

**FACULTAD DISCRECIONAL - Marco normativo y jurisprudencial / POLICIA NACIONAL - Hace parte de la fuerza pública / RETIRO DEL SERVICIO - Facultad discrecional / ESTADO SOCIAL DE DERECHO - No es incompatible con la facultad discrecional**

De conformidad con lo establecido en el artículo 216 de la Constitución Política, la Policía Nacional forma parte de la Fuerza Pública; y, está instituida para mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar la convivencia en paz de todos los habitantes del territorio, artículo 218 ibídem. Dentro de dichos mecanismos la posibilidad del retiro del servicio, por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, se constituye en una herramienta que permite la renovación del personal con el objeto de obtener mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines de la Institución. La existencia de facultades discrecionales no es incompatible con la vigencia de un Estado Social y Constitucional en la medida en que se ejerzan como un poder en derecho y conforme al derecho, cuya regla y medida es la razonabilidad.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 216 / DECRETO 1791 DE 200

**RETIRO DEL SERVICIO POR FACULTAD DISCRECIONAL - No requiere ser motivado / FACULTAD DISCRECIONAL - Sometido al control judicial / DESVIACION DEL PODER - desconfianza del funcionario por parte de los superiores / BUENA PRESTACION DEL SERVICIO - virtudes policiales adecuadas para el mejoramiento del servicio / AFECTACION DEL SERVICIO PUBLICO - No afecta el fin propuesto / MEJORAMIENTO DEL SERVICIO PUBLICO - Se configura la desviación del poder / FACULTAD DISCRECIONAL - No es procedente cuando el servidor es calificado con superior / CALIFICACION SUPERIOR - Demuestra su idoneidad para el cargo**

De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, el retiro del servicio por facultad discrecional no requiere ser expresamente motivado ni tampoco el acta que recomienda dicha decisión. Esta situación, empero, no implica que el retiro del servicio no esté fundado en razones, las cuales, en atención a la especial facultad que se ejerce, se presumen en aras del buen servicio. El ejercicio de la facultad discrecional cuando presuntamente no se efectúa de forma acorde a su objeto constitucional y legal sí es controlable en vía jurisdiccional y, en caso de acreditarse que motivaciones diversas a la excelencia en la prestación del servicio fueron las que determinaron la desvinculación de un integrante de la Institución, procede el retiro de dicha decisión del ordenamiento jurídico. Se concluye que es bastante razonable considerar que lo que motivó el retiro del servicio del actor fue el manto de duda que se tejió en contra de su honestidad en el operativo adelantado el 20 de enero de 2003. Empero, dicha conclusión por sí sola no tiene la virtualidad de afirmar la configuración del vicio de desviación de poder respecto del acto demandado, pues lo sucedido en el operativo de 20 de enero de 2003 pudo generar, de un lado, desconfianza en sus superiores y en consecuencia, determinar la decisión de removerlo efectivamente del servicio; y, de otro, una afectación tal en el servicio que justificara la decisión discrecional. En este sentido y a pesar de que la desconfianza en el funcionario por parte de sus superiores puede justificar en algunos eventos el ejercicio de la facultad discrecional de retiro, en la medida en que interfiere en el buen desempeño de una función estatal, en el presente asunto debe analizarse si dados los antecedentes laborales del accionante era razonable ejercer dicha potestad. Estas probanzas llevan a

cuestionarse si en atención a un fin constitucionalmente relevante, como lo es la buena prestación del servicio público, con dichos antecedentes era razonable desvincular a un servidor que demostró durante el tiempo en que estuvo vinculado, virtudes policiales adecuadas al mejoramiento del servicio. En otras palabras, teniendo en cuenta que la razón de la facultad discrecional es el buen servicio, cabe preguntarse si el servicio efectivamente se favorecía con el retiro inmediato de un funcionario en el marco que acaba de describirse y con un desempeño "superior". Aun cuando es innegable el malestar que generaron las irregularidades presentadas en el operativo tantas veces citado frente a la credibilidad y prestación del servicio público, lo que se cuestiona es si en aras de proteger dicho servicio se requería prescindir, por la vía de la facultad discrecional, de un funcionario que, se repite, gozaba de excelente consideración dentro de la Institución. 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.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION SEGUNDA**

#### **SUBSECCION "B"**

**Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil diez (2010)

**Radicación número: 25000-23-25-000-2003-06792-01(0938-10)**

**Actor: RENE TRIANA RIVERA**

**Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia de 26 de noviembre de 2009, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, se inhibió para conocer de fondo sobre la legalidad del Acta No. 005 de 12 de marzo de 2003 y negó las pretensiones de la demanda formulada por René Triana Rivera contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional.

## **LA DEMANDA**

**RENÉ TRIANA RIVERA**, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que se declare la nulidad de los siguientes actos:

- Resolución No. 488 de 25 de marzo de 2003, expedida por el Director General de la Policía Nacional, por la cual fue retirado del servicio por voluntad de la Dirección General, al tenor de lo dispuesto en los artículos 55 numeral 6º y 62 del Decreto 1791 de 2000.
- Acta de la Junta de Evaluación y Calificación de la Policía Nacional, por la cual se recomendó su retiro.
- Recomendación de su retiro.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la parte accionada a:

- Reintegrarlo al servicio activo de la Policía Nacional, sin solución de continuidad, a un cargo de superior categoría del que ostentaba al momento de su retiro del servicio.
- Reconocerle y pagarle los perjuicios morales sufridos con ocasión de su retiro de la Institución.
- Reconocerle y cancelarle todos los salarios y demás conceptos dejados de percibir, en igualdad de condiciones a las de un Intendente, desde el retiro del servicio y hasta el momento en que sea efectivamente reintegrado al servicio, teniendo en cuenta los grados, incrementos y ascensos.

Como pretensión subsidiaria de la anterior y a título de reparación del daño, reconocerle y pagarle como daño moral "*por el Retiro por una causal para depurar los corruptos y emitida para retiros por razones del servicio y en beneficio de la comunidad en general y no como **medida sancionatoria como se hizo** ...*", la suma equivalente a dos mil gramos oro, al precio que certifique el DANE.

- Reconocer y pagar las sumas adeudadas debidamente reajustadas con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, de conformidad con lo establecido en el artículo 178 del C.C.A. Igualmente,

reconocer sobre las sumas adeudadas los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva providencia.

- Dar cumplimiento a la Sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.
- No efectuarle descuento alguno por dineros recibidos del tesoro público.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

- Ingresó a la Escuela Rafael Reyes de Santa Rosa de Viterbo, Boyacá, el 5 de agosto de 1996. En razón a sus cualidades el Director de la referida Escuela lo propuso para el ingreso a la carrera policial, lo que sucedió en el mes de agosto de 1997 en el Departamento de Policía Metropolitana de Bogotá, grado de patrullero.
- En dicho Departamento de Policía desempeñó sus funciones en la “Fuerza Disponible” y posteriormente en el “Grupo Cobra”, donde estuvo hasta el mes de enero de 2003, cuando fue trasladado a la Estación Segunda de Chapinero, lugar en donde laboró hasta el 31 de marzo del mismo año, cuando fue notificado de su retiro de la institución.
- El 20 de enero de 2003 en horas de la noche acudió a un llamado para reforzar la atención de un hurto a residencia en el barrio Cedro Bolívar. Encontrándose allí y ante el estado de la operación procedió a colaborar en la búsqueda de armas que al parecer los delincuentes habían escondido en el sitio. Agregó la parte demandante:

*“El actor escucha por el radio que el señor Sargento Aparicio reporta a nombre de la patrulla con el indicativo 624 a un capturado con arma de fuego, posteriormente el señor sargento Aparicio y el Pt-. Rubio Pava le informa que el Patrullero Rubio le encontró a uno de los capturados una pistola calibre 22 de la cual el Sargento Aparicio le hace entrega al actor del arma y le confirma que ya esta reportada a la Central de Radio, luego sube la señora Comisario María Santiesteban y pregunta en voz alta quien del grupo de Bogotá en Acción tiene un arma de fuego incautada, el actor le manifiesta que él la tiene, y que ya esta reportada y que el capturado por esta arma se encuentra en la patrulla 5376 en la cual el actor se moviliza.”.*

Fuera de la casa manipuló el arma en razón a que tenía trabado un cartucho y, delante de todos los policías, procedió a disparar al piso como es debido. En dicho momento el ST. Ortiz le preguntó por la procedencia del arma a lo cual él respondió afirmando que era de uno de los delincuentes que se encontraban retenidos en la patrulla en la que se movilizaba. Luego, ante la solicitud del ST. Ortiz le entregó la pistola, el proveedor y 5 cartuchos.

Posteriormente, el ST. Ortiz le ordenó a los policiales ingresar al patio de la residencia con el objeto de realizarles una requisa, la cual fue adelantada por el ST. Gómez, quien no encontró nada. Allí el ST. Gómez les informó que dicho procedimiento se adelantaba con el ánimo de darle transparencia a la actuación pues los dueños de la residencia afectada manifestaban que faltaban algunos elementos. En dicho momento él expresó que en la patrulla 5376 tenían dos capturados que no habían sido requisados, razón por la cual se trasladaron a dicho sitio y los presuntos delincuentes entregaron dos puñados de joyas, los cuales fueron recogidos por el ST. Gómez y juntados en una bolsa.

En seguida el PT. Virgues Cruz le hizo entrega al ST. Ortiz de un maletín lleno de elementos que también fueron objeto de hurto. Finalmente, el último de los uniformados expresó que se iba con los capturados para judicializarlos y que a ellos los felicitaba por la labor desempeñada.

Continuó el demandante:

*“El Patrullero Paz Botina encontró unas joyas dentro del vehículo de siglas 5552 que era tripulado por el SI. Castillo González Henry y el Agente Saldarriaga Holguín Jhon y se dice que junto a las joyas apareció la Fotografía del SI. Peralta, motivo por el cual se le vinculó al proceso penal y disciplinario, acusándolo a (sic) que por el hecho de haber estado la presunta fotografía la que nunca fue mostrada a nadie había deshonrado el honor de la policía, fue insultado públicamente por el coronel Rodrigo Palacio Cano, tratándolo de delincuente, ladrón y delante de toda la unidad informó que los policiales Bermúdez Campos Edgar, Saldarriaga Holguín Jhon Alberto Ag, (sic) Virgues Cruz Cesar. Rubio Pava José Luis Tt, y al actor les aplicaría de inmediato la medida discrecional y que el resto de involucrados los haría trasladar y efectivamente se procedió a trasladar a I SS Aparicio (sic), SI castillo Henry SI Vásquez Ciro, PT. Villamizar Nieto Jesús, SI Aguilera Felgui, Ag. González y Ag Fandiño Jorge y ST Jimmy Bernal y a los demás a retirarlos discrecionalmente.”*

Como consecuencia de las falsas imputaciones elevadas por el Coronel Rodrigo Palacio Cano, con fundamento en la información suministrada por el ST Ortiz de los hechos ocurridos el 20 de enero de 2003, se abrieron en su contra procesos disciplinario y penal, los cuales a la fecha de la demanda aun se encuentran pendientes por resolver.

La cercanía de todas estas acciones así como de su retiro de la Institución evidencia el nexo causal y la desviación de poder en el ejercicio de la facultad discrecional.

Infortunadamente, además, para su retiro del servicio la Policía Nacional se fundó en los artículos 55, numeral 6º y 62 del Decreto 1791 de 2000, los cuales fueron declarados inconstitucionales mediante la Sentencia C-253 de 2003, expedida el mismo día en que se ordenó su retiro del servicio.

### **LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

De la Constitución Política, los artículos 29 y 189 numerales 10 y 11. Del Decreto 1791 de 2000, los artículos 55 numeral 6º y 62.

Decreto 1800 de 2000, los artículos 3, 4, 6, 7 y 50.

Del Código Contencioso Administrativo, artículos 35 y 36.

El demandante consideró que la parte accionada con los actos acusados incurrió en violación directa de la ley sustancial, expedición irregular, falsa motivación y desviación de poder, por cuanto:

(i) Violación directa de la Ley sustancial, en la medida en que desconoció la interpretación que la Corte Constitucional dio a las funciones del comité de evaluación en la Sentencia C-564 de 1998; quebrantó lo dispuesto en las disposiciones citadas del Decreto 1800 de 2000; y, desconoció lo dispuesto en los artículos 35 y 36 del C.C.A.

Adicionalmente, resaltó el actor que en razón a que las disposiciones legales en que se fundó su retiro discrecional fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-253 de 2003, lo procedente es declarar la inconstitucionalidad por consecuencia del acto demandado.

(ii) Expedición irregular, por cuanto para su retiro del servicio no se tuvieron en cuenta las funciones y los deberes del Comité en el ejercicio de una facultad que aunque discrecional está reglada. En este sentido: (a) para su evaluación no se tuvo en cuenta su hoja de vida, las últimas calificaciones, las felicitaciones y las condecoraciones; (b) se omitió consignar las razones por las cuales consideró ajustado a la legalidad recomendar el retiro del servicio del actor. En este tópico, resaltó el demandante que las razones de su retiro no se encuentran ni en el acta que recomendó el retiro, ni en la Resolución que lo adoptó ni en el acta que aprobó la primera, la cual, además, vale resaltar fue proferida luego de que se expidiera la Resolución No. 488 de 25 de marzo de 2003; y, (c) no se le notificó de la evaluación, impidiendo de esta forma ejercer su derecho de defensa y vulnerando en términos generales el debido proceso.

(iii) Falsa motivación, en la medida en que su retiro del servicio no es consecuencia de un análisis de su hoja de vida que hubiera aconsejado el retiro por ejercicio de la facultad discrecional y, de otra parte, no se expusieron los motivos por los cuáles se adoptó la decisión.

(iv) Desviación de poder, por cuanto de las pruebas arrojadas queda claro que el ejercicio de la facultad discrecional en el presente asunto se utilizó como mecanismo sancionatorio, por la presunta comisión de una falta en ejercicio de un operativo contra hurto a residencia. Al respecto, precisó la parte accionante:

*“Se reitera en esta demanda que el retiro fue discrecional como sancionatorio por la falsa **acusación de haberse apoderado de unas joyas en chapinero** (sic), **hecho que resultó falso, y por el cual se le adelantaron procesos penales y disciplinarios además de aplicarle la medida discrecional de retiro como sanción incurriendo en el Triple juzgamiento, prohibido constitucional y legalmente, en eventos como este H. Consejo de Estado señores Magistrados, ha revocado las sentencias de los señores Magistrados (...)**”.*

Finalmente, el accionante sostuvo que su carga probatoria se acredita con el hecho de demostrar con la hoja de vida, documento público, la excelencia en la prestación del servicio, razón por la cual le corresponde a la Policía Nacional desvirtuar dicho acontecimiento allegando una “hoja de vida secreta” u otro documento con el que acredite que con su retiro del servicio se mejoró el servicio. Sobre este tópico se agregó:

*“Las H. Salas Contenciosas del País no han querido reconocer que la hoja de vida es un documento público, que igualmente si existe una*

*norma legal y vigente que obliga a los comités de evaluación a Notificar el resultado de evaluación del comité que determina el retiro: así mismo existe disposición legal que es la norma D-1800 de 2000 en su Art. 7 que le da el carácter de documento público a la hoja de vida, por ello **se coloca contra la demandante quien fue la que la elaboró para que la tache de falso**, y si no lo hace se pruebe la incongruencia entre el acto de retiro y la excelente hoja de vida, documento que tiene el carácter de personal y de Policial.”*

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Corrido el traslado ordenado mediante Auto de 10 de noviembre de 2003 (Fl. 351 del cuaderno principal), la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional contestó la demanda incoada en su contra por René Triana Rivera, en los siguientes términos (Fls. 362 a 368 del cuaderno principal):

La Resolución de retiro fue expedida con fundamento en los artículos 55 numeral 6º y 62 del Decreto 1791 de 2000, cuerpo normativo que tuvo como objeto aumentar la eficacia del servicio prestado por la Policía Nacional.

La facultad de retiro ejercida por la Institución en el presente asunto (a) se inscribe en un marco constitucional dirigido a garantizar la convivencia, paz y seguridad de todos los habitantes del territorio y (b) permite depurar a la fuerza pública por el cuestionamiento que algunos eventos generaron sobre el buen desempeño de sus integrantes.

Tampoco puede obviarse, continuó la parte accionada, que el sistema de carrera dentro de la Policía Nacional es especial y que dentro de él se permite el ejercicio de la facultad discrecional de remoción en aras de favorecer el buen servicio público. Al respecto, se precisó:

*“La Corte Constitucional en su oportunidad de referirse al servicio de la Policía Nacional, manifestó que ésta tiene unas exigencias de confiabilidad y de eficiencia que implican que la institución pueda contar con condiciones de absoluta credibilidad con el personal a su servicio.”*

El retiro del servicio del actor no obedeció a imposición de sanción alguna sino al ejercicio de la facultad discrecional, apreciada conforme a la normatividad aplicable en el marco de la garantía de los derechos constitucionales.



No hay lugar al reconocimiento de perjuicios morales, en la medida en que ello desvirtuaría la naturaleza de la acción impetrada y daría lugar a la configuración de la acción de reparación directa.

Finalmente, puntualizó la demandada, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de algunos apartes del Decreto 1791 de 2000 pero en cuanto al personal de Oficiales y Suboficiales, no así frente al cargo que desempeñaba el accionante. Al respecto, se puntualizó:

*“El grado que ostentaba el acto al momento del retiro era el de **SUBINTENDENTE**, es decir pertenecía al **NÍVEL EJECUTIVO DE LA POLICÍA NACIONAL**, quiero (sic) esto decir que la normatividad que regulaba el retiro del Intendente antes del Decreto 1791 de 2000, era el Decreto 132 de 1995. el cual al efectuarse el estudio de Constitucionalidad al Decreto 1791 de 2000, solo declaró inexecutable parcialmente el contenido del Decreto 573 de 1995, el cual no tiene nada que ver en materia jurídica con el Nivel Ejecutivo; pues como es claro el grado del actor era el de Intendente, y no el de Suboficial u Oficial.”.*

#### **LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, mediante Sentencia de 26 de noviembre de 2009, resolvió (Fls. 598 a 615 del cuaderno principal):

(i) Inhibirse para conocer de fondo sobre la legalidad del Acta No. 005 de 12 de marzo de 2003, en la medida en que, afirmó el *a quo*, es un acto de trámite o preparatorio que no define situación alguna del actor; y

(ii) Negar las pretensiones de la demanda. Para el efecto despachó cada uno de los cargos formulados en los términos que a continuación se sintetizan:

(a) En cuanto a la inconstitucionalidad sobreviniente alegada:

No es viable acceder a esta pretensión en la medida en que los apartes del Decreto 1791 de 2000 declarados inexecutables por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-253 de 2003 no hacen relación a los miembros de la Policía Nacional del Nivel Ejecutivo.

(b) Expedición irregular:

De conformidad con el contenido normativo de los artículos 55 numeral 6º y 62 del Decreto 1791 de 2000, el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional puede ser retirado por facultad discrecional, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación, tal como ocurrió en el presente asunto; siendo de resaltar que de dichas disposiciones no se deduce que en el acta deban constar los motivos del retiro o las deliberaciones efectuadas, pues la existencia de ellos y el estudio detallado de la hoja de vida se presume efectuado. Adicionalmente, continuó el Tribunal, la actuación de la Institución queda sometida al control judicial en sede contencioso administrativa.

(c) Desviación de poder:

El ejercicio de la facultad discrecional no debe confundirse con las acciones penal o disciplinaria. Adicionalmente, en reiteradas oportunidades el Consejo de Estado ha manifestado que algunas conductas pueden dar lugar no solo a la comisión de hechos sancionables sino al ejercicio de la facultad discrecional. Esta potestad de remoción, empero, no es sinónimo de arbitrariedad pues, al tenor de lo dispuesto en el artículo 36 del C.C.A., la medida debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Ahora bien, continuó el juzgador de primera instancia, analizadas las circunstancias que rodearon el retiro del actor, esto es, las presuntas irregularidades que se presentaron en el operativo adelantado en una residencia que fue objeto de hurto, se puede concluir que no era necesario que la Policía Nacional esperara los resultados de las investigaciones disciplinaria y/o penal, sino que era viable que por razones del servicio ordenara el retiro por facultad discrecional. Agregó el *a quo*:

*“No se demostró por parte del actor que el acto acusado se expidiera con ánimo sancionatorio o con algún motivo o fin específico ajeno al interés general, como afirmó en la demanda, Para demostrar el cargo debió allegar las probanzas que acreditaran la existencia de otro propósito o finalidad diferente a razones del buen servicio o un mejoramiento en el cumplimiento de los fines constitucional y legalmente encargados a la institución castrense.”.*

(d) Falsa motivación:

Si bien el acto por el cual se retira discrecionalmente a un policial se presume expedido en aras del buen servicio, en ocasiones la hoja de vida es prueba suficiente para acreditar la desproporcionalidad del ejercicio de la facultad, dadas las condiciones y méritos personales del retirado. En el presente asunto, a pesar de acreditarse con la hoja de vida del actor que su desempeño era calificado como superior, lo cierto es que la Junta de evaluación recomendó su retiro y el actor no contravirtió las razones del servicio que por presunción respaldan la decisión. Concluyó el Tribunal:

*“De acuerdo con lo expuesto, no llega el Tribunal al convencimiento de que el retiro del actor estuvo motivado por fines ocultos y amañados opuestos a los permitidos por el ordenamiento jurídico, por lo que se concluye que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, y en consecuencia se denegarán las súplicas de la demanda.”.*

Finalmente, dada la conducta de las partes en el asunto y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no hay lugar a la condena en costas.

### **EL RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante interpuso y sustentó recurso de apelación contra la Sentencia del Tribunal, con los siguientes argumentos (Fls. 616 a 620 del cuaderno principal):

El *a quo* incurrió en dos errores de aplicación de la jurisprudencia: (i) considerar, verdad sabida y buena fe guardada, que las razones del servicio quedaron en un acto controlable ante la jurisdicción contencioso administrativa; y, (ii) considerar que el ejercicio de la facultad discrecional no es secreta y a pesar de ello no haber obtenido el acta donde obran las razones del servicio que determinaron su retiro del servicio.

Igualmente, el Tribunal mal interpretó la normatividad aplicable y las sentencias sobre el tema, al haber considerado que no se requería la consignación de las razones del retiro del servicio por ejercicio de la facultad discrecional. Continuó la parte recurrente:

*“Existe igualmente grave error en el fallo sobre interpretación de la jurisprudencia cuando indica “que confundimos la acción disciplinaria con la discrecional”, tal consideración del tribunal no merece ni siquiera consideración, pues lo que se argumentó fue claramente la demostración de la falsa motivación comprobada al presentar el nexo causal e indicar que en lugar de retirar a un miembro de la policía aplicando el proceso disciplinario en falsa motivación se burlo (sic) el procedimiento y se le aplico (sic) la medida discrecional.”.*

Contrario a lo afirmado por el Tribunal, al proceso se arrimaron las pruebas que demuestran la falsa motivación en que incurrió la Policía Nacional para optar por su retiro discrecional, tal como lo es el hecho de que tanto él como sus compañeros hayan sido absueltos en los procesos penal y disciplinario por los hechos acaecidos en el operativo en que se recuperó el control de una residencia que fue objeto de hurto.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la controversia, previas las siguientes:

### **CONSIDERACIONES**

Es pertinente resaltar que el juez de segunda instancia está sometido al objeto del recurso incoado contra la providencia proferida por el *a quo*; razón por la cual, no es dable entrar a pronunciarse sobre aspectos ajenos al mismo. Efectuada la anterior consideración cabe precisar que el problema jurídico por resolver se contrae a determinar si el retiro del SI. René Triana Rivera se encuentra viciado de legalidad por no haberse incluido **expresamente** dentro del acta de recomendación u otro acto lo que motivó dicha determinación; y, por otra parte, si su retiro obedeció a razones distintas al buen servicio.

Con tal objeto, entonces, se procederá a determinar la legalidad de la Resolución No. 488 de 25 de marzo de 2003. Para el efecto se resaltan los siguientes supuestos fácticos y jurídicos:

#### De la vinculación del actor

Al tenor de lo establecido en las evaluaciones allegadas al expediente, se evidencia que René Triana Rivera ingresó como Alumno de la Escuela General Rafael Reyes, para adelantar el curso de Patrullero del Nivel Ejecutivo, el 5 de agosto de 1996.

De conformidad con la certificación obrante a folio 5 del expediente principal, al 25 de marzo de 2003, fecha en que se profirió el acto de retiro ahora demandado, el actor se desempeñaba como Subintendente en la Segunda Estación de Chapinero.

#### De su retiro de la Institución

A través del Acta No. 005 de 12 de marzo de 2003 de la Junta de Evaluación y Clasificación para suboficiales, personal del nivel ejecutivo y agentes, suscrita por los siguientes miembros de la Policía Nacional: el Inspector General, el Director de Antinarcóticos, el Director de Bienestar Social, el Director de Recursos Humanos, el Jefe del Área de Registro y Control y la Jefe de la Oficina Jurídica quien asistió como delegada del Secretario General, se recomendó el retiro discrecional del actor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 55 y 62 del Decreto 1791 de 2000. Al respecto, se expresó:

*“Abierta la sesión por el señor Mayor 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 del 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, (...)”.*

Mediante Resolución No. 488 de 25 de marzo de 2003 el Director General de la Policía Nacional, en ejercicio de las facultades legales conferidas por el artículo 5º numeral 3º de la Resolución Ministerial No. 162 de 2002, ordenó el retiro del servicio activo de la Institución, por voluntad de la Dirección General, del Subintendente Rene Triana Rivera, de conformidad con lo establecido en los artículos 55 numeral 6º y 62 del Decreto 1791 de 2000 (Fl. 2 del cuaderno principal)<sup>1</sup>.

Establecido lo anterior, la Sala abordará el asunto sometido a su consideración en el siguiente orden (I) De la facultad de retiro discrecional: Marco normativo y jurisprudencial; y, (II) Del caso concreto

(I) De la facultad discrecional: Marco normativo y jurisprudencial.

---

<sup>1</sup> De dicho acto se notificó personalmente el actor el 31 de marzo de 2003, tal como consta en el acta obrante a folio 3 del cuaderno principal.

De conformidad con lo establecido en el artículo 216 de la Constitución Política, la Policía Nacional forma parte de la Fuerza Pública; y, está instituida para mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar la convivencia en paz de todos los habitantes del territorio, artículo 218 ibídem.

La misión especial que le ha conferido la Constitución Política a la Fuerza Pública, y en especial a la Policía Nacional, como garante, entre otras, de la materialización de un orden justo, requiere la existencia de ciertas facultades en cabeza de sus máximas autoridades, entre ellas y las principales del Presidente de la República<sup>2</sup> y del Director General de la Policía Nacional, tendientes a obtener un mejor servicio.

Dentro de dichos mecanismos la posibilidad del retiro del servicio, por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, se constituye en una herramienta que permite la renovación del personal con el objeto de obtener mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines de la Institución.

Dicha facultad, sin embargo, no puede interpretarse aisladamente de los principios que informan nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio, las cuales se presumen.

Ahora bien, la existencia de facultades discrecionales no es incompatible con la vigencia de un Estado Social y Constitucional en la medida en que se ejerzan como un poder en derecho y conforme al derecho, cuya regla y medida es la razonabilidad. Al respecto, en sentencia de esta Subsección, de 3 de agosto de 2006, C. P. doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno No. 0589-05, actor: Jesús Antonio Delgado Guana, se sostuvo:

*“La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir 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,*

---

<sup>2</sup> De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del Artículo 188 de la Constitución Política, le corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa. “(...) *Dirigir la fuerza Pública y disponer de ella como comandante supremo de las fuerzas armadas de la república.*”

*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.”.*

La posibilidad de la Administración de adoptar decisiones fundadas en criterios de oportunidad y conveniencia, sin embargo, dentro de un sistema de pesos y contrapesos no es ajena al control en sede judicial<sup>3</sup>. Esta Corporación reiteradamente ha sostenido que si bien las razones del servicio se presumen, de demostrarse la existencia de vicios que desvirtúen la presunción de legalidad, la decisión debe ser retirada del ordenamiento jurídico. En este sentido, en la providencia anteriormente mencionada esta Corporación sostuvo:

*“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.”.*

Concretamente, de conformidad con lo dispuesto por la Resolución acusada, el Director General de la Policía Nacional fundó la decisión de retiro del actor en el Decreto 1791 de 2000, que en su parte pertinente establece:

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

*El retiro de los oficiales se hará por decreto del Gobierno; y el del nivel ejecutivo, suboficiales y agentes, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Director General de la Policía Nacional.*

*El retiro de los oficiales deberá someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de Oficiales Generales y en los demás grados en los casos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran*

---

<sup>3</sup> Al respecto, en sentencia de esta Subsección, de 27 de marzo de 2003, C. P. doctor Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 2366-02, actor: Francisco Javier Caballero Hurtado, se consideró: *“Así las cosas, el quid de la discrecionalidad no versa hoy en día sobre su existencia, la cual no se discute, sino hasta dónde es legítimo el ejercicio del control judicial y en qué consistiría dicho control, partiendo del principio, ecuménicamente aceptado, según el cual la discrecionalidad sólo puede ser concebida como legítima en un Estado de Derecho en la medida en que aprecie el interés general en relación con otros intereses múltiples y heterogéneos que aparecen en el ordenamiento jurídico – como por ejemplo la estabilidad de los trabajadores – , con el fin de elaborar, en un marco de justicia y respeto por los derechos fundamentales, la decisión que mejor se aproxime a aquella que pueda ser calificada como la más adecuada.”.*

invalidez, no superar la escala de medición del Decreto de evaluación del desempeño o muerte.

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

(...)

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

(...)

**ARTICULO 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.**”. Resaltas fuera de texto.

La parte resaltada anteriormente fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-253 de 25 de marzo de 2003, M. P. doctor Álvaro Tafur Galvis; sin embargo, en la medida en que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º del mismo cuerpo normativo, el grado de Subintendente forma parte del nivel ejecutivo y dicho nivel no se ve afectado por la declaratoria de inconstitucionalidad referida, es válido afirmar que las disposiciones que fundaron el retiro discrecional del actor, por Voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, se encontraban vigentes en el ordenamiento jurídico al momento de la expedición del acto de retiro y en ningún momento vieron afectada su validez y/o vigencia por la expedición de providencia posterior.

A su turno, de la lectura de las disposiciones citadas se pueden extraer las siguientes premisas:

- a) El retiro del servicio por facultad discrecional tiene como causa “razones del servicio”;
- b) Para decretarlo no se requiere tiempo mínimo alguno de labores;
- c) Cuando se hace efectivo frente a un miembro del nivel ejecutivo la competencia es de la Dirección General de la Policía Nacional, por delegación del Ministro de Defensa Nacional; y,
- d) Para disponer el retiro en ejercicio de la facultad discrecional a que venimos haciendo referencia, se requiere recomendación previa de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva.



Bajo los anteriores presupuestos normativos e interpretativos, entonces, se procede a analizar la situación específica planteada por la parte demandante en el recurso de apelación incoado contra la providencia de 26 de noviembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A.

(II) Del caso concreto

En atención al alcance dado al recurso de apelación por parte del actor, a continuación se procede a abordar los dos asuntos que condensan su alegato.

(A) Ausencia de motivación del retiro del servicio.

Al respecto, desde la demanda el actor ha venido sosteniendo que en la medida en que los actos inicialmente demandados no consignan expresamente los motivos por los cuales se consideró ajustado a la buena prestación del servicio disponer su retiro, ni tampoco se allegó prueba en dicho sentido al proceso, procede la declaratoria de nulidad solicitada y, en consecuencia, su reintegro al servicio.

Al respecto, lo primero que ha de resaltarse es que de conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, el retiro del servicio por facultad discrecional no requiere ser expresamente motivado ni tampoco el acta que recomienda dicha decisión. Esta situación, empero, no implica que el retiro del servicio no esté fundado en razones, las cuales, en atención a la especial facultad que se ejerce, se presumen en aras del buen servicio.

Ahora bien, contrario a lo expuesto por el recurrente, el ejercicio de la facultad discrecional cuando presuntamente no se efectúa de forma acorde a su objeto constitucional y legal sí es controlable en vía jurisdiccional y, en caso de acreditarse que motivaciones diversas a la excelencia en la prestación del servicio fueron las que determinaron la desvinculación de un integrante de la Institución, procede el retiro de dicha decisión del ordenamiento jurídico.

También es oportuno resaltar que esta Corporación, Sección Segunda, Subsección B, mediante Sentencia de 21 de mayo de 2009, C.P. dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno 05-8380, ya tuvo oportunidad de pronunciarse frente a este

tópico resaltando que dentro del procedimiento especial regulado para el retiro del personal de la fuerza pública como consecuencia del ejercicio de la facultad discrecional, no se contempla la exigencia de motivar, se reitera, expresamente, la decisión. Veamos:

*“Durante el ejercicio de la potestad discrecional no es necesario que la Autoridad Administrativa, y en este caso la Policía Nacional, manifieste los criterios y razonamientos que tuvo en cuenta para el retiro del servicio, sin que ello pueda ser considerado como arbitrario o abusivo, del mismo modo no existe la obligación de notificar el inicio de la actuación administrativa, citar a terceros interesados, practicar pruebas, y en general garantizar los derechos de Audiencia y Defensa tal como lo prevé el Título II del Código Contencioso Administrativo, como lo pretende interpretar el demandante, pues justamente el artículo 1 ibídem prevé que los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas, siendo incompatibles con la discrecionalidad para el retiro del servicio.”.* Resaltas fuera de texto.

Por el motivo expuesto, entonces, no se accederá a las súplicas de la demanda.

#### B. De la Desviación de poder.

En los términos establecidos en el artículo 84 del C.C.A., esta causal se dirige a analizar la legalidad del acto desde su finalidad. Al respecto, en sentencia de esta Subsección, de 12 de febrero de 2009, C. P. doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno No. 3009-2004, actor: Ángel Ovidio Buitrago Leguizamón, se sostuvo:

*“La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 2o. de la Constitución Política y artículo 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser.”.*

Concretamente refiere el actor que su retiro de la Policía Nacional no obedeció a razones del buen servicio sino a una “sanción” disfrazada, en razón a las supuestas irregularidades que se presentaron en un operativo realizado el día 20 de enero de 2003 con el objeto de recuperar una residencia que acababa de ser objeto de hurto. En dicho suceso, el actor, quien llegó a apoyar la situación, fue acusado de pretender apoderarse de un arma que había sido incautada a los presuntos autores del delito.

Para el efecto allegó la siguiente prueba documental:

I. Relacionadas con las presuntas irregularidades ocurridas en el operativo del 20 de enero de 2003.

(a) **Informe.**

Mediante documento de 21 de enero de 2003 dirigido por el Subcomandante Operativo del Departamento de Policía de Tisquesusa al Comandante (e) de la Policía Metropolitana de Bogotá, se pusieron de presente las irregularidades presentadas en un procedimiento relacionado con el hurto a una residencia en el Barrio Cedro Bolívar de la ciudad de Bogotá. Al respecto, se precisó:

*“En la residencia antes mencionada ingresaron de manera violenta cuatro sujetos de nombres ..., quienes en el interior del mismo procedieron a amordazar a todos los integrantes de la familia que residen en esta vivienda para así hurtar joyas, bienes y demás elementos de valor.*

*Por una llamada efectuada a la Central del 112, donde informaron que a la casa antes referida habían ingresado por la terraza unos sujetos, la central procedió a asignar el caso a las patrullas del sector, llegando inicialmente a conocer el caso las siguientes unidades: (...)*

*Posteriormente de igual manera se hicieron presente (sic) al lugar de los hechos las siguientes patrullas:*

**Satélite 6-24** en la patrulla 5376 compuesta por:

**SI. TRIANA RIVERA RENE(...)**

*[Capturados los presuntos transgresores del ordenamiento jurídico e incautados algunos elementos hurtados] (...) el señor **ST. ORTIZ**, procedió a entrevistarse con la dueña de la residencia, la señora **GLADYS RODRÍGUEZ AGUIRRE** quien le manifestó que hacían falta un gran número de joyas y otros elementos y que como quiera que los bandidos que habían ingresado a la residencia, fueron capturados en su totalidad, los elementos debían obviamente ser recuperados.*

*Ante esto el señor **ST. JOVANNI ORTIZ**, dispuso darle una mayor claridad al procedimiento debiendo requisar a los uniformados y los vehículos que habían llegado al sitio. Inmediatamente procedió a ordenarle al **ST. GOMEZ GONZALEZ CAMILI** y a la **SC. MARIA SANTIESTEBAN ANGARITA** que formaran a los Policías en la parte trasera de la residencia mientras él revisaba los vehículos uniformados, fue así como observó que se dirigían de manera rápida hacia la patrulla de siglas 04-5552 el **SI. PERALTA QUIROGA WILLIAM, AG. BERMUDEZ CAMPOS EDGAR** y **AG. SALDARRIAGA ORTIZ JHON<sup>4</sup>**, en una actitud apresurada y nerviosa, al practicar la requisa a este vehículo se halló en el espaldar de la silla del tripulante una cantidad considerable de joyas de las que habían sido hurtadas en la residencia, (...)*

---

<sup>4</sup> Es de anotar que dentro del expediente este Uniformado aparece en otras pruebas con el nombre de Saldarriaga Holguín Jhon.

*Al continuar con la requisita de los vehículos, se acercó a la patrulla de siglas 5376 con el indicativo Satélite 6-24, el conductor de la misma **PT. VIRGUEZ CRUZ CESAR**, sacó un maletín del interior del vehículo, el cual contenía varios elementos, también hurtados en la residencia procediendo a entregárselos al Señor Oficial.*

*En el momento que el Oficial en mención se dirigía con la afectada hacia la parte posterior de la residencia donde se encontraban formados los Policías, se escuchó una detonación y se pudo establecer que había sido efectuada con la pistola marca EXCAM HIALEAH, calibre 22, utilizada para perpetrar el atraco y la cual en ese momento estaba siendo manipulada por el **SI. TRIANA RIVERA RENE** integrante de la patrulla Satélite 6-24, y que hasta ese momento no había sido reportada quedando al descubierto las pretensiones del señor Subintendente de quedarse con dicho elemento, más aún cuando se había solicitado en forma reiterativa por parte de los Oficiales los resultados de dicha operación.*

*(...)." Agregado y resaltas fuera de texto.*

**(b) Investigación Disciplinaria.**

Por Auto de 27 de enero de 2003 el Comandante del Departamento de Policía de Tisquesusa dio apertura formal de la investigación disciplinaria No. 0849/03 en contra del SI. William Peralta Quiroga, Ag. Edgar Bermúdez Campo y el PT. Cesar Virguez Cruz (Fls. 20 y 21 del expediente principal).

Mediante Auto No. 314 de 26 de noviembre de 2003, de la Policía Nacional - Departamento de Policía de Tisquesusa - Grupo de Control Interno Disciplinario, se ordenó archivar en forma definitiva la investigación radicada con el número 0849/03 ante la imposibilidad de determinar con certeza la responsabilidad de los implicados en la comisión de la falta disciplinaria imputada. Para el efecto, se consideró (Fls. 580 a 586 del cuaderno principal):

*"(...), es precario entonces el acervo probatorio, para vincular formalmente a los policiales citados en el informe rendido por el señor subteniente GOMEZ GONZALEZ. Por tanto ante una situación de duda fundada, que no es posible resolver por medio alguno, se impone la absolución de los investigados, en acatamiento al principio universal del (sic) "la presunción de inocencia", (...)*

*No sobra advertir categóricamente que un comportamiento como el atribuido a los policiales es inadmisibile porque coloca en tela de juicio la transparencia que debe existir en los procedimientos policiales, ofende el decoro y la independencia que debe caracterizarnos; y lo que es peor, contribuye en grado sumo a desdibujar la imagen de honestidad que debe tener todo miembro de la Policía Nacional, no obstante, brilla por su ausencia prueba sumarial que nos conduzca al grado de certeza que conlleve a determinar que los aquí vinculados se apoderaron de las joyas que había (sic) sido recuperadas, (...)"*

**(c) Investigación Penal.**

A través de Oficio No. 0166 GRCDI-DETIS de 27 de enero de 2003, dirigido por el Coordinador de Asuntos Jurídicos y Disciplinarios DETIS al Juez de Instrucción Penal Militar - Reparto -, se remitió el informe de 21 de enero de 2003, resaltando la actuación de los uniformados Peralta Quiroga, Bermúdez Campos, Saldarriaga Ortiz, Virguez Cruz y Triana Rivera (Fl. 23 del expediente principal).

Con el Oficio 0177 de 12 de febrero de 2003 el Juez 148 de Instrucción Penal Militar le informó al Comandante del Departamento de Tisquesusa que (Fl. 54 del expediente principal):

*“(...) informo a su Despacho que en este Juzgado de Instrucción se inició investigación penal con fecha 7 de Febrero de 2003 en contra de los policiales SI. PERALTA QUIROGA WILLIAM ..., SI. TRIANA RIVERA RENE ..., AG. BERMÚDEZ CAMPOS EDGAR ..., AG. SALDARRIADA ORTIZ JHON ..., por el punible de PECULADO POR APROPIACIÓN en la modalidad de TENTATIVA, según los hechos acontecidos el 21 de enero de 2003 en esta ciudad, radicándose bajo el número 2003-1684 (...).*

En el curso del referido proceso se recibió declaración de los implicados así como de varios de los uniformados que participaron en el operativo, los cuales fueron arrimados en copia al presente proceso.

Mediante providencia de 8 de agosto de 2005, proferida por la Fiscalía 145 Penal Militar, se declaró que no existía mérito para proferir Resolución de Acusación y, en consecuencia, se ordenó cesar el procedimiento a favor de todos los implicados, incluido el actor RENE TRIANA RIVERA. Al respecto en dicha providencia se consignó:

*“COMPENDIO PROBATORIO (...)*

*Del folio 228 al 438 se allegaron fotocopias de la investigación disciplinaria adelantada por estos hechos; a folio 474 se allegó el fallo disciplinario en donde (sic) se ordenó el ARCHIVO de la investigación por no poderse establecer quienes fueron los autores de las irregularidades presentadas el día del operativo.*

*(...)*

*A folio 701 obra la declaración del SV. ANGEL MARIA APARICIO LOPEZ quien dice que vio cuando pasaban los retenidos por encima de una cerca, al igual que un maletín el cual se guardó en una de las*

paneles, también le entregaron una pistola pequeña, la cual reportó a la central, se encontró con el SI. TRIANA a quien le informó que ya había reportado el arma y le hizo entrega del arma; ..., aclara que posteriormente por radio escucho que al SI. TRIANA se le había ido un tiro de la pistola que él le había entregado. (...)

CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

(...)

También dentro del plenario se dice que el SI. TRIANA RIVERA RENE al estar quitándole el proveedor a una pistola se le disparó (sic), momento en que el ST. ORTIZ le quita el arma; argumentándose que dicho Policial intentaba apoderarse de la misma, aún cuando esta arma ya había sido reportada.

(...)

FUNDAMENTOS LEGALES DE LA DECISIÓN:

(...)

Se tiene que en la fecha de los hechos, los policiales que acudieron al llamado de la ciudadanía, por el hurto que se estaba llevando a cabo en la residencia de la Familia CACERES, lo hicieron en cumplimiento de su obligación legal y constitucional, pues el deber de los Policiales es el de proteger la vida, honra y bienes de los particulares.

Fue tan eficiente el actuar de los Uniformados que se logró la captura de los delincuentes y se salvó la integridad personal de quienes se encontraba (sic) en dicha residencia, cuando entraron los delincuentes.

(...)

En cuanto al arma, que se dice el PT. TRIANA RIVERA RENE, al no haberla entregado inmediatamente, hizo pensar al Oficial, que le (sic) iba a apoderar, recordemos que el S. ANGEL MARIA APARICIO LOPEZ, la reportó (sic) por radio y así se lo hizo saber al PT. TRIANA, quien si su deseo era apoderarse del arma, no se pone a manipularla delante de todo el mundo, habría sido más fácil ocultarla y luego si, fuera del alcance de la mirada de extraños, si tratar de quitarle el proveedor, pero actuó (sic) en forma normal, tanto que se le disparó (sic) e inmediatamente el Oficial se la quitó, sin que el Patrullero se opusiera, o negara que fuera de los capturados, sino que inmediatamente informó que se trataba de un arma que portaban los delincuentes.

(...).”.

**(d) Testimonios recepcionados dentro del presente proceso.**

- Edgar Bermúdez Campos, quien se desempeñaba como Agente de la Policía Nacional en el año 2003 y conocía al actor desde el mismo día del operativo (Fls. 394 a 400 del cuaderno principal):

“PREGUNTADO. Sírvase decir si el retiro de la Institución se produjo seguidamente del operativo al cual usted se ha referido en respuestas anteriores o si por el contrario fue mucho tiempo después?  
CONTESTO: Sí doctora, me retiraron. Se deja constancia que el testigo comenzó a llorar. Me retiraron a los tres meses de efectuado el operativo por este motivo. (...) PREGUNTADO: Sírvase decir si lo sabe

a cuántos Agentes de los que participaron en el operativo se retiró del servicio en la misma oportunidad que la del actor y la suya? CONTESTO: Por la misma resolución nos retiraron a cinco policiales ya con previa amenaza del señor Coronel PALACIOS y el Coronel PEDREROS y que a los demás los haría trasladar de departamento para zonas de orden público, lo cual se cumplió. PREGUNTADO. En su concepto qué motivó entonces el informe policial al cual se hizo mención en pregunta anterior y en donde se dejan plasmadas las posibles irregularidades sucedidas en el operativo señalado? CONTESTO: Las irregularidades a las que hizo mención un Teniente ORTIZ fue que los dueños de la residencia manifestaron que si se habían detenido al parecer a las personas que estaban dentro porque (sic) no aparecían todos los elementos que ellos decían tener dentro de su casa. (...) PREGUNTADO: Dígame al despacho si tiene usted conocimiento que la patrulla en donde encontraron las joyas era la perteneciente al ahora demandante? CONTESTO: No, la patrulla 5552 pertenecía a las Zonas Seguras de Usaquén, y RENE TRIANA pertenecía a Bogotá en Acción otro grupo especial. (...)”-

- Jhon Alberto Saldarriaga Holguín, quien laboró en la Policía Nacional durante 14 años como Agente Carabiniero y apoyó el operativo de enero de 2003, fecha en la que expresó haber conocido al actor. También afirmó que la decisión del Juzgado 148 de Instrucción Penal Militar se encontraba en estos momentos en revisión en el Tribunal Superior Militar (Fls. 401 a 406):

“PREGUNTADO: Sírvase decir o mejor suministrar detalles al Despacho sobre lo ocurrido en el operativo al cual usted hace referencia? CONTESTO: Según lo que me comentó el subintendente RENE TRIANA él se encontraba laborando en Bogotá en Acción, aproximadamente a las ocho y treinta de la noche la Central de la Policía reporta un caso de atraco en acción en el Barrio Cedrito, desconozco la dirección, donde le ordena a la patrulla del subintendente TRIANA que apoye dicho procedimiento. El señor TRIANA llegó allí, a la residencia, capturó uno de los delincuentes en el techo de la casa e incautó un arma de fuego, pistola (sic), la cual al manipularla se le salió un disparo. El Teniente ORTIZ YOVANNI quien se encontraba al mando del operativo de inmediato le quitó el arma y lo sindicó que él se iba a apoderar de ella a sabiendas que el arma de fuego ya había sido reportada a la Central del CEADE de Bogotá en Acción. El subintendente TRIANA me comentó que el día siguiente al operativo el señor Coronel RODRIGO CANO PALACIO los había reunido en la Estación E1 de Usaquén en el Aula Múltiple y el señor Coronel les había manifestado palabras textuales: “que eran un poco de ladrones y pícaros porque ellos habían hurtado los elementos que supuestamente se habían extraviado en el operativo, a sabiendas de que todos los policiales habían sido requisados y no se les había encontrado nada en su poder”. El señor Coronel PALACIO les manifestó que iba a hacer todo lo posible para que los retiraran de la Policía Nacional y que al resto los iba a hacer trasladados de departamento y efectivamente al mes y medio se hizo efectiva dicha amenaza ya que el Subintendente TRIANA fue retirado del servicio activo el 25 de marzo de 2003. (...) PREGUNTADO: Dígame al

*Despacho si usted tiene conocimiento que por los hechos por usted narrados se le impuso sanción disciplinaria al ahora demandante antes de su desvinculación? CONTESTO: En ningún momento se impuso sanción disciplinaria ya que fuimos retirados del servicio antes de que se fallara la investigación, o sea, al mes y medio de ocurridos los hechos.”.*

El declarante, adicionalmente, manifestó que le constaba que la dueña de la casa se quejó porque no aparecieron todas las joyas; y, agregó que por su retiro discrecional también demandó a la Policía Nacional.

## II. Referida a sus calidades como funcionario activo de la Policía Nacional

Copia de la hoja de vida desde el inicio de su actividad policial, como alumno, hasta el mes de diciembre de 2002, con las calificaciones obtenidas en algunos de dichos periodos. De esta prueba documental, la cual reposa en el cuaderno de anexos, se resaltan los siguientes aspectos:

(a) *Periodo 01/01/2002 a 31/12/2002.*

- Formulario 1. Evaluación del desempeño policial: *“El señor Subintendente se ha comprometido a contribuir con los resultados operativos de la base con profesionalismo, dinamismo y mística institucional según lo ordenado por el Comando de la Policía Metropolitana de Bogotá reduciendo en un 10% el hurto a residencias, 15% el hurto a vehículos, 15% el tráfico y expendio de estupefacientes, 10% en homicidios, 20% del atraco callejero, 10% porte ilegal de armas, 20% riña y lesiones personales, brindando sensación de seguridad a los ciudadanos mejorando la imagen de la institución.”.*

- Durante el mismo periodo el actor fue calificado con 1.193 puntos, lo que le permitió acceder a una clasificación “superior”.

- De acuerdo con el formulario de seguimiento el actor obtuvo en el mismo periodo 30 anotaciones por “disposición para el servicio”, 1 por “trabajo en equipo”, 2 por “compromiso institucional” y 0 anotaciones negativas. Así mismo, se resalta que fue objeto de calificación por parte de 5 evaluadores.

Dentro de las anotaciones por “disposición para el servicio” se resaltan las siguientes:



*“23.07.02 DISPOSICIÓN PARA EL SERVICIO. En la fecha se registra la presente anotación por el grado de responsabilidad que ha demostrado referente al cuidado de las Instalaciones del Parque Automotor y a la oportuna atención de los casos de policía que se presentan en los alrededores de la Sub-Estación lo cual ha sido muy satisfactorio para los vecinos del sector. (...)*

*27.97.02 DISPOSICIÓN PARA EL SERVICIO. En la fecha se realiza la presente anotación por su excelente comportamiento y ejemplo para el personal subalterno lo cual ha demostrado mediante su cortesía policial y respeto con que se dirige a las demás personas que llegan a la Sub-Estación. (...)*

*21.12.02 DISPOSICIÓN PARA EL SERVICIO. En la fecha se consigna la presente anotación por su espíritu de trabajo, responsabilidad y dinamismo para el servicio policial en los diferentes planes ordenados por el Comando de la Metropolitana de Bogotá, logrando con esta actitud contrarrestar el índice delincencial y aumentar las Estadísticas del Programa Bogotá en Acción.”.*

(b) *Periodo 01/09/2001 a (ilegible)/12/2001.*

- Durante este periodo el actor obtuvo una calificación de 1.085 puntos, lo que le permitió acceder a una clasificación “superior”.

- De acuerdo con el formulario de seguimiento el actor obtuvo en el mismo periodo 9 anotaciones por “disposición para el servicio”, 1 por “compromiso institucional” y 0 anotaciones negativas.

(c) *Periodo 01/01/01 a 01/07/01.*

- Formulario 1. Evaluación del desempeño policial: *“El evaluado a (sic) demostrado compromiso con las metas fijadas por el Comando del Programa Bogotá Solidaria, cumpliendo a cabalidad con sus funciones operativas y preventivas y la disminución de delitos y contravenciones en el Distrito Capital. Igualmente a (sic) cumplido y acatado las disposiciones y órdenes emanadas por el Comando de la Policía Metropolitana de Bogotá, dejando así en alto el buen nombre y prestigio de la Institución.”.*

- En dicho periodo el actor además obtuvo una calificación de 1150 puntos, lo que lo ubicó en una clasificación “superior”.

- En este periodo hay dos felicitaciones, anotaciones positivas y 0 anotaciones negativas.

(d) *Periodo 01/08/00 a 31/12/00.*

Formulario "4-EV" en el cual se consignó que en la mayoría de factores de calificación ostenta la calidad exigida y en "moral", "relaciones con la comunidad" y "desempeño del cargo" obtuvo una consideración sobresaliente. Igualmente, durante este lapso obtuvo además de varias anotaciones positivas y felicitaciones, 2 anotaciones negativas por falta de compromiso en la buena operatividad.

(e) En los demás periodos cabe resaltar que de manera general el actor sólo obtiene buenas calificaciones, varias anotaciones positivas y esporádicamente por año una o dos anotaciones negativas por hechos relacionados con llegadas tarde o falta de operatividad.

### **ANÁLISIS PROBATORIO**

Establecido lo anterior y en atención a que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 174 del C.P.C., toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, las cuales, según lo ordenado en el artículo 187 ibídem, deben ser apreciadas en su conjunto y a la luz de las reglas de la sana crítica, la Sala procede a efectuar un análisis razonado del material probatorio recaudado, así:

I. En cuanto a la existencia de unos hechos que originaron a comienzos del año 2003 una investigación en contra del actor.

- En este sentido lo primero que ha de resaltarse es que de la prueba documental allegada se evidencia que en un operativo adelantado el 20 de enero de 2003, con el objeto de recuperar el orden y la tranquilidad en una residencia que estaba siendo objeto de hurto, el actor, SI. (r) René Triana Rivera, fue cuestionado por quien se encontraba a cargo de la misma, por haber encontrado en su poder, supuestamente con ánimo de apoderamiento, una pistola que presuntamente le pertenecía a los autores del asalto.

También se evidencia que en el mismo operativo, 4 integrantes de la Institución fueron acusados por haber encontrado en sus patrullas elementos presuntamente robados.

Como consecuencia de estos hechos, de los cuales tuvo conocimiento el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, se iniciaron investigaciones disciplinaria y penal.

Frente a la investigación disciplinaria, es de resaltar que de conformidad con la prueba documental allegada al expediente no reposa certificado que acredite que se inició contra el actor, sino contra los otros uniformados implicados directamente con el presunto apoderamiento de joyas. Adicionalmente, una vez solicitada la prueba en primera instancia que diera cuenta de las investigaciones disciplinarias que se le adelantaron al actor, solo reposa una que se inició el 24 de febrero de 2003 por hechos que se generaron fuera del servicio y que en consecuencia no le representaron una decisión de responsabilidad para el implicado.

En cuanto a la investigación penal, es de resaltar que ella se siguió contra el actor y otros de los 4 integrantes de la Policía que resultaron referidos en el informe rendido luego del operativo del 20 de enero de 2003 y que, de conformidad con la información obrante dentro del expediente, culminó con cesación del procedimiento.

- Ahora bien los testigos que fueron citados para rendir declaración dentro del proceso, esto es los señores Edgar Bermúdez Campos y Jhon Alberto Saldarriaga Holguín, fueron tachados por la parte demandada por considerar que tenían interés en el proceso, dado que ellos también habían sido retirados de la Policía Nacional presuntamente por los mismos hechos.

Al respecto, al amparo de lo dispuesto en los artículos 217 y 218 del C.P.C., considera la Sala que si bien es cierto los referidos testigos fueron retirados del servicio por facultad discrecional incluso en el mismo acto, lo cierto es que ello no desvirtúa *ipso jure* las declaraciones rendidas, pues su dicho debe ser, en todo caso, apreciado en conjunto con las demás pruebas allegadas.

Concretamente cabe resaltar que el señor Edgar Bermúdez Campos, además de dar cuenta de algunos hechos que objetivamente están probados con otros

documentos que emanan de la misma Institución<sup>5</sup>, refiere que previamente al retiro discrecional hubo una amenaza por los Coroneles Palacios y Pedreros, en el sentido de que iban a ser retirados por facultad discrecional.

A su turno, el señor Jhon Alberto Saldarriaga Holguín rindió una declaración con la que en un primer momento dio a entender que era testigo de oídas y luego, por el contrario, que era un testigo presencial, en la medida en que él también participó del operativo pluricitado. Adicionalmente, frente a la amenaza a que ya había referido el anterior declarante, expuso este hecho como si no le constara, a pesar de haber resultado también implicado.

Por las anteriores razones, es de anotar que (i) las declaraciones arrimadas no dan elementos adicionales a los acreditados por prueba documental y (ii) no dan certeza de la supuesta amenaza de la que fue objeto el actor.

## II. En cuanto a sus calidades:

De acuerdo con las pruebas allegadas se puede concluir que durante la vinculación con la Policía Nacional el SI. (r) Triana Rivera observó buen comportamiento y obtuvo considerables evaluaciones de desempeño, situación esta última que, debe aclararse de una vez, no le otorga por sí sola estabilidad laboral al uniformado<sup>6</sup>. Así mismo, se observa que si bien no se establece la existencia de actos excepcionales de mérito, lo cierto es que durante los últimos dos años su calificación mereció una clasificación “superior”, la cual está definida en el artículo 42 del Decreto 1800 de 2000, en los siguientes términos:

*“ARTICULO 42. DEFINICION. La escala de medición es el instrumento a través del cual se ubica al evaluado dentro del rango de clasificación, con base en el valor numérico asignado a su desempeño por el período de evaluación respectivo. Se realiza a través de los siguientes criterios:  
(...)*

*5. SUPERIOR: Es el evaluado que en su desempeño personal y profesional, **además de obtener los resultados esperados dentro de los procesos asignados, realiza actividades o hechos sobresalientes**. Su calificación se ubica entre mil uno (1.001) y mil doscientos (1.200) puntos y su rendimiento oscila entre ochenta y cuatro por ciento (84%) y cien por ciento (100%). El personal que sea*

<sup>5</sup> Como el que los 5 implicados en el informe que se levantó del operativo realizado el 20 de enero de 2003 fueron retirados por facultad discrecional mediante el mismo acto.

<sup>6</sup> En este sentido ver, entre otras, la sentencia de esta Subsección, de 11 de junio de 2009, C. P. doctor Gerardo Arenas Monsalve, radicado interno No. 0073-2008, actor: Alberto Antonio Ruiz Caviedes.

***clasificado en este rango, amerita ser tenido en cuenta para participar en los planes de estímulos que determine la Dirección General de la Policía Nacional.***” Negrilla fuera de texto.

Con fundamento en lo anterior y en el marco normativo expuesto, a continuación se estudiará la situación planteada:

En esta dirección, lo primero que hay que señalar es que evidentemente entre la fecha de la ocurrencia del operativo que condujo a la recuperación de la tranquilidad y el orden en una residencia y que a la vez llevó a que se pusiera en tela de juicio la honestidad y transparencia del SI. (r) Triana Rivera, esto es el 20 de enero de 2003, y el retiro por facultad discrecional, el 25 de marzo de 2003, hay una cercanía temporal; máxime si se tiene en cuenta que el Acta No. 005, por la cual se recomendó su desvinculación, data del 12 de marzo de 2003.

Este sólo hecho, sin embargo, no acredita un vicio de nulidad del acto cuestionado por desviación de poder, en la medida en que dicha proximidad temporal puede ser una mera coincidencia frente a una valoración que de cara a la buena prestación del servicio efectuó la Policía Nacional en esos momentos y que condujo a su retiro de la Institución.

Con todo, si a dicha cercanía temporal le sumamos el hecho de que mediante el acto administrativo demandado, la Resolución No. 488 de 25 de marzo de 2003, se retiraron del servicio los otros 4 uniformados implicados en las supuestas irregularidades acaecidas en el operativo del 20 de enero de 2003<sup>7</sup>, encontramos un indicio adicional que puede determinar que efectivamente dicha situación generó el retiro del servicio.

Si a ello le sumamos las calificaciones que obtuvo el SI. (r) Triana Rivera durante el año 2002, las cuales tal como se anotó anteriormente aconsejaban que incluso fuera partícipe de planes de estímulos, se concluye que de cara al mejoramiento del servicio no existían motivos para su retiro, tampoco se evidencia que en dicho momento la Institución dada su estructura piramidal tuviera que prescindir de los servicios del uniformado, pues prueba en dicho sentido no fue allegada al proceso.

---

<sup>7</sup> William Iván Peralta Quiroga, Cesar Edilson Virguez Cruz, Edgar Bermudez Campos y Jhon Alberto Saldarriaga Holguín.

Analizados entonces en su conjunto los tres supuestos antes referidos, se concluye que es bastante razonable considerar que lo que motivó el retiro del servicio del actor fue el manto de duda que se tejió en contra de su honestidad en el operativo adelantado el 20 de enero de 2003. Empero, dicha conclusión por sí sola no tiene la virtualidad de afirmar la configuración del vicio de desviación de poder respecto del acto demandado, pues lo sucedido en el operativo de 20 de enero de 2003 pudo generar, de un lado, desconfianza en sus superiores y en consecuencia, determinar la decisión de removerlo efectivamente del servicio<sup>8</sup>; y, de otro, una afectación tal en el servicio que justificara la decisión discrecional<sup>9</sup>.

En este sentido y a pesar de que la desconfianza en el funcionario por parte de sus superiores puede justificar en algunos eventos el ejercicio de la facultad discrecional de retiro, en la medida en que interfiere en el buen desempeño de una función estatal, en el presente asunto debe analizarse si dados los antecedentes laborales del accionante era razonable ejercer dicha potestad. En este sentido, se resaltan los siguientes elementos debidamente acreditados:

1. El actor durante toda su vinculación laboral, y más intensamente durante los dos últimos años, fue considerado por sus superiores como una persona con grandes virtudes policiales y como un ejemplo para los demás. Igualmente, es de resaltar que durante su vida laboral y especialmente durante el año 2002 fue calificado por diferentes uniformados, los cuales coincidieron en dicha valoración.

2. Igualmente, tal como ya se afirmó anteriormente, durante los últimos dos años su evaluación dio como resultado una clasificación superior, la cual denota la prestación de un servicio con un rendimiento que oscila entre el 84% y el 100% y que incluye, además del servicio esperado por parte de cualquier funcionario que le sirve al estado, actos sobresalientes.

---

<sup>8</sup> En este sentido la Corte Constitucional en sentencia C-525 de 16 de noviembre de 1995, M. P. doctor Vladimiro Naranjo Mesa, sostuvo: *“Por otra parte, debe tener en cuenta que el servicio tiene unas exigencias de confiabilidad y de eficiencia que implican que los altos mandos de la institución puedan contar, en condiciones de absoluta fiabilidad, con el personal bajo su mando. Es claro que el éxito del servicio guarda relación de proporcionalidad entre las aptitudes del personal que lo presta y el fin de la institución; en caso de descoordinación entre el servidor y el fin de la institución debe primar éste, y por ende debe la institución estar habilitada para remover a quien por cualquier motivo impida la consecución del fin propuesto.”*

<sup>9</sup> Ven entre otras las sentencias de esta Subsección de 21 de agosto de 2008, C. P. doctor Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 3149-2005, actor: Héctor Mario Arias Vargas; y, de 7 de diciembre de 2006, C. P. doctor Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 2650-2005, actor: Jaime Enrique Calvo Rodríguez.

3. El manto de duda que se extendió sobre el servicio del SI. Triana Rivera se dio con ocasión de un acto del servicio que indudablemente dejaba a la Policía Nacional con un reconocimiento societario importante, por el cumplimiento de sus deberes y funciones constitucionales. Empero, dicha actuación fue empañada en el caso del actor por la presunta intención de apoderarse de un arma de los delincuentes, la cual incluso de conformidad con el material probatorio allegado al expediente ya había sido reportada como incautada por otro de los participantes en la operación.

Estas probanzas llevan a cuestionarse si en atención a un fin constitucionalmente relevante, como lo es la buena prestación del servicio público, con dichos antecedentes era razonable desvincular a un servidor que demostró durante el tiempo en que estuvo vinculado, virtudes policiales adecuadas al mejoramiento del servicio. En otras palabras, teniendo en cuenta que la razón de la facultad discrecional es el buen servicio, cabe preguntarse si el servicio efectivamente se favorecía con el retiro inmediato de un funcionario en el marco que acaba de describirse y con un desempeño "superior".

Aun cuando es innegable el malestar que generaron las irregularidades presentadas en el operativo tantas veces citado frente a la credibilidad y prestación del servicio público, lo que se cuestiona es si en aras de proteger dicho servicio se requería prescindir, por la vía de la facultad discrecional, de un funcionario que, se repite, gozaba de excelente consideración dentro de la Institución.

Ahora bien, en este punto es oportuno referir que ante la ocurrencia de hechos que pueden generar investigaciones disciplinarias y/o penales y al mismo tiempo el ejercicio de la facultad discrecional de retiro, esta Subsección en sentencia de 27 de marzo de 2003, C. P. doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno No. 5003-01, actor: Lankin Germán Badillo Márquez, sostuvo:

*"Únicamente cuando sea evidente y palmaria la afectación del servicio derivada de acontecimientos fácticos que sean del resorte del proceso disciplinario y sólo respecto de esta hipótesis, podrá la administración hacer uso de la facultad discrecional, sin perjuicio del diligenciamiento disciplinario que recaiga sobre el presunto infractor de los deberes, obligaciones y prohibiciones compiladas en ley o reglamento. En la medida en que lo anterior no acontezca, el manto de la facultad discrecional será un pretexto inaceptable para prescindir injustificadamente del trámite disciplinario.*

(...)

*Con la advertencia que la utilización concomitante de la facultad discrecional y del diligenciamiento disciplinario procede cuando el hecho en que incurre el servidor afecta el servicio, es menester referir que el grado de afectación debe ser claro y notorio, de manera que se aprecie sin dificultad, pues con la medida discrecional se trata de solucionar situaciones que se encuentran atentando contra la actividad funcional de la entidad y que por tal motivo, requieren ser apreciadas a primera vista. Lo contrario, vale decir, hacer uso de la facultad discrecional cuando no sea evidente la afectación del servicio con el hecho materia de investigación disciplinaria, deslegitima el sentido de la facultad discrecional y se constituye en una forma de responsabilidad objetiva proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, porque es presupuesto para configurar la falta disciplinaria la imputación a título de dolo o culpa y el uso del poder discrecional en la forma anotada, soslaya la demostración de tales elementos.*

(...)

*Es comprensible que la investigación disciplinaria, atañe específicamente con el desempeño de la función y se desenvuelve en el marco de la relación servidor público-cumplimiento de los deberes, prohibiciones y obligaciones con el servicio; es decir, la falta disciplinaria no constituye en su esencia un mecanismo de satisfacción del interés general o de mejoramiento del servicio, dado que para tal cometido es herramienta la facultad discrecional, sino que se desarrolla en función de la actuación del funcionario y en velar por el sometimiento de aquél a los compromisos que su condición le exige.*

*La administración no está enervada para usar solamente una de estas dos potestades sino ambas simultáneamente, porque sin esperar los resultados de la investigación disciplinaria, tiene competencia para ejercer el poder discrecional; de suyo desligar la facultad discrecional de la disciplinaria y establecer cuándo la administración disfrazó la primera para reprimir y castigar al funcionario, no es tarea sencilla y en cada caso específico, habrá que examinarse la situación.”.*

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<sup>10</sup>.

En estas condiciones, se impone, en consecuencia, revocar la sentencia del Tribunal, y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

#### **Del Restablecimiento del Derecho**

De conformidad con lo expuesto, hay lugar a acceder a las súplicas de la demanda, y en consecuencia, ordenar el reintegro al servicio del actor y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento del retiro hasta su efectiva reincorporación; ordenando también los ascensos a que haya lugar, al grado de Intendente, de conformidad con el reglamento interno de la Institución y en concordancia con lo solicitado en las pretensiones de la demanda.

Así mismo se advierte que no habrá lugar a realizar los descuentos de las sumas de dinero que hubiere recibido el actor en el evento de que durante su desvinculación haya sostenido otra u otras relaciones laborales con entidades del Estado. Esta decisión, tiene sustento en la sentencia de 29 de enero de 2008, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, C.P. Doctor Jesús María Lemos Bustamante, actor: Amparo Mosquera Martínez:

*“Cuando se dispone el reintegro de un trabajador con el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejados de recibir desde la fecha del retiro hasta la del reintegro efectivo las cosas vuelven a su estado anterior, como si durante el tiempo en que estuvo cesante hubiera estado efectivamente prestando el servicio y devengando el salario correspondiente.*

*Si durante ese lapso el servidor público desempeñó otro cargo y recibió el salario a él asignado este valor no debe descontársele porque su causa es diferente, la efectiva prestación del servicio como empleado público.*

*Adoptar como política el descuento de los salarios percibidos por el servidor público en otro cargo público equivaldría a obligarlo a permanecer sin empleo si quiere obtener la reparación o a considerar*

---

<sup>10</sup> En este sentido, ver la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, de 18 de febrero de 2010, C.P. doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno No. 0205-08.

*que esta no corre a cargo de la administración sino del propio interesado, o a devolver el valor del salario percibido como consecuencia del trabajo por él realizado, cuando uno de los elementos básicos de la relación laboral es la remuneración.*

*Como el pago impuesto en la condena no tiene por causa la prestación del servicio sino el daño causado por el retiro ilegal no tiene la connotación de asignación laboral dirigida a remunerar el servicio prestado y, por ende, no debe considerarse incurso en la prohibición establecida por el artículo 128 de la Carta Política.”.*

El pago de los salarios y demás prestaciones y sumas que resulten a favor del actor se ajustará en su valor, de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que fue desvinculado del servicio en virtud del acto acusado, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y prestacional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

No es viable acceder al pago de perjuicios morales, en la medida en que el actor no los probó dentro del presente asunto, correspondiéndole a él la carga de hacerlo.

Dada la conducta de las partes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 171 del C.C.A., no es viable condenar en costas.

## DECISIÓN

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,

## FALLA

**REVÓCASE** parcialmente la Sentencia de 26 de noviembre de 2009, en cuanto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, negó las pretensiones de la demanda formulada por René Triana Rivera contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

En su lugar, se dispone:

**DECLÁRASE** la nulidad de la Resolución No. 488 de 25 de marzo de 2003, proferida por el Director General de la Policía Nacional en lo referente al retiro del servicio, por voluntad de la Dirección General, de René Triana Rivera. En consecuencia,

**CONDÉNASE** a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional a reintegrar al actor al servicio activo de la Policía Nacional, en el grado que ostentaba al momento de su retiro y al reconocimiento de los ascensos correspondientes, al grado de Intendente, conforme a los reglamentos internos y de conformidad con lo pretendido en la demanda.

**CONDÉNASE** a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional a reconocer y pagar al actor René Triana Rivera los sueldos, prestaciones y demás emolumentos dejados de devengar desde la fecha del retiro y hasta que se haga efectivo el reintegro, atendiendo al cargo a que haya lugar de conformidad con lo establecido en la anterior condena y de forma ajustada en los términos establecidos en la parte motiva de esta providencia.

**DECLÁRASE** para todos los efectos que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte de René Triana Rivera.

No habrá lugar a realizar los descuentos de las sumas de dinero que hubiere recibido el actor en el evento de que haya celebrado otra u otras vinculaciones laborales durante el tiempo de retiro del servicio.

Dar cumplimiento a este fallo en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

**NIÉGASE** el reconocimiento de perjuicios morales y costas procesales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**CONFÍRMASE** en lo demás el fallo recurrido, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.**

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

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAEZ**

**GERARDO ARENAS MONSALVE**

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**