

FACULTAD DISCRECIONAL Y FACULTAD DISCIPLINARIA – Ejercicio simultaneo. Afectación del servicio. Necesidad y razonabilidad / RETIRO DEL SERVICIO DE SUBOFICIAL POR VOLUNTAD DE LA DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL – Como sanción por investigación disciplinaria. Vulnera la razonabilidad y proporcionalidad del ejercicio de la facultad discrecional / DESVIACION DE PODER – No mejoramiento del servicio

Estima la Sala que la administración está facultada para que, de manera simultánea, haga uso tanto de la facultad discrecional como la disciplinaria en los casos en que resulta evidente la afectación del servicio para lo cual, deberá verificar cada caso en concreto la necesidad y razonabilidad en la adopción de dicha medida. Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, si bien la administración en el caso concreto hizo uso de manera concomitante de las facultades discrecional y disciplinaria estima la Sala que, el hecho de que durante el tiempo que el demandante permaneció al servicio de la Policía Nacional lo hubiera hecho merecedor únicamente de anotaciones positivas en su hoja de vida, y distinciones honoríficas, dan cuenta que su permanencia en la citada institución no resultaba inconveniente contrario a lo afirmado por la demandada y mucho menos que se hubiere afectado su normal funcionamiento. Así las cosas, debe decirse que al no estar probada la afectación grave del servicio, que a juicio de la Dirección de la Policía Nacional suponía la permanencia del demandante como Suboficial de la Policía Nacional se hace evidente que la decisión de su retiro del servicio no estuvo conforme a los hechos que supuestamente le servían de causa ni fue proporcional a las normas que contemplaban dicha medida, como lo establece el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 36 / DECRETO 1791 DE 2000 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 209

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., ocho (8) de marzo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 19001-23-31-000-2002-00256-01(1332-09)

Actor: MANUEL ITALO BELALCAZAR

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 16 de junio de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda incoada por MANUEL ITALO BELALCÁZAR contra la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

ANTECEDENTES

Manuel Italo Belalcázar, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó del Tribunal Administrativo del Cauca la nulidad de los siguientes actos:

1. Resolución No. 04312 del 11 de diciembre de 2001, suscrita por el Director General de la Policía Nacional, mediante la cual se ordenó el retiro del servicio activo del demandante por voluntad de la Dirección General, de conformidad con lo previsto en los artículos 55, numeral 6, y 62 del Decreto 1791 de 2000.
2. Acta No. 043 de 5 de diciembre de 2001, por medio de la cual la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, recomendó el retiro del demandante como Suboficial de dicha institución.
3. Oficio de 5 de diciembre de 2001 mediante el cual el Inspector General de la Policía Nacional le informa al Director General de dicha institución que la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional recomendó el retiro del servicio de varios suboficiales, entre ellos el señor Manuel Italo Belalcázar.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la entidad demandada reintegrarlo al grado que venía ostentando al momento del retiro, o a uno de superior jerarquía, sin solución de continuidad.

Así mismo, pidió el reconocimiento y pago de los salarios, ascensos y demás haberes dejados de percibir, desde el momento de su retiro hasta su reintegro efectivo y que se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Los hechos de la demanda se resumen así:

El actor ingresó a la Policía Nacional como alumno de la Escuela Simón Bolívar desde el 1 de octubre de 1987.

Se dice que, a partir de su ingreso a la Policía Nacional se destacó por su excelente desempeño y acatamiento de órdenes, en una carrera jerarquizada.

El Director General de la Policía Nacional mediante Resolución No. 04312 de 11 de diciembre de 2001, retiró al actor del servicio activo, por voluntad de la Dirección General, de acuerdo con lo previsto en los artículos 55 numeral 6 y 62 del Decreto 1791 de 2000.

Sostuvo que su retiro del servicio fue motivado por una indagación de carácter disciplinario que carece de todo fundamento jurídico y probatorio y que, contrario a lo afirmado por la parte Dirección General de la Policía Nacional, en ningún momento lo hace responsable de una conducta sujeta a algún reproche o sanción.

Manifestó que, las calificaciones de servicio próximas a su retiro dan cuenta de su excelente desempeño y capacidad profesional, en el ejercicio de las funciones como Suboficial de la Policía Nacional, lo que no justifica la decisión adoptada por la Dirección General de la Policía Nacional en la Resolución No. 04312 de 11 de diciembre de 2001.

Precisó que, si bien la Dirección General de la Policía Nacional cuenta con la facultad discrecional para retirar a los Suboficiales del servicio activo, dicha facultad no puede ser ejercida desconociendo las prerrogativas laborales que la Constitución Política le confiere a la totalidad de los servidores Públicos, entre ellas la estabilidad y el respeto de la dignidad y honra de los empleados.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 4, 21, 25, 29, 53, 90, 125, 209 y 218.

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 36, 44, 45, 47 y 48.

De la Ley 200 de 1995, los artículos 7, 8, 20, 32, 50, 73, 75, 77, 79, 80, 117, 118, 119, 120, 128, 130, 131, 152 y 175.

Del Decreto 1791 de 2000, los artículos 22, 55 numeral 6, y 62.

Del Decreto 1798 de 2000, los artículos 5, 7, 17 y 19.

Del Decreto 1800 de 2000, los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 7, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 37, 39, 42, 44, 49, 50, 51, 52, 53 y 56.

Al explicar el concepto de violación en la demanda se sostiene, que la decisión adoptada por el Director General de la Policía de retirar del servicio al demandante resulta injustificada teniendo en cuenta su conducta ejemplar, y absoluta entrega, en el cumplimiento de sus deberes como Sargento de esa institución.

Sostuvo que no es una característica propia del ejercicio de la facultad discrecional la falta de motivación del acto por medio del cual se ejerza toda vez que, en el caso concreto tal omisión lesiona los derechos del demandante al ocultar las verdaderas razones que tuvo la administración para disponer su retiro del servicio activo.

Argumentó que, el acta No. 043 de 5 de diciembre de 2001, proferida por la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, mediante la cual se recomendó el retiro del servicio del demandante, no contiene un análisis detallado de su hoja de vida, y mucho menos de las razones que llevaron a la administración a adoptar tal determinación, lo cual vulneró abiertamente los principios de publicidad y contradicción que integraban su derecho de defensa.

Finalmente manifestó que, el proceder de la Dirección Nacional de la Policía en el caso bajo examen no sólo vulneró el derecho fundamental al trabajo del señor Manuel Italo Belalcázar, si no también los principios universales de presunción de inocencia y dignidad, dado que su retiro del servicio obedeció a la investigación disciplinaria que se venía adelantando en su contra, la cual en ningún momento culminó con decisión sancionatoria.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Policía Nacional contestó la demanda con los siguientes argumentos (fls. 62 a 66):

Se refiere en primer lugar, a que el retiro del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional por voluntad de la Dirección General, en ejercicio de la facultad discrecional, no requiere explicación de los propósitos que lo animan, ya que éstos se presumen expedidos para mejorar el servicio.

Señala, que no son argumentos suficientes para pretender la nulidad de los actos acusado, la antigüedad, la excelencia y la superación de las evaluaciones de servicio por parte del actor, dado que tratándose de un miembro de la Policía Nacional la exigencia de su comportamiento resulta mayor que la de cualquier otro servidor público, en razón a la trascendental labor que desarrollan para el país.

Precisó que, el retiro del servicio del Suboficial Manuel Italo Belalcázar se ajustó a las exigencias previstas en los artículos 55, numeral 6, y 62 del Decreto 1791 de 2000, esto es, que el mismo estuviera precedido del concepto de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, tal como ocurrió en el caso concreto.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Cauca mediante sentencia de 16 de junio de 2009, negó las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (fls. 188 a 196):

Sostiene el Tribunal, que los artículos 55, numeral 6, y 62 del Decreto 1791 de 2000 le confieren al Director de la Policía Nacional la facultad discrecional de retirar al personal de oficiales y suboficiales de dicha institución, sin explicar los motivos que lo llevan a tomar tal decisión, en atención a la importante misión constitucional y legal que desarrollan en beneficio de la seguridad nacional.

Manifestó que el hecho de que la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional haya recomendado el retiro del servicio activo del demandante permite advertir, que se trató de una actuación ajustada a las normas que le confieren al Director de la Policía Nacional la facultad discrecional para retirar del servicio a sus oficiales y suboficiales, por voluntad de la Dirección General, sin necesidad de explicar las causas que llevan a tomar tal determinación.

Precisó que, el retiro por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional constituye una causal de retiro de los miembros de la Policía Nacional reglada, toda vez que sólo procede previa recomendación de la Junta de Evaluación y

Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, lo que claramente excluye el proceder arbitrario de los altos mandos en su ejercicio.

Bajo estos supuestos, concluyó el Tribunal que el retiro del servicio del demandante, por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, estuvo ajustado a lo dispuesto en los artículos 55, numeral 6, y 62 del Decreto 1791 de 2000 razón por la cual, se niegan las pretensiones de la presente demanda.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído (fls. 277 a 289):

Argumenta el recurrente, que la facultad discrecional con que cuentan los altos mandos de la Fuerza Pública, para remover a sus oficiales y suboficiales, no resulta ser absoluta, dado que su ejercicio siempre debe estar en consonancia con la Constitución Política y la ley, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

Precisó que cuando la administración adopta una decisión con fundamento en su facultad discrecional, por regla general, invoca razones del servicio lo cual constituye una negación de las verdaderas razones y fundamentos que sustentan la decisión lo que, en la práctica, impide que la persona afectada pueda controvertir en sede jurisdiccional su legalidad.

Sobre este particular, indicó que en el acta No. 043 de 5 de diciembre de 2001, de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, no contienen un análisis detallado de la hoja de vida del señor Manuel Italo Belalcázar, así como tampoco tuvo en cuenta las calificaciones de servicio que le fueron asignadas durante el período próximo a su retiro del servicio, las cuales constituyen la prueba de que su permanencia al servicio de la Policía Nacional no resultaba inconveniente para el desarrollo de la misión constitucional y legal asignada a dicha institución.

En este punto, precisó que el verdadero motivo por el cual la Dirección General de la Policía Nacional ordenó el retiro del servicio del demandante fue la investigación disciplinaria que se adelantó en su contra por su presunta participación en hechos

que atentaban contra el buen servicio, esto es, *“el hurto de las llantas de una camioneta incautada a un grupo subversivo”*.

CONSIDERACIONES

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

Problema jurídico por resolver

Se trata de determinar si en el presente caso, la entidad demandada, Nación, Policía Nacional, ejerció correctamente la facultad discrecional al retirar al actor del servicio activo, o si por el contrario, desvió los motivos que justifican la adopción de esta medida.

Los actos Acusados

- Resolución No. 04312 del 11 de diciembre de 2001, suscrita por el Director General de la Policía Nacional, mediante la cual se ordenó el retiro del servicio activo del señor Manuel Italo Belalcázar por voluntad de la Dirección General, de conformidad con lo previsto en los artículos 55, numeral 6, y 62 del Decreto 1791 de 2000.

- Acta No. 043 de 5 de diciembre de 2001, por medio de la cual la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, recomendó el retiro del demandante como Suboficial de dicha institución.

- Oficio de 5 de diciembre de 2001 mediante el cual el Inspector General de la Policía Nacional le informa al Director General de dicha institución que la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional recomendó el retiro del servicio de varios suboficiales, entre ellos el señor Manuel Italo Belalcázar.

Las normas que se invocan como sustento de la decisión.

El retiro del servicio activo de la Policía Nacional del demandante, por voluntad de la Dirección General, se dispuso con fundamento en los artículos 55 numeral 6 y 62 del Decreto 1791 de 2000, en cuyo tenor se establece:

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

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

Y, el artículo 62 ibídem en su redacción inicial, disponía:

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

Sobre la vigencia del Decreto 1791 de 2000, en el artículo 95 ibídem, se indicó:

“Art. 95.-VIGENCIA. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga los Decretos 041 de 1994, con excepción de lo dispuesto en el artículo 115, relacionado con los Títulos IV, VI y IX y los artículos 204, 205, 206, 210, 211, 213, 214, 215, 220, 221 y 227 del Decreto 1212 de 1990; 262 de 1994 con excepción de lo dispuesto en el artículo 47, relacionado con los Títulos III, IV y VII y los artículos 162, 163, 164, 168, 169, 171, 172, 173 y 174 del

¹. Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C253-03](#) de 25 de marzo de 2003, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis. Expresa la Corte en los considerandos de la Sentencia, "El presidente de la República no puede modificar, adicionar o derogar decretos distintos a los establecidos expresamente en el artículo 2 de la Ley 578 de 2000".

Decreto 1213 de 1990; 132, 573 y 574 de 1995 y demás normas que le sean contrarias.”.

De los efectos de la sentencia C-253 de 2003.

La Corte Constitucional en sentencia C-253 de 2003 declaró inexecutable las siguientes expresiones del Decreto 1791 de 2000:

“a. “573 y” contenida en el párrafo del artículo 50 del Decreto 1791 de 2000.

b. “de los oficiales” ; “por decreto del Gobierno; y el” ; “suboficiales” contenidas en el segundo inciso, y “El retiro de los oficiales deberá someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de Oficiales Generales y en los demás grados en los casos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, no superar la escala de medición del Decreto de evaluación del desempeño o muerte”, contenidas en el tercer inciso, del artículo 54 del Decreto 1791 de 2000.

c. “del Gobierno para oficiales y” y “los suboficiales” contenidas en el numeral 6° del artículo 55 del Decreto 1791 de 2000.

d. “oficiales, suboficiales y” contenida en el artículo 57 del Decreto 1791 de 2000.

e. “Cuando se trate de oficiales, se requerirá concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional.” Contenidas en el inciso final del artículo 59 del Decreto 1791 de 2000.

f. “el Gobierno Nacional para el caso de los oficiales o”; “los suboficiales” ; “de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional para los oficiales o” y “para los demás uniformados” contenidas en el artículo 62 del Decreto 1791 de 2000.

g. “1. Cuando pierda por segunda vez el concurso para el ascenso al grado de Teniente Coronel.”, contenidas en el numeral 1° del artículo 64 del Decreto 1791 de 2000” (negrilla fuera de texto).

En relación con los efectos de la sentencia proferida por la Corte Constitucional respecto de los actos administrativos expedidos en vigencia del Decreto 1791 de 2000, esta Sala en sentencia de 17 de agosto de 2006 con ponencia del Magistrado Alejandro Ordóñez Maldonado, rectificó el criterio jurisprudencial de interpretación aplicado en casos anteriores, y señaló sobre el particular:

“(…)

La Sala en esta oportunidad, rectifica el criterio expuesto en la sentencia cuya parte pertinente antes se transcribió por las razones que a continuación se exponen:

El Decreto Ley 1791 del 14 de septiembre de 2000, « por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”, fue expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 578 de 2000.

Tal decreto fue objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional en sentencia C-253 del 25 de marzo de 2003 donde declaró inexecutable, la expresión “573” contenida en el Art. 95 del D. 1791 de 2000, y las expresiones “el Gobierno Nacional para el caso de los oficiales o”; “los suboficiales” “ de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional para los oficiales o” y “para los demás uniformados” contenidas en el art. 62 del Decreto 1791 de 2000.

La declaratoria de inexecutable obedeció a que el Presidente de la República rebasó las facultades extraordinarias que le otorgó el legislador en la Ley 578 de 2000 pues en la lista de decretos sobre los cuales podía ejercer la facultad legislativa no se encontraba el Decreto 573 de 2000 (sic), que regula lo relacionado con los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional.

En este caso podría predicarse la inaplicación por inconstitucionalidad de los arts. 62 y 95 del Decreto Ley 1791 de 2000 a partir de la fecha en que este empezó a regir y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia de la Corte Constitucional que declaró la inexecutable prenombrada, sin embargo la misma decisión de la Corte nos da la solución en la medida que no quedó derogado el Decreto 573 de 1995 que contempla en su art. 12 el retiro de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional por parte del Gobierno Nacional o del Director de la Policía Nacional con fundamento en la facultad discrecional, es decir que el acto acusado que se expidió con fundamento en el art. 62 del Decreto 1791 de 2000 se encuentra ajustado a derecho porque el Ministro de Defensa tenía facultades legales para ello.

En efecto, el acto acusado fue expedido por la autoridad competente de conformidad con el Decreto 573 de 1995, el cual rigió la materia aún en vigencia del Decreto 1791 de 2000, en virtud de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, conforme a las razones anotadas y con mayor razón después de la declaratoria de inexecutable de este último decreto que recobró vigencia formalmente.”.

Así las cosas, no es que desaparezca el fundamento jurídico del acto acusado como efecto de la declaratoria de inexecutable, sino que revive la norma que regulaba la materia para el caso el Decreto 573 de 1995. En ese orden, la Sala

comparte y acoge los planteamientos expuestos por la Magistrada Dra. Ana Margarita Olaya, en cuanto rectificó su posición inicial y en la salvedad de voto en la sentencia de la Sub-Sección "A" del 24 de abril de 2006, Exp. 3959 de 2004, puntualizó:

"Es decir que, en el sub-judice, si se confronta la normatividad en la cual se fundamentó el acto de retiro (Decreto 1791 de 2000), con la Carta Política, se observa que no riñe el ordenamiento legal con el constitucional por cuanto, como ya vio en párrafos anteriores, dentro de la ley 578 de 2000, que facultó al Presidente para derogar, adicionar, modificar algunos Decretos no quedó incluido el 573 de 1995.

La omisión de índole formal, al no haberse contenido éste último ordenamiento en la ley 578, se traduce en que el Decreto 573 de 1995 reina actualmente en el mundo jurídico y, por ende, la facultad y la competencia del Presidente están completamente vigentes para retirar del servicio activo al personal de oficiales y suboficiales de las respectivas fuerzas, ya sea de forma temporal y con pase a la reserva, por llamamiento a calificar servicios o de manera absoluta, por voluntad del Gobierno o del Director General, por cuanto el Decreto 573 de 1995 es el único que no fue alterado en manera alguna, a diferencia de la gran mayoría de las normas que reglamentan la carrera policial y que en cierta medida sufrieron algún tipo de modificación legal".

Del retiro del servicio por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.

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

En punto del tema del retiro por voluntad de la Dirección General, estima la Sala que tal medida atiende a un concepto de evolución institucional, en este caso de la Policía Nacional, conduciendo necesariamente a la adecuación de su misión y la visión, a los desafíos a los que se enfrenta una institución cuyo objetivo principal es velar por la seguridad ciudadana. En este sentido, estamos en presencia de un

valioso instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos.

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

En este sentido, el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.

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

Del caso concreto

Cuestión previa

Antes de iniciar el análisis de la presente controversia, se hace necesario para la Sala precisar si las actas e informes de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, para la Policía Nacional acusadas por el actor, son susceptibles de ser demandadas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Al respecto se tiene que el Decreto 1791 de 2000, *“por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y*

Agentes de la Policía Nacional” vigente para la época en que se profirieron el acta y el oficio acusados, señaló en el artículo 22 como función de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales Personal del nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional recomendar la continuidad o el retiro en el servicio policial.

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.**

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.”.*

Ahora bien, observa la Sala que lo manifestado tanto en el acta No. 043 de 5 de diciembre de 2001 y el oficio de la misma fecha visible a folio 4 del expediente, es recomendar el retiro del servicio del demandante por voluntad de la Dirección General de la Policía e informarle de tal decisión al Director General de dicha institución.

De conformidad con lo expuesto, para la Sala el acta y el oficio antes citados no pueden ser controvertidos mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues, esta, al tenor de lo establecido en el artículo 85 del C.C.A., sólo juzga los actos administrativos definitivos, esto es, las decisiones administrativas que crean, modifiquen o extinguen directa o indirectamente situaciones jurídicas particulares, siendo contrario a lo expuesto en la presente controversia donde tales actos contienen únicamente la recomendación de la Juntas de Evaluación y su respectiva comunicación, pasos previos a la adopción de una medida definitiva, cual es, el retiro del servicio del demandante.

Sobre el particular, esta Sección en sentencia de 20 de septiembre de 2007, Radicado 1679-2004, Actor: Wilson Fernando Garzón Polanía. Magistrado Ponente: Jaime Moreno García, sostuvo que:

“En primer lugar debe precisar la Sala que ni el Acta 479 del 1° de junio de 1999 de la Junta Asesora para la Policía Nacional ni el Concepto jurídico del 13 de mayo de 1999, son actos administrativos enjuiciables.

Al tenor del artículo 50 inciso final del C.C.A., son actos definitivos los que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y, agrega, los actos de trámite pondrán fin a la actuación cuando hagan imposible continuarla.

El acta mencionada y el concepto jurídico no son actos definitivos sino de trámite porque ellos no decidieron la situación particular del actor respecto de su ascenso al grado superior, ni hicieron imposible continuar la actuación, simplemente se limitaron a recomendar su promoción, decisión que finalmente fue adoptada mediante el Decreto 1566 de 1999.”.

Por lo tanto respecto del acta No. 043 de 5 de diciembre de 2001 y del oficio sin número de la misma fecha visible a folio 4 del expediente procede la inhibición para un pronunciamiento de fondo, como se indicará en la parte resolutive de la presente providencia, en la medida en que como quedó visto no contienen la decisión definitiva objeto de cuestionamiento mediante la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho, esto es, el retiro del servicio del señor Manuel Italo Belalcázar.

La Sala, en consecuencia, limitará su estudio a la nulidad de la Resolución No. 04312 de 11 de diciembre de 2001, por el cual se retira al actor del servicio activo de la Policía Nacional, por voluntad de la Dirección General de dicha institución, con las siguientes consideraciones:

De la actuación previa y concomitante al retiro del servicio del demandante.

El argumento central de esta censura radica en que a juicio del demandante su retiro del servicio como Suboficial de la Policía Nacional no obedeció a razones del buen servicio, tal como lo exigen los artículos 55, numeral 6, y 62 del Decreto 1791 de 2000, y como lo ha querido hacer ver el Director de la Policía Nacional.

Sobre este particular, precisó que su retiro del servicio tuvo lugar por la investigación disciplinaria que se siguió en su contra y que con posterioridad culminó con la declaratoria de nulidad de todo lo actuado en la misma.

Sobre el particular, advierte la Sala que a folio 117 del expediente consta el informe de 26 de noviembre de 2001, mediante el Comandante del Escuadrón Móvil de Carabineros Roma, DECAU, le informó al Comandante del Primer Distrito Militar la presunta irregularidad en que había incurrido el señor Manuel Italo Belalcázar, al hurtar las llantas de una camioneta recuperada en el desarrollo de un operativo contra la subversión.

Para mayor ilustración se transcriben los apartes, pertinentes, del citado informe:

“Por medio del presente me permito informar a mi Mayor la novedad que se presentó con el señor SS. Manuel Italo Belalcázar, el día 241101, hechos ya conocidos de la emboscada ocurrida a una patrulla de la Sijin a la altura de la vereda Santa Bárbara, que conduce a Popayán por parte de Subversivos de la Columna Móvil Camilo Cien Fuegos, gracias a la reacción inmediata y el acoso del personal del Escuadrón Mobil Carabineros, se inició la persecución de los facinerosos o delincuentes se puso recuperar los vehículos que habían sido hurtados momentos antes por estos subversivos entre ellos la camioneta Mazda color verde (...).

El señor Suboficial en mención sin orden previa del superior se llevó la camioneta hasta el CAI de Alfonso López dond elabora como comandante de la misma, al cual debía ser traída a las instalaciones de Policía Comando del Departamento, al día siguiente se pudo notar que las llantas traseras de la camioneta recuperada no le correspondían, procedimos a ir a la casa del señor Suboficial y salía con su camioneta de su propiedad que tenía las llantas de la camioneta recuperada (...).”.

Teniendo en cuenta lo anterior el comando del Departamento de Policía del Cauca, mediante auto de 28 de noviembre de 2001, ordenó la apertura formal de una investigación disciplinaria en contra del señor Manuel Italo Belalcázar, en su condición de Suboficial de la Policía Nacional, por los hechos antes descritos (Fl. 6).

El 5 de diciembre de 2001, Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, mediante Acta No. 043 recomendó el retiro del servicio del señor Manuel Italo Belalcázar como Suboficial de la Policía Nacional, en los siguientes términos (fls. 5 a 6):

**“POLICÍA NACIONAL
JUNTA DE EVALUACIÓN Y CLASIFICACIÓN PARA
SUBOFICIALES
PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO Y AGENTES**

Bogotá, D.C., enero 5 de 2001

Acta No. 043

En Bogotá, D.C., a los cinco (5) día del mes de diciembre de dos mil uno (2001), siendo las 09:30 horas, se reunieron en la Sala de Juntas de la Inspección General, la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, establecida en el artículo 22 del Decreto 1791 de 2000 y parágrafo del artículo 49 del Decreto 1800 de 2000 y conformada mediante Resolución No. 01090 del 18 de abril de 2001. (...)

RETIROS

Abierta la sesión por el Brigadier General Inspector General de la Policía Nacional, se procede a dar cumplimiento a los artículos 55 y 62 del Decreto 1791 del 14 de septiembre de 2000, en el sentido de recomendar por razones del servicio y en forma discrecional, el retiro del servicio activo de la Policía Nacional, por voluntad de la Dirección General al personal que se relaciona a continuación, adscrito a la unidad que en cada caso se indica, previo análisis de las hojas de vida y folios de vida por parte de los Comandantes y por votación unánime de los miembros que integran la junta, así: (...)

S.S. MANUEL ITALO BELALCÁZAR (...).”

En este mismo sentido, cabe advertir que mediante Resolución No. 04312 de 11 de diciembre de 2001, y teniendo en cuenta la recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, el Director de la Policía Nacional ordenó el retiro del servicio del actor, por voluntad de la Dirección General, de acuerdo a lo previsto en los artículos 55 numeral 6, y 62 del Decreto 1791 de 2000.

Para mayor ilustración se transcriben los apartes pertinentes de la referida Resolución (fl. 392, cuaderno No. 1):

**“POLICÍA NACIONAL
RESOLUCIÓN NÚMERO 04312 DE 2001**

*Por la cual se retira del servicio activo
A un personal de la Policía Nacional*

EL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL
En uso de las facultades legales, que le confiere el
Artículo 11 numeral 4 de la Resolución Ministerial de delegación 1576
Del 13 de octubre de 2000

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Retirar del servicio de la Policía Nacional, por voluntad de la Dirección General, de conformidad con lo establecido en los artículos 55 numeral 6, y 62 del Decreto 1791 de 2000, al siguiente personal de la Policía Nacional, adscrito a la unidad que en cada caso se indica (...)

SS. MANUEL ITALO BELALCÁZAR 15812928 DECAU (...).

Del ejercicio conjunto de las facultades discrecional y disciplinaria.

Para la Sala resulta pertinente señalar, en punto de la concurrencia del ejercicio de la facultad discrecional y la disciplinaria, que bien puede la administración hacer uso de la primera de ellas siempre que los hechos que llevan a adoptar tal decisión sean los mismos que dan lugar al ejercicio del diligenciamiento disciplinario, y sólo cuando estos entrañen una grave afectación del servicio.

En efecto, se justifica el ejercicio concomitante de la facultad discrecional y la disciplinaria en el evento en que la conducta del oficial o suboficial objeto de la media afecte clara y gravemente la actividad funcional de la unidad o fuerza a la que se encuentre adscrito, lo contrario, esto es, el ejercicio de la facultad discrecional sin que sea evidente tal grado de afectación, por una conducta disciplinable, deslegitima el ejercicio de la facultad discrecional, además de que constituye una especie de responsabilidad objetiva proscrita de manera absoluta en el ordenamiento jurídico colombiano.

Así las cosas, estima la Sala que la administración está facultada para que, de manera simultánea, haga uso tanto de la facultad discrecional como la disciplinaria en los casos en que resulta evidente la afectación del servicio para lo cual, deberá verificar cada caso en concreto la necesidad y razonabilidad en la adopción de dicha medida. Sobre el particular está Sección en reciente pronunciamiento sostuvo que²:

² Sentencia de 25 de noviembre de 2010. Rad. 0938-10. Consejero Ponente: Dr. Víctor Alvarado Ardila.

“De nuevo, ante la ocurrencia de presuntas irregularidades en el Operativo de 20 de enero de 2003, la facultad de retiro discrecional resultaba viable sólo en la medida en que el hecho evidentemente condujera a una afectación en el servicio, situación que, se reitera, no se da en el presente asunto pues el retiro del accionante, con las calidades y antecedentes anotados, no evidencia la razonabilidad de la medida, y entrevé una sanción en donde se miró el hecho objetivo de una acusación.

Esta conclusión, debe resaltarse, tampoco puede llevar a afirmar que en todos los casos en que un hecho sea disciplinable o sancionable penalmente la Institución deba esperarse a que finalice la investigación para retirar al funcionario, pues, se repite, dadas las particularidades del caso y el grado de afectación del servicio, es viable ejercer también la facultad discrecional, siempre y cuando ella sea razonable y proporcional a los hechos que rodean el caso, pues lo contrario sería permitir que decisiones apresuradas tendientes a dar mayor credibilidad pública del servicio prestado por la Policía Nacional implique la violación de los derechos de los afectados y se permita un prejuzgamiento contrario al orden constitucional y legal.”.

Del caso concreto

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, procede la Sala a verificar si la conducta del señor Manuel Italo Belalcázar como Suboficial de la Policía Nacional, y por la cual se le indagó disciplinariamente, afectó gravemente la actividad funcional de dicha institución y en consecuencia justificó el ejercicio simultáneo tanto de la facultad discrecional, mediante la cual se dispuso su retiro del servicio, y la disciplinaria.

Sobre el particular, advierte la Sala a folio 12 del expediente formulario “3-FV” Folio de Vida, en el que se evaluó el desempeño del señor Manuel Italo Belalcázar durante los meses inmediatamente anteriores a su retiro del servicio, en los siguientes términos (fls. 12 a 15):

DEPARTAMENTO DE POLICÍA DEL CAUCA		
FORMULARIO 3 – FV		
	Apellidos y Nombre BELALCÁZAR MANUEL ITALO	Cédula 15.812.928
Unidad Distrito Cuatro Piendamó	CARGO Comandante Estación	Año Evaluación 2001-2002

Fecha	ANOTACIONES	Enterado
01-01-01	Apertura: En la fecha se abre el presente folio de vida del Suboficial por inicio del período evaluable 2001 al 2002 y entrar en vigencia el nuevo Decreto de calificaciones y evaluaciones 1800.	
30-03-01	Anotación Positiva: En la fecha se le consigna la presente al suboficial, por sus labores al frente de la Estación Belalcázar, sin que hasta la fecha haya dado lugar a llamados de atención por parte de ningún comando.	30-03-01
30-04-01	Anotación Positiva: En la fecha se le consigna la presente anotación al suboficial, por los operativos realizados durante el mes en la estación, logrando la captura de varias personas sindicadas de diferentes delitos y solicitadas por distintas autoridades manteniendo la convivencia pacífica de los residentes en su municipio, al menos en el área urbana. Este comando le invita a continuar trabajando como hasta ahora lo ha hecho y mejorar la operatividad con su grupo de trabajo, dando lustre y prestigio al buen nombre institucional.	30-04-01
21-05-01	Felicitación Pública: Mediante orden interna número 007 del 10-05-2001 le fue concedida felicitación pública, por su operatividad y consagración al servicio, demostrados durante el mes de abril del presente año, al lograr la retención de varias personas sindicadas de varios delitos y solicitadas por diferentes autoridades, al igual que la recuperación de un vehículo y varios electrodomésticos hurtados en fechas anteriores.	21-05-01
31-07-01	Trabajo en Equipo: En la fecha se le consigna la presente anotación, por su gestión y coordinación en los servicios de su personal, logrando la inmovilización de una motocicleta HONDA C-90, color azul, de placas LFG-19, solicitada mediante oficio No. 221 del 100500 emanada Inspección Primera Superior Municipal de Popayán.	31-07-01
01-08-01	Trabajo en Equipo: En la fecha se le consigna la presente positiva, por su profesionalismo, gestión y coordinación de los servicios, demostrados al lograr la recuperación de una moto y la	01-08-01

	<i>inmovilización de un vehículo, el cual presenta sistema de identificación regrabados.</i>	
09-09-01	Trabajo en Equipo: <i>En la fecha se le consigna la presente positiva, por su dedicación, consagración y coordinación de los servicios, demostrados al lograr la inmovilización de una motocicleta YAMAHA DT 125, color blanco, quien presentó documentación falsa, una captura y la incautación de un arma de fuego, revolver S&W calibre 38L, con dos cartuchos para el mismo, sin permiso para porte o tenencia.</i>	09-09-01
10-09-01	Trabajo en Equipo: <i>En la fecha se le consigna la presente positiva, por su dedicación, consagración y coordinación de los servicios, realizados por el personal de la sección, presentando la siguiente operatividad en el comité de vigilancia: \$835.000 en mercancía recuperada, \$1.500.000 en mercancía incautada, dos vehículos recuperados dos motos inmovilizadas, un arma de fuego con cuatro cartuchos incautados, 140grs de marihuana incautados, 15 gramos de buzaco (sic) incautado, cuatro capturas por orden judicial y 10 en flagrancia.</i>	10-09-01
16-09-01	Dominio y conocimiento de su trabajo: <i>En la fecha se le consigna la presente positiva, por su dedicación y consagración al servicio, demostrado al lograr la recuperación del vehículo Renault color amarillo, modelo 81, (...) vehículo que había sido hurtado mediante modalidad atraco por dos sujetos, portando armas de fuego, en el sitio Bomba de Tunia.</i>	16-09-01
17-09-01	Trabajo en Equipo: <i>En la fecha se le consigna la presente positiva, por su compromiso institucional, gestión y coordinación de los servicios realizados por el personal de la sección, presentando la siguiente operatividad en el comité de vigilancia, así: 270.000 pesos en mercancía recuperada, 1.200.000 en mercancía incautada, un vehículo (sic) y una moto inmovilizada, un arma de fuego con dos cartuchos, 25 gramos de bazaco (sic) incautados, una captura por orden judicial y 9 en flagrancia. (...)</i>	17-09-01

24-09-01	Trabajo en Equipo: En la fecha se le consigna la presente anotación, por su gestión y coordinación de los servicios realizados por el personal de la sección, presentando la siguiente operatividad en el comité de vigilancia, Así: \$435.000 en mercancía recuperada, 10.000 pesos en mercancía decomisada, un vehículo inmovilizado, dos motos inmovilizadas, dos armas de fuego con seis cartuchos incautados, 20 gramos de bazuco incautados, una captura por orden judicial y once en flagrancia	24-09-01
01-10-01	Trabajo en Equipo: En la fecha se le consigna la presente anotación, por su gestión y coordinación de los servicios demostrados en la operatividad: \$241.410 en mercancías recuperada, \$10.000 en mercancía decomisada, un vehículo recuperado, uno inmovilizado, dos armas de fuego con dos cartuchos incautados, 422 gramos de marihuana incautada, 17.500 gramos de semilla de coca, tres capturas por orden judicial y 16 en flagrancia. En la semana se presentaron 14 delitos en diferentes modalidades.	01-10-01
26-10-01	Disposición para el servicio: En la fecha se le consigna la presente positiva, por su dedicación y consagración al trabajo, demostrado al lograr la captura de dos individuos en flagrancia y la incautación de un arma de fuego; pistola HAMMERLI, calibre 22 No. 21127lr, con un proveedor y un cartucho sin permiso para porte o tenencia.	26-10-01
01-11-01	Trabajo en Equipo: En la fecha se le consigna la presente anotación por su gestión y coordinación de los servicios, demostrados en la operatividad obtenida la semana anterior, así: Un vehículo y una moto recuperadas, una moto inmovilizada, tres armas de fuego incautadas, 10 gramos de marihuana y 13 galones de insumos incautados, dos capturas por orden judicial y ocho en flagrancia.	01-11-01
21-11-01	Dominio y conocimiento de su trabajo: En la fecha se le consigna la presente positiva, por su operatividad y dedicación al servicio, demostrado al lograr una captura en flagrancia y la recuperación de una camioneta Mazda B2200, color azul, de placa QEO-473	21-11-01

	<i>vehículo había sido hurtado días antes en modalidad descuido en el barrio la Pamba.</i>	
23-11-01	Disposición para el servicio: <i>En la fecha se le consigna la presente positiva por su capacidad operativa y consagración al trabajo, demostrado al lograr la recuperación de un vehículo camioneta Chevrolet Luv-2200 servicio público, de placa SAP 360 había sido hurtada en horas de la mañana en la galería la esmeralda.</i>	23-11-01

Teniendo en cuenta lo consignado en el formulario "3FV ", visible a folio 56 del cuaderno No. 1 del expediente, se observa que durante el año inmediatamente anterior al retiro del servicio del demandante, esto es, entre el 1 de enero y el 23 de noviembre de 2001, en su hoja de vida constan anotaciones positivas, consistentes en felicitaciones por su disciplina, capacidad de dinamismo y cumplimiento de los compromisos en virtud del grado que ostentaba como Suboficial de la Policía Nacional.

En efecto, estima la Sala que son aproximadamente 16 las anotaciones positivas registradas a favor del señor Manuel Italo Belalcázar en el período de tiempo antes referido, toda ellas destacando su capacidad de trabajo dentro de la lucha contra la delincuencia común y el crimen organizado, sin que se registraran anotaciones o sanciones de carácter disciplinario, tal como consta en el extracto de la hoja de vida visible a folio 8 del expediente.

Adicionalmente a lo anterior, estima la Sala conveniente precisar que si bien el demandante fue vinculado formalmente a la investigación disciplinaria No. 054/2001, por su supuesta participación en la comisión del delito de hurto de las llanta de un vehículo incautado a la subversión, **el Despacho del Director General de la Policía**, con posterioridad, mediante providencia de 9 de octubre de 2003 decretó la nulidad *"del auto de cargos y el fallo de primera instancia proferido por el Comandante del Departamento de Policía del Cauca"* proferidos dentro de la cita indagación disciplinaria.

Así se lee en la parte motiva de la referida providencia:

“Observando el despacho a folio 83 a 88 el auto de cargos realizado al señor Sargento Segundo (R) Manuel Italo Belalcázar, el cual no reúne los requisitos exigidos por el artículo 92 ibídem, numerales 5. “La descripción de la conducta violatoria de lo anterior, señalando por separado la prueba en que se fundamenta cada uno de los cargos”, 7. “La determinación provisional de la naturaleza de la falta. Cuando fueren varios los inculpados se hará análisis separado para cada uno de ellos”.

Así mismo encuentra el Despacho que tanto el auto de cargos (folios 83 al 88) y fallo de primera instancia (folio 119 al 130) carecen de valoración probatoria, en este sentido es necesario recalcar al operador disciplinario la innegable necesidad de motivar y valorar el material probatorio que se ha allegado a la investigación, hecho que ha venido recalcando la Procuraduría General de la Nación en sus continuas visitas a los Estrados Disciplinarios policiales, y que han generado llamados de atención del ente fiscalizador al respecto; agregando a lo anterior que no solo se debe valorar el acervo probatorio, sino motivar cada uno de los acápites en que sea necesario. Pues si bien la Ley 200 de 1995 y los anteriores regímenes disciplinarios no expresaban en forma nítida la obligatoriedad de la motivación, no es menos cierto que sí se anunciaban las partes de los autos de los cargos o la forma de redactar las decisiones de fondo. Este era un principio táctico, era un precepto de derecho natural, que además de obvio y elemental, es de la esencia del derecho. (...).”

En este punto, destaca la Sala que es la misma Dirección General de la Policía, mediante providencia de 9 de octubre de 2003, esto es, con posterioridad al retiro del actor, quien determina que la actuación disciplinaria que se adelantó en su contra no contó con el material probatorio suficiente y su correspondiente valoración para establecer su supuesta responsabilidad disciplinaria, en torno a los hechos registrados el 24 de noviembre de 2001, concretamente en lo que se refiere al hurto de las auto partes de un vehículo incautado a la subversión.

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

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

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

Así las cosas, debe decirse que al no estar probada la afectación grave del servicio, que a juicio de la Dirección de la Policía Nacional suponía la permanencia del demandante como Suboficial de la Policía Nacional se hace evidente que la decisión de su retiro del servicio no estuvo conforme a los hechos que supuestamente le servían de causa ni fue proporcional a las normas que contemplaban dicha medida, como lo establece el artículo 36³ del Código Contencioso Administrativo.

Finalmente, debe decirse también que la decisión contenida en el acto administrativo acusado no observó los principios que gobiernan a la función pública, artículo 209 de la Constitución Política, en la medida en que el retiro del servicio de un suboficial de la Policía Nacional, cuyas calidades personales y

³ "ARTICULO 36. DECISIONES DISCRECIONALES. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa."

profesionales, se repite, son reconocidas por la misma administración no resulta acorde a la moralidad y eficacia que se espera de una decisión que, como en el caso concreto, no sólo afecta los derechos particulares del señor Manuel Italo Belalcázar sino también el interés general de la comunidad, quien confía en la idoneidad y capacidad del personal que ejecuta las tareas encomendadas a la Fuerza Pública del país.

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

Bajo estos supuesto, debe decirse que la parte demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad que le asistía al acto administrativo acusado razón por la cual, se revocará el fallo de primera instancia y, en su lugar, se accederá a las pretensiones de la demanda formulada por el señor Manuel Italo Belalcázar contra la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia de 16 de junio de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda presentada por MANUEL ITALO BELALCÁZAR contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En su lugar, se dispone:

SEGUNDO: DECLÁRASE la Sala inhibida para conocer del acta No. 043 de 5 de diciembre de 2001 y del oficio de la misma fecha, sin número, visible a folio 4 del expediente por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 04312 de 11 de diciembre de 2001, expedida por la Dirección General de la Policía Nacional, mediante la cual se ordenó el retiro del servicio activo del señor Manuel Italo Belalcázar, por voluntad de la Dirección General, en la forma prevista en los artículos 55 numeral 6, y 62 del Decreto 1791 de 2000.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNASE** a la entidad demandada a reincorporar al actor, sin solución de continuidad para todos los efectos legales, a un cargo equivalente al de Suboficial de la Policía Nacional, que venía desempeñando al momento de su retiro del servicio.

QUINTO: ORDÉNASE a la parte demandada pagarle al actor los sueldos, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir desde el 12 de diciembre de 2001 hasta la fecha en que se produzca su reintegro, previas las deducciones de ley a que hubiere lugar, en aplicación de la siguiente fórmula:

Al liquidar las sumas dinerarias en favor del demandante, los valores serán ajustados en los términos del artículo 178 del C.C.A., utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a lo dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la

forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

SEXTO: DÉSE aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue aprobada y estudiada por la Sala en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ