2021, como en la decisión acusada de nulidad, el hecho que motivó el retiro del actor y la consecuente pérdida de la confianza, fue la orden de encarcelación en el marco del proceso penal adelantado en su contra. Al respecto se cita el siguiente aparte contenido en ambos documentos:



Efectuado un análisis de los anteriores documentos, los miembros de esta Junta de Evaluación y Clasificación evidencian que los mismos ofrecen motivos fundados sobre el presunto actuar irregular del Patrullero GUTIÉRREZ LEÓN JOWER DUVÁN, dado que, no obró en concomitancia con el deber del Policial de actuar dentro y fuera del servicio, en armonía con lo esperado por la comunidad y en estricto cumplimiento de los preceptos Legales y Constitucionales, dicha afirmación tiene su génesis en la responsabilidad que recae en el uniformado, por hechos que dieron origen a la audiencia llevada a cabo el día 11 de febrero de 2021, en la cual el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, emitió sentido de fallo condenatorio contra el citado Patrullero por el delito de acto sexual abusivo con menor de (14) años agravado, contemplado en los artículos 209 y 211, numeral 5° de la Ley 599 de 2000, modificada por la Ley 1236 del 23 de julio de 2008, investigación adelantada bajo el expediente No. 11001 60 00 015 2019 04339, ordenando su captura inmediata, en virtud del artículo 450 del Código de Procedimiento Penal, actuación que fue materializada mediante la boleta de encarcelación No. 0277 de fecha 18 de marzo de 2021.

El Despacho analiza, según la consideración citada, que la entidad demandada, aunque poco ortodoxa, en el texto de la resolución se refirió al actor como presunto autor del comportamiento reprochado, sin embargo, la encarcelación ordenada, no solo fue invocada como motivante para ordenar el retiro del servicio, sino también la causa que comprometió la confianza que le ligaba con la institución, así como el factor que se alude afectante a la imagen institucional.

Tiene razón el actor al expresar, que en la hoja No. 11 de la resolución atacada no debieron hacerse apreciaciones por parte de la entidad, referidas a que la conducta cuestionada penalmente al demandante fue realizada con elementos pertenecientes al dolo (conocimiento), sin embargo, como se indica anteriormente, tal apreciación poco ortodoxa no soslaya de manera absoluta o

permite negar que el hecho cierto, objetivo y verificable invocado en el acto de retiro consistió en que al accionante le fue emitida una orden de encarcelación.

En este punto de la discusión es importante referir, que si bien el artículo 50 del aludido Decreto 1791 determina que, "cuando en contra de un uniformado se dicte medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, el Director General de la Policía Nacional dispondrá su suspensión en ejercicio de funciones y atribuciones", lo cierto es que el numeral 6 del artículo 55 de la misma normativa, consagra que el retiro del servicio procede por la sola voluntad del Ministro de Defensa o de la Dirección General de la Policía Nacional, es decir, si la administración decide retirar a un agente de la Policía, no es necesario que previamente recaiga sobre él una suspensión o medida de aseguramiento, pues el citado artículo 55 no supedita la imposición de sanción a la existencia de una condición especial.

Lo anterior, sin perjuicio del concepto previo de la Junta de Evaluación y Clasificación, requisito que fuera cumplido según lo previsto en el artículo 62 de la citada norma[27].

Así las cosas, el marco legal descrito hasta ahora no prevé que el retiro por facultad discrecional dependa de la determinación que se tome dentro de un proceso penal, por ende, el Ejecutivo se encontraba facultado para desvincular del servicio al actor sin que previamente se hubiere decretado su suspensión en el cargo, o se hubiere resuelto en segunda instancia sobre su responsabilidad penal.

Se destaca, que el retiro del demandante obedeció no solamente al hecho cierto o razón objetiva, consistente en la orden de encarcelación por la supuesta comisión de un delito; sino a su actitud ante el servicio por su desdén ante la posibilidad de capacitarse y por no asistir o no presentarse oportunamente a su sitio de trabajo en determinadas ocasiones o lugares, que perturban la labor asignada a la Fuerza Pública que siempre debe ser oportuna.

Por lo tanto, se cumple el requisito de objetividad fijado por la jurisprudencia aplicable en la materia, específicamente sobre el estándar de motivación justificante y en razón a ello, se anticipa, el cargo invocado no tiene vocación de prosperar.

Prosiguiendo, tenemos que conforme al artículo 14 del Decreto Ley 1800 de 2000, la concertación de la gestión se realiza a partir del conocimiento de las políticas, metas institucionales y estratégicas, por ende, definen la participación del evaluado en los procesos inherentes a su cargo.

Por su parte el artículo 10 de la Resolución 04089 de 2015[28], alude que la concertación es el acuerdo al cual llegan el evaluador y el evaluado sobre las metas en función de las prioridades institucionales, del área respectiva y de los procesos determinados para cada factor de desempeño profesional.

[27] El artículo 62 del Decreto 1791 de 2000 dispone que: "Por razones del servicio y en forma discrecional, la Dirección General de la Policía Nacional por delegación del ministro de Defensa Nacional, para el nivel ejecutivo, y agentes podrán disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva".
[28] "Por la cual se establecen los parámetros para el diligenciamiento de los documentos en el proceso de evaluación del personal uniformado hasta el grado de coronel de la Policía Nacional y de determinan las funciones de la Junta de Calificación de la Gestión."

Es importante resaltar, que conforme al artículo 13 del decreto señalado, el proceso de evaluación comprende varias etapas, inicialmente la concertación de la gestión, le sigue el seguimiento, posteriormente la evaluación, revisión y finalmente la clasificación del desempeño personal y profesional.

En ese orden, el acta referida inicialmente cuyo contenido fue replicado en el acto demandado, hizo un recuento de la concertación de la gestión para las vigencias 2019, 2020 y 2021 y a partir de ello, se remitió a verificar los registros que reposaban en el formulario de seguimiento del actor en tales años.

Sobre la etapa de seguimiento en el marco del proceso de evaluación permanente al cual son sometidos los miembros de la policía nacional, debe referirse conforme al artículo 19 de la resolución aludida, que se concreta a través del diligenciamiento de un documento o formulario en el cual se realizan las anotaciones de forma cronológica de aquellos eventos que afecten determinado factor-subfactor y que tienen incidencia directa en la evaluación.

Sobre los registros contenidos en los formularios de seguimiento del demandante y que fueron considerados en el acta analizada, se verifica que fueron referidos aquellos calificados como AFECTACIONES, es decir, circunstancias que inciden en el factor de condiciones personales del evaluado.

Entonces, siguiendo las pautas referidas en la sentencia de unificación ya señalada, se confronta el contenido del acta emitida por la junta de evaluación y que sirvió de base al acto demandado, con los formularios de seguimiento mencionados, encontrando que guardan coherencia las anotaciones o registros invocados, tanto en uno como otro instrumento.

Los registros de afectación aludidos en el acta y que se reitera constan en los formularios de seguimiento, se resumen en que el evaluado incumplió ordenes emitidas por el superior, no reportó información en las herramientas tecnológicas dispuestas para tal fin e incumplió con las capacitaciones requeridas para alcanzar el ajuste al perfil de cargo.

Ahora, sobre los registros aludidos que fueron marcados por la autoridad evaluadora como AFECTACIÓN, se reitera, implican circunstancias que inciden en el factor de condiciones personales del evaluado, es decir, a la luz del literal b) del artículo 23 de la Resolución No. 04089 de 2015, se tipifican como "*anotaciones de condiciones personales*" y son aquellas que consignan hechos o circunstancias respecto a los sub-factores de comportamiento y habilidades gerencias, aspectos que son considerados para la evaluación del personal uniformado conforme al numeral 1° del artículo 11° ibidem.

De manera que, no le asiste razón a la parte demandante al afirmar que las anotaciones vertidas en el acta examinada son de seguimiento y no inciden en la evaluación, por cuanto el comportamiento y habilidades gerenciales como sub-factores que integran el factor de condiciones personales, se impactan cuando al evaluado le son registradas anotaciones con grado de afectación del servicio de acuerdo a las normas en cita.

Debe enfatizarse a su vez, que en los términos del artículo 52 del Decreto Ley 1800 de 2000, contra las anotaciones dejadas en los formularios de seguimiento procede reclamación, a las cuales el evaluado no acudió por inconformidad.

En tal sentido, no se aprecia comprometido el derecho de defensa y contradicción como componentes que integran el debido proceso al demandante, ya que respecto a las anotaciones registradas en los formularios de seguimiento contaba con la posibilidad de recurrir o reclamar y adicional a ello, en el acta emanada por la junta de evaluación fueron debidamente discriminadas las anotaciones consideradas o tenidas en cuenta para la recomendación, precisamente para que pudieran ser controvertidas en esta sede judicial, ya que como se precisó en líneas anteriores, el concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, sin perjuicio del examen de informes, formularios o diligencias previas a que haya lugar.

Entonces, de acuerdo a lo examinado hasta el momento, tenemos que el concepto o recomendación de la junta de evaluación que sirvió de base para la decisión de retiro aquí demandada, siguiendo los parámetros jurisprudenciales ya mencionados a partir de la sentencia de unificación señalada, fue razonada, estuvo soportada en razones objetivas, hechos ciertos y se fundamentan en los formularios de seguimiento que previamente fueron diligenciados en atención al desempeño del demandante y seguimiento que corresponde en el marco del proceso de evaluación.

Así las cosas, al no apreciar que los hechos en que se fundamentó el acto de retiro hayan sido falseados, tergiversados o su apreciación fuere errónea, no prospera el cargo de falsa motivación invocado.

**8.1.3. En lo que atañe al cargo de desviación de poder,** la parte actora sostiene que resulta inconcebible el hecho que una captura por orden judicial sea tratada como si fuese un juicio de responsabilidad, por lo que refulge con claridad la desviación de poder en la producción y emisión del acto administrativo que dispuso el retiro del demandante, por cuanto el supuesto mejoramiento del servicio con su retiro discrecional está desdibujado.

Para resolver, se considera que la desviación de poder como causal de nulidad de los actos administrativos, tiene lugar cuando el acto, si bien fue expedido por un órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto[29]".

En palabras de la doctrina, se da "cuando se persigue un fin espurio, innoble o dañino como cuando se procura un fin altruista o benéfico para el Estado o la sociedad, pero que en todo caso es distinto del autorizado o señalado por la norma pertinente"[30].

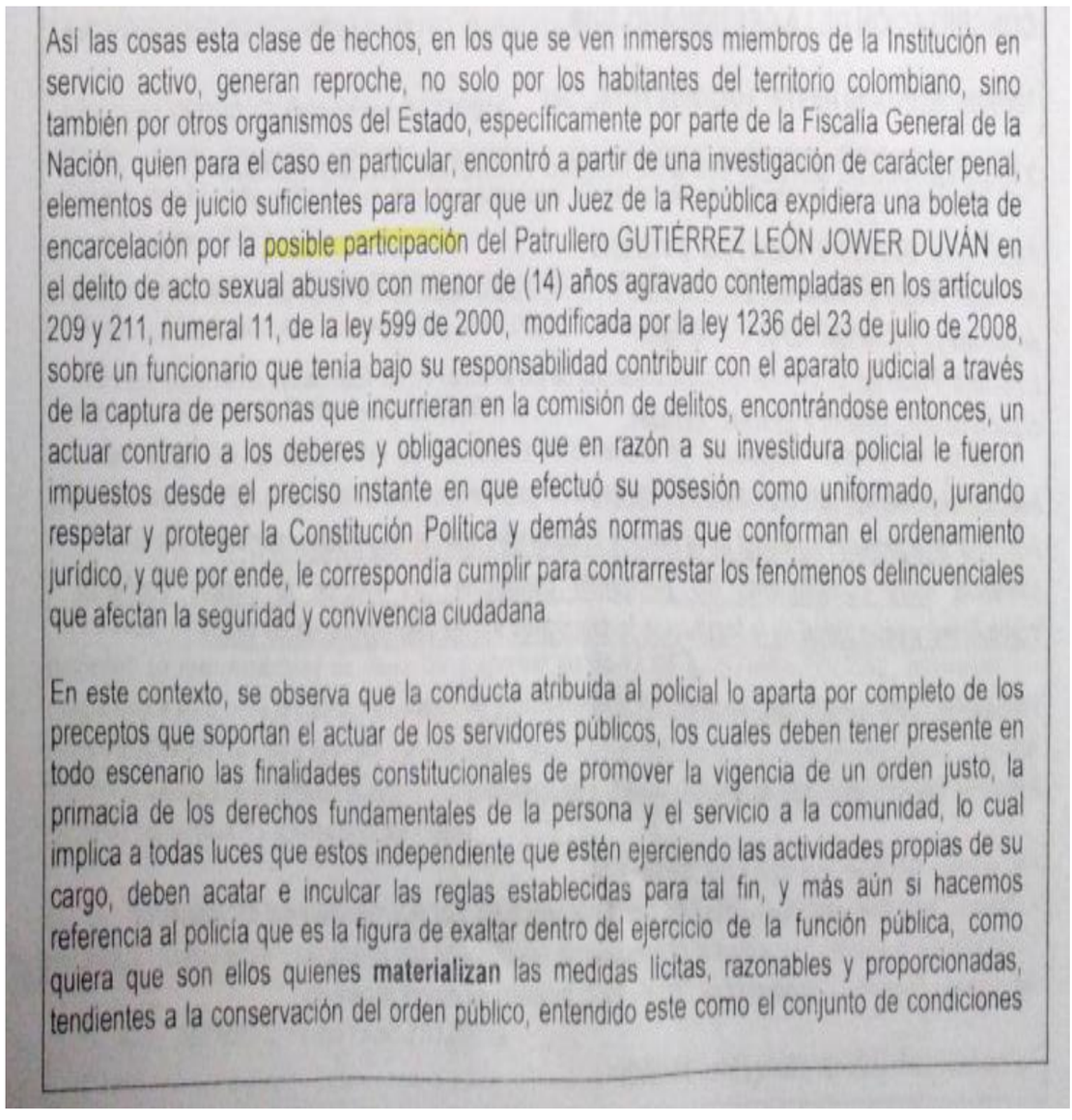
Ahora, tratándose de actos administrativos discrecionales, los elementos que permiten valorar su validez frente a la desviación de poder son el interés general y el mejoramiento del servicio, ya que permiten dilucidar si la manifestación de voluntad de la administración persiguió los fines establecidos en el ordenamiento

[29] BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo, según la Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina. Librería Ediciones del Profesional: Bogotá, D.C. pág. 547

[30] Ibidem.

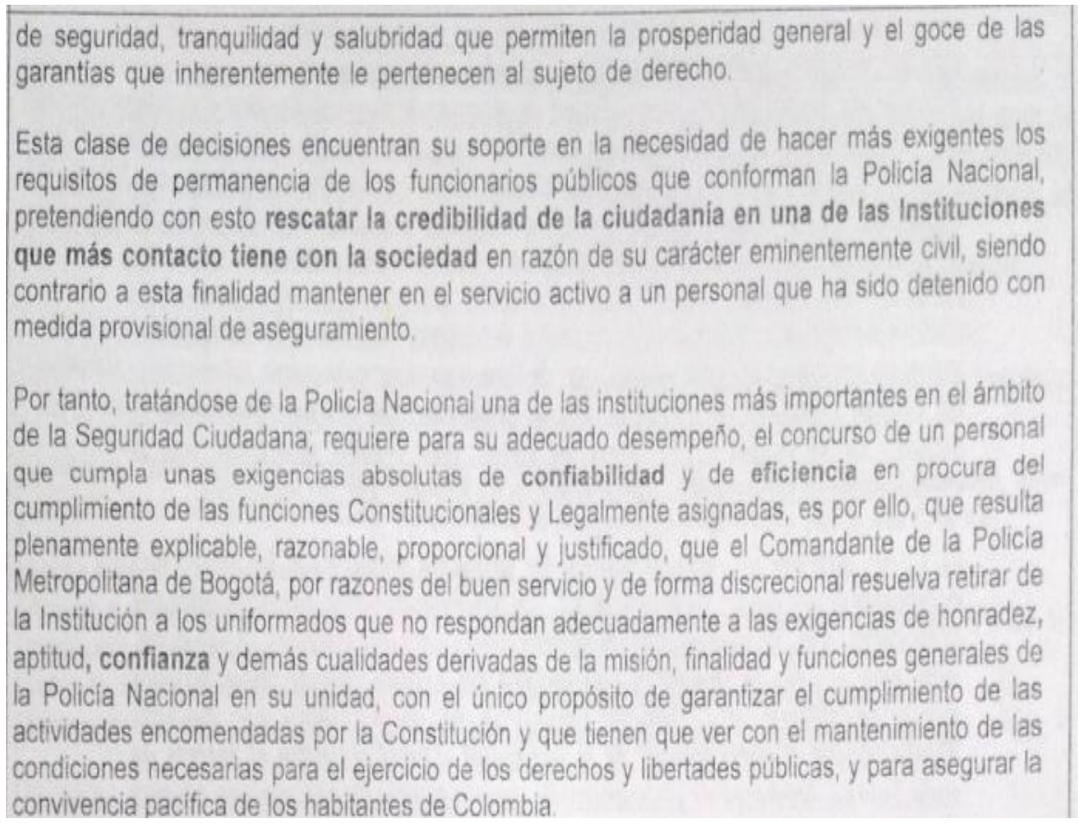
jurídico y, bajo estos supuestos, se determinará si la resolución demandada se encuentra viciada de nulidad.

Luego de revisar el acto enjuiciado, se puede constatar que uno de los móviles esbozados por la administración para retirar al actor fue la perdida de confianza. Al respecto, se destaca el siguiente aparte del acto enjuiciado:



Así las cosas esta clase de hechos, en los que se ven inmersos miembros de la Institución en servicio activo, generan reproche, no solo por los habitantes del territorio colombiano, sino también por otros organismos del Estado, específicamente por parte de la Fiscalía General de la Nación, quien para el caso en particular, encontró a partir de una investigación de carácter penal, elementos de juicio suficientes para lograr que un Juez de la República expidiera una boleta de encarcelación por la posible participación del Patrullero GUTIÉRREZ LEÓN JOWER DUVÁN en el delito de acto sexual abusivo con menor de (14) años agravado contempladas en los artículos 209 y 211, numeral 11, de la ley 599 de 2000, modificada por la ley 1236 del 23 de julio de 2008, sobre un funcionario que tenía bajo su responsabilidad contribuir con el aparato judicial a través de la captura de personas que incurrieran en la comisión de delitos, encontrándose entonces, un actuar contrario a los deberes y obligaciones que en razón a su investidura policial le fueron impuestos desde el preciso instante en que efectuó su posesión como uniformado, jurando respetar y proteger la Constitución Política y demás normas que conforman el ordenamiento jurídico, y que por ende, le correspondía cumplir para contrarrestar los fenómenos delincuenciales que afectan la seguridad y convivencia ciudadana

En este contexto, se observa que la conducta atribuida al policial lo aparta por completo de los preceptos que soportan el actuar de los servidores públicos, los cuales deben tener presente en todo escenario las finalidades constitucionales de promover la vigencia de un orden justo, la primacía de los derechos fundamentales de la persona y el servicio a la comunidad, lo cual implica a todas luces que estos independiente que estén ejerciendo las actividades propias de su cargo, deben acatar e inculcar las reglas establecidas para tal fin, y más aún si hacemos referencia al policía que es la figura de exaltar dentro del ejercicio de la función pública, como quiera que son ellos quienes **materializan** las medidas lícitas, razonables y proporcionadas, tendientes a la conservación del orden público, entendido este como el conjunto de condiciones



de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de las garantías que inherentemente le pertenecen al sujeto de derecho.

Esta clase de decisiones encuentran su soporte en la necesidad de hacer más exigentes los requisitos de permanencia de los funcionarios públicos que conforman la Policía Nacional, pretendiendo con esto **rescatar la credibilidad de la ciudadanía en una de las Instituciones que más contacto tiene con la sociedad** en razón de su carácter eminentemente civil, siendo contrario a esta finalidad mantener en el servicio activo a un personal que ha sido detenido con medida provisional de aseguramiento.

Por tanto, tratándose de la Policía Nacional una de las instituciones más importantes en el ámbito de la Seguridad Ciudadana, requiere para su adecuado desempeño, el concurso de un personal que cumpla unas exigencias absolutas de **confiabilidad** y de **eficiencia** en procura del cumplimiento de las funciones Constitucionales y Legalmente asignadas, es por ello, que resulta plenamente explicable, razonable, proporcional y justificado, que el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, por razones del buen servicio y de forma discrecional resuelva retirar de la Institución a los uniformados que no respondan adecuadamente a las exigencias de honradez, aptitud, **confianza** y demás cualidades derivadas de la misión, finalidad y funciones generales de la Policía Nacional en su unidad, con el único propósito de garantizar el cumplimiento de las actividades encomendadas por la Constitución y que tienen que ver con el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar la convivencia pacífica de los habitantes de Colombia.

La pérdida de confianza o credibilidad cobra sentido si se considera que la entidad retiró al actor por la orden de encarcelación que fue librada en su contra por la supuesta comisión de un hecho punible, de hecho, se observa que, a lo largo del contenido de la decisión cuestionada, se refirió al actor como posible o presunto autor del comportamiento de relevancia penal. Por otro lado, no se encuentra elementos de prueba que permitan acreditar que la desvinculación del actor haya perseguido un fin oscuro alejado de la ley o la Constitución.

Es de anotarse que la carga probatoria sobre el probable desvío de poder recaía sobre el demandante; sin embargo, dicha obligación no fue satisfecha. Adicionalmente, se reitera que el concepto de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, personal del nivel Ejecutivo y Agentes, es un requisito previo sobre el cual se precisa, buscaba el mejoramiento del servicio. Por esa razón, y recordando que en el sub judice la referida Junta recomendó el retiro del servicio activo del actor en atención a la deprecada pérdida de confianza, se concluye que, en este aspecto, el acto enjuiciado también pretendió el mejoramiento del servicio.

Con todo, la discusión propuesta por la parte demandante por el cargo de desviación de poder, se ha centrado también en que al momento que la entidad demandada dispuso el retiro del demandante, no consideró los resultados satisfactorios o superiores que arrojaron las evaluaciones de desempeño en los años analizados.

De hecho, la parte actora alega, que no es posible afirmar que el demandante afectó con su comportamiento el servicio y a su vez se le haya calificado su servicio policial en un nivel superior, lo cual amerita un estímulo, no su retiro.

Para resolver sobre dicho tópico, se considera relevante traer a colación un reciente pronunciamiento unificador de nuestro órgano de cierre, que sobre el particular refirió con claridad lo siguiente:

> (…)
> "En este orden de ideas, para la Sala resulta claro que el acto administrativo de retiro del accionante tuvo como fundamento el concepto previo de la junta asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, tal como lo exige el artículo 4.° de la Ley 857 de 2003, la cual plasmó explícitamente las motivaciones de su recomendación en el acta 7 de 30 de marzo de 2009, dado que en la sesión inicialmente celebrada no lo había hecho (5 de diciembre de 2008), por lo que el accionante tuvo la oportunidad de conocer las razones fácticas por las que se dispuso su desvinculación y, en tal sentido, se procede a analizar si estas colman las condiciones de proporcionalidad y razonabilidad."
> …
> "Por ende, carece de asidero jurídico la afirmación del demandante de que las razones de servicio aducidas en el acto administrativo demandado «[…] contradice[n] a todas luces el excelente desempeño profesional del oficial […]», puesto que, además de lo anterior, pese a que en las evaluaciones de desempeño policial obtuvo un puntaje de carácter superior en los últimos tres años de servicios (2006-2008), obsérvese que esas calificaciones las realizó un funcionario diferente al comandante del departamento de policía al que pertenecía el actor (subcomandante [2008] y comandantes operativo de seguridad ciudadana [2006 y 2007], de la estación centro y del primer distrito de Pasto [2007]), de acuerdo con las anotaciones realizadas en el formulario de seguimiento, también diligenciadas por ellos, de las cuales ya en los años 2006 y 2007 presentaba algunas acerca de su falta de compromiso institucional e incumplimiento a las órdenes impartidas por sus superiores."
>
> "Asimismo, recuérdese que la valoración probatoria debe hacerse respecto de toda la documentación y demás pruebas que se hayan allegado al proceso, por lo que no puede pretender el accionante que solo se tenga en cuenta el puntaje de su calificación para desvirtuar las demás circunstancias que rodeaban su desempeño policial (existencia de los hechos indicados en el acto administrativo) y que evidenciaban conductas no acordes a la misión institucional. Se reitera, que en atención a las finalidades de la fuerza pública dentro del Estado social de derecho, en particular la preservación de orden público, su personal debe contar con la más alta aptitud, compromiso, confianza y responsabilidad en el ejercicio de sus funciones públicas, de ahí que el Gobierno nacional (en el caso de los oficiales) tenga la posibilidad de ejercer de manera discrecional la facultad concedida legalmente para disponer el retiro del servicio de aquellos uniformados que no colmen los estándares de buen servicio de la institución castrense o policial."[31] (Subraya y negrita del Despacho).
> (…)

Es claro, que las consideraciones vertidas se adecuan al caso analizado, no solo por su carácter de criterio unificador en la materia, sino porque hay similitud fáctica y jurídica en la medida que se trata de un uniformado que pretende a partir de las felicitaciones y calificaciones superiores, soslayar las demás circunstancias específicas que registraba el formulario de seguimiento en grado de anotación, situación que el Consejo de Estado, como puede apreciarse, despacha de manera desfavorable por las razones transcritas.

De hecho, revisada la demanda en su integridad, las pruebas que le soportan y las allegadas en el curso del proceso, no se esgrime argumento alguno ni prueba conducente a desvirtuar las anotaciones contenidas en el acta analizada como soporte al acto demandado, de suerte que, al mantenerse incólumes, difícilmente

[31] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Bogotá, D. C., siete (7) de abril de dos mil veintidós (2022) Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho Expediente : 52001-23-31-000-2009-00349-01 (4288-2016) Demandante : Luis Alfredo Burgos Pabón Demandado : Nación – Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional – Tema : Retiro del servicio por voluntad del Gobierno nacional o discrecional Actuación : Sentencia de unificación jurisprudencial por importancia jurídica CE-SUJ-SII-26-2022

puede concluirse en anulación de la decisión acusada.

Además, debe también advertirse que la Misión Constitucional dada a los altos valores y bienes que protege la Policía, demandan que el personal uniformado observe los más altos estándares de conducta pública y privada que desde luego, teniendo como parámetros la razonabilidad y proporcionalidad, estándares que se encuentran colmados en el presente caso según lo estudiado, con relación a la actitud del demandante.

Por lo expuesto, no se aprecia que la facultad discrecional a la cual se acudió para retirar del servicio al demandante, haya sido ejercida para una finalidad distinta o desviada a la que la norma autoriza, todo lo contrario, se observa que fue por razones de buen servicio, por ende, no prospera el cargo de desviación de poder formulado.

**8.1.4. Finalmente, sobre el cargo de infracción a normas en que, a juicio del actor, debía fundarse el acto**, a lo largo de los párrafos anteriores ya se han explicado las razones por las cuales no se considera que, con el contenido del acto, ni las razones que allí se invocan para motivar el retiro del servicio, se haya desconocido la presunción de inocencia que cobija al actor, las cuales se resumen en que, en primer lugar, en la resolución atacada se refirió al actor como presunto responsable, en segundo lugar, algunas consideraciones plasmadas en el acto demandado que afirmaban conocimiento del comportamiento penalmente reprochado y desconocimiento del deber funcional, se reitera, poco ortodoxos, no registran la entidad sustancial para anular las razones objetivas invocadas para disponer el retiro, principalmente, la encarcelación ordenada contra el accionante como hecho determinante no desvirtuado para la pérdida de confianza deprecada por la entidad demandada.

Lo anterior, al margen que durante la etapa probatoria se haya evidenciado que la sentencia condenatoria proferida contra el demandante, fuese revocada en segunda instancia mediante providencia proferida el 22 de octubre de 2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, es una situación que no podía pasarse inadvertida por la Policía Nacional, toda vez que para poder imponer una condena frente a un delito como el acto sexual abusivo, debió mediar por lo menos una denuncia sobre un hecho que vulnera la libertad sexual pero además ataca de fondo nuestro núcleo de la sociedad, es decir la familia que se ve precisado a proteger una víctima menor de edad, de manera tal que la sociedad en BB términos generales y la institucionalidad específicamente nuestra Policía Nacional se ve deteriorada en su imagen y decoro, pretendiendo mantener dentro del servicio a alguien acusado de un delito de dicha dimensión.

Los efectos de cambio o absolución judicial en segunda instancia de la conducta penal no enervan el cumplimiento del acto acusado porque al momento de producirlo era evidente la perdida de confianza institucional derivada de mantener en el servicio a alguien acusado de una conducta que precisamente debe perseguir la entidad policial.

Si eventualmente existió error judicial el actor debe demandar los perjuicios derivados de su retiro en sede responsabilidad extracontractual del Estado y no en la vía laboral, administrativa que tiene definido su horizonte en los motivos de la expedición del acto administrativo en el momento en el que se producen, reiterando además que para asumir tales decisiones no es precisó suspender la

relación laboral, máxime que mediaban otras circunstancias tales como la actitud cuestionada en otros espacios al accionante, que impactaban el servicio policial, al margen de si podemos considerar o no, el fenómeno del decaimiento del acto atacado.[32]

Dado el análisis que antecede y la no prosperidad de los cargos elevados, habrán de negarse las pretensiones de la demanda, ya que no se logró romper la presunción de legalidad que cobija el acto acusado,

## 9. Condena en Costas

Esta instancia no condenará en costas, atendiendo a que el artículo 188 del C.P.A.C.A., no exige la condena en sí misma, sino el pronunciamiento por parte del operador judicial y teniendo en cuenta que este Despacho no encontró respecto a la parte vencida conducta reprochable, no se hace necesaria la sanción.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Siete Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho propuestas por JOWER DUVÁN GUTIERREZ LEÓN en contra de la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin costas en la instancia.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente, dejando las constancias del caso.

**NOTIFÍQUESE[33], COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ**
Juez

C.P.N.C.

[32] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil veintidós (2022) Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Radicación: 66001-23-33-000-2016-00669-01 (2922-2020)

[33] Parte demandante: rjfrancoyasociados@hotmail.com
Parte demandada: decun.notificacion@policia.gov.co, Sandra.romerog@correo.policia.gov.co
Ministerio público zmladino@procuraduria.gov.co

La presente providencia fue firmada electrónicamente por el juez en la plataforma SAMAI.

En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

Puede validar la autenticidad del documento ingresando en el siguiente link:
**https://samai.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/evalidador.aspx**