**RÉGIMEN DE CARRERA ESPECIAL DE LOS MIEMBROS DE LA POLICÍA NACIONAL – Marco normativo**

La carrera administrativa constituye una regla general para el ingreso, ascenso y retiro a la función pública al tenor de lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta Política. A través de ella, el Estado busca seleccionar al mejor recurso humano para lograr la satisfacción de sus fines esenciales como servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, de conformidad con lo previsto en el artículo 2 ibidem. Ciertamente los miembros de la Fuerza Pública no son ajenos a ella; así, el artículo 218 Constitucional consagra que la Policía Nacional goza de un régimen de carrera que determinará la ley, mandato que guarda justificación en su condición de cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. Se trata entonces de una carrera especial de origen constitucional que "dada la trascendencia que para un Estado democrático representan las funciones que desempeña la Policía Nacional, el legislador ha buscado establecer un sistema de carrera que permita garantizar a sus miembros los derechos que de ella se derivan, como el ingreso en igualdad de oportunidades para quienes aspiran a ser parte de esas instituciones, el ascenso en la carrera por méritos, aptitudes y capacidades, y el retiro del servicio por las causales establecidas en la Constitución, como son: la calificación insatisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario, o por las demás causales previstas por la Carta Política o por la ley. En desarrollo de dicho mandato superior, el legislador expidió la Ley 578 del 14 de marzo de 2000 por medio de la cual revistió al presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de seis meses, para expedir normas relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, entre estas, las normas de carrera del personal de oficial y suboficiales y del nivel ejecutivo de la Policía Nacional. Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-979 de 2002, por los cargos allí analizados. Tales facultades extraordinarias se consolidaron con la expedición del Decreto Ley 1791 del 14 de septiembre de 2000, que modificó las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional cuyo contenido reposaba anteriormente en el Decreto 132 de 1995. Esta norma de carrera estableció el escalafón de cargos como base para determinar la planta de personal de la Policía Nacional que fija el Gobierno Nacional tomando en consideración el grado y antigüedad con la correspondiente identificación personal y especialidad. Así mismo, en el artículo 5, modificado por el artículo 2 de la Ley 1405 de 2010, reguló la jerarquía de los oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, para efectos de mando, régimen disciplinario, Justicia Penal Militar y goce de derechos y obligaciones allí consagradas.

**FACULTAD REGLADA DEL GOBIERNO NACIONAL PARA DETERMINAR ASCENSOS – Requisitos para ascenso al grado inmediatamente superior.**

En lo que concierne a ascensos, el decreto en cita prevé en su artículo 20, que aquellos se otorgarán a los oficiales, nivel ejecutivo y suboficiales en servicio activo que cumplan los requisitos establecidos en esa norma, dentro del orden jerárquico, de acuerdo con las vacantes existentes, conforme al decreto de planta y con sujeción a la clasificación que establece el decreto de evaluación del desempeño. Específicamente, el artículo 21 del Decreto - Ley 1791, dispuso de manera expresa los requisitos para ascenso al grado inmediatamente superior, así: (…). De acuerdo con la norma aludida, la Sala considera que la concesión de ascensos en el sistema de carrera especial de la Policía Nacional es una facultad reglada del Gobierno Nacional en la medida que debe ajustarse a lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 1791 de 2000. Resultan beneficiarios de aquellos, el personal uniformado oficial, nivel ejecutivo y suboficiales que: i) acredite el tiempo para ascender al grado al que se aspira, ii) fue llamado a curso, iii) aprobó los cursos de capacitación, iv) obtuvo la clasificación exigida para el ascenso, así como concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional en caso de oficiales; y de la Junta de Evaluación y Clasificación para nivel ejecutivo y suboficiales. Sumado a lo precedente, es necesario que existan vacantes conforme al decreto de planta y con sujeción a la clasificación que establece el decreto de evaluación del desempeño.

**JUNTA DE EVALUACIÓN Y CLASIFICACIÓN PARA OFICIALES DE LA POLICÍA NACIONAL Y JUNTA ASESORA DEL MINISTERIO DE DEFENSA PARA LA POLICÍA NACIONAL QUE OTORGAN CONCEPTO PARA ASCENSO – Funciones.**

Como se aclaró líneas atrás, el numeral 6 del artículo 21 del Decreto Ley 1791 de 2000 establece como requisito para evaluar la posibilidad de ascenso del personal de carrera especial de la Policía Nacional:(…) Según el artículo 22 del Decreto Ley 1791, la Junta de Clasificación y Evaluación para el personal uniformado de la Policía Nacional, tiene como funciones: "**1.** Evaluar la trayectoria policial para ascenso" y "**2.** Proponer al personal para ascenso"; está integrada por el subdirector general, inspector general, director de seguridad ciudadana, director administrativo y financiero, director de talento humano, secretario general o su delegado -quien actúa con voz, pero sin voto-. Todos los aspectos en torno a su integración se encuentran regulados en el Decreto 06088 del 14 de diciembre de 2008 expedida por el director general de la Policía Nacional y sus atribuciones las ejerce atendiendo lo dispuesto en el Decreto 1800 de 2000 por medio del cual se dictan normas para la evaluación del desempeño del personal uniformado de la Policía Nacional. Ya la conformación y funcionamiento de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional están estipuladas en el Decreto 1512 de 2000. Esa Junta Asesora está conformada por el ministro de Defensa Nacional, el director general de la Policía Nacional, el subdirector de la Policía Nacional y los Oficiales Generales de la Policía Nacional en servicio activo, que se encuentren en la guarnición de Bogotá. Dentro de sus funciones están, de acuerdo con el artículo 57 del Decreto en comento: (...) **3.** Aprobar o modificar las clasificaciones de los Oficiales y recomendar al Gobierno, por intermedio del ministro de Defensa Nacional los ascensos, llamamientos al servicio y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, así como recomendar los nombres de los Oficiales Superiores que deban asistir a los cursos reglamentarios, de acuerdo con las normas legales sobre la materia". Entiéndase entonces que la Junta de Clasificación y Evaluación para el personal uniformado de la Policía Nacional evalúa la trayectoria del personal aspirante y propone su ascenso. Posteriormente, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional retomando dicha evaluación y proposición hace la recomendación al Gobierno Nacional para concederlo, el cual se manifiesta en el acto administrativo respectivo. Así las cosas, pese a que la concesión de un ascenso constituye una facultad reglada del Gobierno Nacional atendido lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto Ley 1791 de 2000, no menos cierto es que finalmente confluye una decisión discrecional en cabeza de las mencionadas Juntas por medio de sus conceptos favorables o no al ascenso, los cuales hacen parte del trámite para la conformación del acto definitivo que lo concede.

**CONCEPTOS DE LAS JUNTAS DE EVALUACIÓN Y CLASIFICACIÓN PARA OFICIALES DE LA POLICÍA NACIONAL Y LA ASESORA DEL MINISTERIO DE DEFENSA PARA LA POLICÍA NACIONAL QUE OTORGAN CONCEPTO PARA ASCENSO – Límites.**

Sobre dichos conceptos expedidos en ejercicio de una facultad discrecional, en sentencia del 15 de febrero de 2018, proferida por el Consejo de Estado, en sede de tutela, recordó que el concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para Policía Nacional previsto en el numeral 6 del artículo 21 del Decreto Ley 1791 de 2000, es una manifestación del poder discrecional de la administración que encuentra limites en los fines de la norma que la autoriza, y que debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa a efectos de que no raye en la arbitrariedad; y por ello debe partir de parámetros objetivos como las evaluaciones de desempeño del personal policial las cuales hacen parte de los criterios a tener en cuenta para beneficiario del ascenso. (..) De tal suerte que en lo que refiere a la concesión de ascensos, corresponde al Gobierno Nacional, en uso de dicha facultad, ajustarse a la finalidad de la norma que prevé la finalidad de la carrera policial y para ello examinar el desempeño profesional del personal uniformado para determinar si es beneficiario. (…) En relación con la expedición de decisiones discrecionales en el marco de los procesos de ascenso del personal en carrera policial, en sentencia del 26 de noviembre de 2009", el Consejo de Estado precisó que dichas decisiones que catalogó como conceptos jurídicos indeterminados emergen del poder discrecional que la ley le otorga y de allí deriva su validez; pueden ser objeto de control de legalidad en razón a su motivación y, ello se enfoca en analizar el contexto que precedió a su expedición. (…) Con fundamento en todo lo anterior, esta Corporación considera que a fin de examinar la legalidad en torno a la motivación de un acto administrativo dictado en el ejercicio de una facultad discrecional, en especial, del que negó un ascenso con base en la carencia de concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, el fallador tendrá la obligación de examinar los móviles de orden legal y fáctico que dio lugar a la expedición de dicho concepto; para ello reviste vital importancia las evaluaciones de desempeño y sin perder de vista en ningún momento que como facultad discrecional debe avenirse a los fines de la labor policial.

**ASCENSOS PARA OFICIALES EN EL RÉGIMEN DE CARRERA ESPECIAL DE LA POLICÍA NACIONAL - Constituyen una facultad reglada otorgada al Gobierno Nacional en cabeza del Presidente de la República / ASCENSOS PARA OFICIALES EN EL RÉGIMEN DE CARRERA ESPECIAL DE LA POLICÍA NACIONAL – Beneficiarios.**

En síntesis, la Sala precisa que los ascensos para oficiales en el régimen de carrera especial de la Policía Nacional constituyen una facultad reglada otorgada al Gobierno Nacional en cabeza del presidente de la República como supremo comandante de las FF.AA. y en ejercicio de la atribución consagrada en el numeral 19 del artículo 189 de la Constitución. Igualmente, que serán beneficiarios de los ascensos el personal uniformado que cumpla con los requisitos exigidos en el artículo 21 del Decreto Ley 1791 de 2000, entre estos, el concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional; concepto que como decisión discrecional no puede ser arbitraria sino sustentarse en el estudio de la hoja de vida del uniformado junto a sus evaluaciones de desempeño. Y finalmente, que se advierta la existencia de vacantes conforme al decreto de planta y con sujeción a la clasificación que establece el decreto de evaluación del desempeño.

**DESVIACIÓN DE PODER – Falta de prueba en relación con acta que no recomendó al actor para que realizara concurso previo a curso de capacitación para ascenso a Teniente.**

De lo anterior se colige que la Junta del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional mediante Acta No. 011- ADEHU-GUPOL-3-22 de 31 de octubre de 2013 NO RECOMENDÓ alseñor YILEN ANTONIO TORO CARMONA ante el Gobierno Nacional para que realizara el Concurso previo al Curso de Capacitación para Ascenso a Teniente “ACADEMIA SUPERIOR DE POLICÍA” en el primer semestre del año 2014, tomando como fundamento la no recomendación efectuada por Junta de Evaluación y Clasificación para Oficiales de la Policía Nacional medianteActa No. 004-ADEHU-GUPOL-3.22 de 05 de octubre de 2013, a partir del análisis de su trayectoria profesional. Como consecuencia de lo anterior, el Decreto No. 2416 de 28 de noviembre de 2014 expedido por el presidente de la República, no tuvo en cuenta al actor para ascenso al grado inmediatamente superior atendiendo lo dispuesto en los artículos 20, 21, 22, 23, 28 y 29 del Decreto 1791 de 2000, previa recomendación de la mencionada Junta Asesora (C2 fis. 308 - 322). Ahora bien, del análisis de la hoja de vida del Mayor YILEN ANTONIO TORO CARMONA expedida el 21 de abril de 2014 por la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional, se evidencia que desempeño los siguientes cargos (fls. 101 a 106): (…). De lo anterior se colige que, si bien es cierto, al analizar la hoja de vida del accionante se evidencia que, así como sus otros compañeros seleccionados para el concurso previo al curso de ascenso de Tenientes, ejerció varios cargos de gran importancia y dirección, obtuvo condecoraciones y menciones honorificas, así como un gran número de felicitaciones, y no se le han impuesto sanciones penales o disciplinarias, también lo es que el Consejo de Estado en sentencia de 13 de febrero de 2020 señaló que “la escogencia del personal para los ascensos dentro de la Policía Nacional, implica que los uniformados además de sus méritos y condiciones personales, deben gozar de absoluta confianza de sus superiores y del gobierno, porque en sus manos seguramente estarán muchas decisiones y actuaciones de interés general.” En consecuencia, dicha Corporación precisó que le corresponde a la parte demandante, demostrar el desmejoramiento del servicio con la decisión o la incoherencia entre los antecedentes laborales del servidor y la medida adoptada, es decir, que la decisión no se fundamentó en la evaluación de trayectoria policial realizada por la citada Junta de Evaluación y Clasificación. A juicio del demandante el Acta No. 004-ADEHU-GUPOL 3.22 de 10 de octubre de 2013 suscrita por la Junta del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, está viciada de nulidad por DESVIACIÓN DE PODER en tanto que la razón por la que dicha Junta no lo recomendó ante Gobierno Nacional para presentar el concurso previo al curso de capacitación para ascenso a teniente, se debió al acoso laboral de que fue víctima por la insistencia en requerirlo con apremio en el tiempo (sic), y por haberse abierto dos investigaciones disciplinarias en su contra, las que fueron posteriormente archivadas a su favor. (…) A juicio de la Sala, el contenido de las referidas pruebas tan solo advierten la existencia de oficios, a través de los cuales, el jefe de planeación DIRAF teniente coronel Jairo Humberto Pinzón Herrera, requiere al demandante para que rinda informes dentro de los plazos indicados, sin que de los mismos por sí solos se logre demostrar el supuesto acoso laboral. Debe precisarse que el haberse abierto dos procesos disciplinarios en contra del demandante no es indicativo de una persecución laboral, sino del cumplimiento de una obligación legal del superior funcional, evidenciándose en el presente caso que ninguno de los procesos disciplinarios adelantados en contra del actor, tienen que ver con los requerimientos que se le hizo a través de los citados oficios, sino por razones diferentes. En este orden de ideas, colige la Sala que, como quiera que el demandante no aportó ninguna otra prueba que le permita al juzgador tener convicción plena de que la intención de quien profirió el acto acusado se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma, no resulta posible deducir la desviación de poder alegada. Debe resaltarse que, a pesar que de la hoja de vida del demandante y de los testimonios recepcionados se concluye que en el ejercicio de los cargos ocupados tuvo un buen desempeño, lo que dio lugar a que se le efectuaran varias menciones de honor y condecoraciones, y que además no posee sanciones penales ni disciplinarias, el Consejo de Estado ha señalado, que este sólo hecho no limita la potestad discrecional de la Junta de Evaluación y Clasificación de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, toda vez que son atributos que deben observar todos los servidores del Estado.

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

|  |
| --- |
| <https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=150013333012201500145021500123>  |



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**

**SALA DE DECISION No. 6**

**MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

Tunja, 24 de junio de 2022

**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**DEMANDANTE: YILEN ANTONIO TORO CARMONA**

**DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL**

 **RADICADO: 1500133330 12 2015- 00145- 02**

1. **ASUNTO A RESOLVER**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora, contra la sentencia proferida el día 14 de mayo de 2020 por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se negó las pretensiones de la demanda presentada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por el señor **YILEN ANTONIO TORO CARMONA** contra el **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL.**

1. **ANTECEDENTES**

***2.1. LA DEMANDA*:** Por conducto de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **YILEN ANTONIO TORO CARMONA** solicitó que se declare la nulidad del Acta No. 004 de 10 de octubre de 2013 proferida por la Junta de Generales de la Policía Nacional. Así como la nulidad del Acta 004 del 05 de octubre de 2013 proferida por la Junta de Evaluación y clasificación para Oficiales de la Policía Nacional, y de las Actas Nos. 011 del 31 de octubre de 2013, y 001 del 17 de enero de 2014 proferidas por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional.

Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, el actor solicitó que se condene a la demandada**: i)** Modificar el escalafón actual y a que se le reincorpore la antigüedad que como teniente coronel merece, atendiendo su mérito profesional, **ii)** Reconocer los daños morales causados conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado, **¡ii)** Retrotraer la actuación con el saneamiento de la hoja de vida del actor, ordenándose ser llamado a realizar el curso de ascenso a Teniente Coronel, y por ende, ordenándose su respectivo ascenso, si sus compañeros ya ostentan ese grado, hasta que se equipare con los compañeros de su curso o promoción, sin solución de continuidad y sin perder antigüedad**, iv)** Pagar los emolumentos dejados de percibir como si hubiera ascendido a Teniente Coronel, desde el día que ascienden por disposición gubernamental; **v)** Que las sumas reconocidas sean actualizadas con base en el I.P.C, y **vi**) Que se reconozcan intereses moratorios.

Como fundamento **FACTICO** de sus pretensiones, el actor adujo lo siguiente:

- Que en Junta de Evaluación y Clasificación fue evaluada su trayectoria profesional por una subalterna de menos antigüedad.

- Que la Junta de Generales de la Policía se efectuó cinco (5) días después de la Junta de Evaluación y Clasificación, transcurriendo tan solo cinco (5) días de diferencia entre la Junta que no recomienda su selección y la Junta que decide no seleccionarlo para realizar el concurso previo.

- Que el día 10 de julio de 2015 el actor fue notificado del retiro por llamamiento a calificar servicios.

- Que elevó reclamación por la falta de posibilidad de realizar el concurso previo para ascenso a teniente coronel, siendo notificado el 28 de marzo de 2014 de la decisión de no reconsiderar su reclamación sin efectuarse un análisis propicio de lo solicitado.

- Que en su labor ha sido estimulado positivamente, siendo llamado a cumplir labores de importancia delicada, al punto que en febrero de 2014 fue propuesto para obtener el estímulo "DISTINTIVO DE LA DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA" por su excelente desempeño, sin que haya tenido llamados de atención.

- Que para el mes de enero de 2008 el demandante solicitó la realización de curso para ascenso a Oficial Superior Mayor, en forma virtual, dado que era posible su realización en la parte académica, sin tener respuesta alguna, solicitud que realizó de esa manera porque hacía pocos días había fallecido su menor hija y no podía separarse de su esposa y de su bebé recién nacido, aclarando que pese a lo anterior, realizó el curso en forma presencial, y luego de terminarlo fue trasladado para el Departamento de Policía de Guajira, y al año de estar allí como Jefe Administrativo y Financiero ejerciendo funciones de preservación, adecuada inversión y control de los dineros de la Policía en la Guajira, lo enviaron de comandante del distrito a la Estación Fonseca, nombrando en su reemplazo a un funcionario que no tenía el grado ni el perfil adecuado para desempeñar dicho cargo, señalando que en varias oportunidades lo enviaban lejos de la capital para apoyar elecciones, sustrayéndolo de las funciones de control administrativo.

- Que en el año 2010, el Subcomandante del Departamento de Policía de Guajira - Teniente Coronel Medina Escarpeta, insultó al actor, y lo maltrató psicológica y laboralmente, y que de forma inexplicable en ese mismo año fue traslado para el Departamento de Policía de Meta, y que al llegar a la ciudad de Villavicencio fue recibido por el Coronel Tullo Avendaño, de forma despectiva, repitiéndose dicha conducta por el Coronel Juan Carlos Pinzón, quien lo amenazó con hacerlo echar.

- Que en reiteradas ocasiones fue delegado para cubrir la seguridad de los procesos electorales y para cubrir los paros en Barranca de Upía - Meta, oportunidad en la que dejaban encargado a otro funcionario, y de manera inexplicable le notificaron su traslado para el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, y estando allí adelantó procedimientos contractuales, siendo nombrado jefe de logística en el año 2012, procediendo a solicitar vacaciones en el mes de marzo de 2013 por el nacimiento de su hijo, concediéndosele tan solo los días de ley María, los que no disfrutó en su totalidad por carga laboral.

- Que al regresar a laborar, el 1° de abril de 2013, se encontró sin cargo ni puesto físico de trabajo, por lo que solicitó funciones al General Parada Díaz, asignándosele el archivo del Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, labor que duró aproximadamente 25 días, siendo cuestionado su profesionalismo en el mes de mayo de 2013 por el Director del Fondo de ese momento, asegurando que no le entregaron formal ni oficialmente el cargo, ni le hicieron entrega de inventarios, ni procesos, ni procedimientos, razones por las que de manera sorpresiva le notificaron otro traslado para la Subdirección General, en forma inmediata, sin darle la oportunidad de entregar la fábrica de confección, con 1.200 personas a su cargo, entre personal operario y administrativo, ni inventarios, ni procesos, ni procedimientos, ni reclamar salvo conducto de paz y salvo a su nombre.

- Que al llegar a la subdirección, duró aproximadamente 8 días sin que le definieran su situación, siendo llevado seguidamente ante el Director de Sanidad, quien de forma despótica le señaló que no lo necesitaba, seguidamente lo llevaron a la subdirección general, en donde el subdirector de la Policía de esa época le dijo que se presentara a la Dirección Administrativa y Financiera, donde sorpresivamente le concedieron 30 días de vacaciones sin solicitarlas, y que al regresar de estas, fue asignado en la oficina de planeación, con el cargo de responsable de estrategia, cargo que no tenía procedimiento o funciones, ni puesto físico de trabajo, ni los elementos mínimos para cumplir la labor.

- Que, desde el mes de octubre de 2013, el demandante duró más de 15 días en turnos de puesto de mando unificado de 7 de la noche a 7 de la mañana seguidos, además, que lo designaban para apoyar a la metropolitana de Bogotá y al distrito de Soacha e igualmente para asistir apoyo en el paro agrario.

- Que en noviembre de 2013 el actor no fue seleccionado a curso de ascenso a Teniente Coronel, siendo enviado a turnos de puesto de mando unificado, y para los primeros meses del año 2014 lo proponen como personaje del mes y al distintivo de la Dirección Administrativa y Financiera DIRAF por su buen desempeño profesional y laboral, comenzando en el mes de mayo de 2014 un acoso laboral por parte de su Jefe Inmediato, a través de maltratos verbales frente a los subalternos en plena formación, lo que le generó dolor en el pecho que no le permitía respirar, diagnosticándole principios de taquicardia y un estado de ansiedad severo, por lo que fue atendido por psiquiatría e incapacitado por 80 días bajo acompañamiento familiar, y que al momento de llevar su esposa la incapacidad la trataron de manera grosera, y se le notificó que al actor se le autorizó 74 días de vacaciones, a pesar que sólo había solicitado 30 días.

- Que el acoso fue tal que le abrieron dos investigaciones disciplinarias, una de ellas por no haber laborado media tarde en la que precisamente se encontraba en urgencias (3 de junio de 2014) y otra, por la no entrega de un vehículo asignado directamente por el jefe de seguridad, por lo que se vio obligado a instaurar queja por acoso laboral ante la Procuraduría General de la Nación, siendo archivadas las referidas investigaciones disciplinarias a favor del demandante.

- Que al regresar de vacaciones se enteró por el aplicativo institucional de sistemas de información, que había sido trasladado para la ciudad de Tunja, ocupando los cargos de jefe de Oficina de Planeación y de la Oficina Asesora de esa unidad, siendo calificado con un puntaje de 900 a pesar de que nunca tuvo registros negativos con afectación a hoja de vida, y que en el año 2014 tuvo distinciones y exaltaciones, considerando que las incapacidades no deben afectar la calificación.

- Que en el mes de abril de 2015 el comandante de la Policía de Tunja condecoró al actor con mención honorífica por no tener sanción en los últimos 5 años. Sin embargo, el día 10 de julio de 2015 fue notificado del retiro por llamamiento a calificar servicios.

- Que el actor tenía mayores méritos que otros compañeros suyos, y que, a pesar de haber solicitado se le indiquen los motivos de su calificación, le han respondido con evasivas.

**2.2. *LA PROVIDENCIA IMPUGNADA*.** Se trata de la sentencia proferida el 14 de mayo de 2020 por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de que gozan tanto el Acta No. 004 del 10 de octubre de 2013, como la Resolución No. 5452 de 2015, la primera en la que se advierte el cumplimiento de las exigencias legales señaladas en el Decreto 1791 de 2000 y demás concordantes, y en el segundo acto, se advierte que el fundamento de la misma es el llamamiento a calificar servicios, como causal válida para retirar del servicio al demandante, emitiéndose previamente el concepto de la junta asesora del Ministerio de Defensa y de atender que el demandante cumplía con los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro.

Preciso que según el Consejo de Estado, el retiro por llamamiento a calificar servicios es una herramienta con la que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar la renovación del personal uniformado dentro de las escalas jerarquizadas propias de la institución y permitir con ello el ascenso y la promoción de otros funcionarios, régimen especial dispuesto por mandato constitucional y desarrollado en los Decretos Ley 1790 y 1791 de 2000 y las Leyes 857 de 2003 y 1104 de 2006, señalando que el presupuesto que da razón a la aplicación de esta causal de retiro, es haber cumplido un tiempo mínimo en la institución y tener derecho a la asignación de retiro. Además, que el estándar o deber mínimo de motivación del acto de retiro no resulta necesario en tratándose de la causal por llamamiento a calificar servicios, y que el acta del Comité de Evaluación no exige su notificación al interesado, de conformidad con la ley, por lo que de ello no se puede predicar una violación al derecho de defensa y/o al debido proceso.

Adicionalmente, precisó que el llamamiento a los cursos de capacitación para ascenso conlleva implícitamente el ejercicio de una facultad discrecional, pero no arbitraria, tan así es que en desarrollo del artículo 22 del Decreto Ley 1791 de 2000, se dispuso de manera previa, la Evaluación de la Trayectoria Profesional cuyas decisiones son tomadas por cuerpos colegiados bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, atendiendo condiciones de mérito de los aspirantes, tales como: aptitud hacia el servicio, calidades personales y profesionales, confianza, convivencias institucionales, entre otras, siendo evaluada la trayectoria profesional del actor como consta en las actas números: 004-ADEHUGLIPOL-3.22 del 05 de octubre de 2013 de la Junta de Evaluación y Clasificación para Oficiales de la Policía Nacional, y 004-ADEHU-GUPOL 3.22 del 10 de octubre de 2017 de la Junta del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional.

De otra parte, frente a la a la persecución o acoso laboral alegado por el actor, la Juez de instancia señaló que al no estar acreditado que hubiese existido queja, demanda o denuncia alguna por tal circunstancia ante los funcionarios competentes, no existe competencia para que en sede judicial se determine la existencia o no de un presunto acoso laboral. Sin embargo, indicó que no se acreditó la ocurrencia de hechos que permitieran vislumbrar que los motivos que conllevaron a su desvinculación fueron desviados, y que tan solo se puede advertir una serie de oficios a través de los cuales se le requiere al demandante rendir informes con ocasión de las funciones desempeñadas, sin que ninguna logre demostrar el supuesto acoso laboral o persecución del que fue objeto, así como tampoco que existieron razones diferentes a cumplir con el ordenamiento jurídico que permite discrecionalmente el retiro del personal policial.

Por último, frente a la supuesta inobservancia de la excelente hoja de vida, la Juez de instancia señaló que la existencia de una buena hoja de vida no impide el retiro de la institución con base en la facultad discrecional, porque las excelentes calidades y condiciones para la eficiente prestación del servicio son requisitos que debe cumplir todo uniformado.

**2.3. *EL RECURSO DE APELACIÓN****:* Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado del demandante la impugnó oportunamente solicitando se acceda a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la Juez de instancia no se pronunció sobre la legalidad del Acta No. 004 del 10 de octubre de 2013 suscrita por la Junta de Generales de la Policía Nacional por medio de la cual *se decidió NO seleccionar al demandante para presentar el concurso previo al curso de ascenso al grado de Teniente Coronel*, específicamente, no estudió la totalidad de la Historia Laboral del actor, ni analizó las razones que impidieron su promoción o ascenso, por lo que considera que no se puede presumir su legalidad y menos cuando se probó que dicha acta "No fue notificada" al demandante, y que la entidad controlada no contaba con la Totalidad de la Historia Laboral del actor para evaluar su "Trayectoria Profesional, y que tampoco se tuvo en cuenta lo señalado por los testigos, quienes dieron fe de la idoneidad, buena conducta y desempeño del actor, lo que a su juicio permite evidenciar que el actor merecía ser llamado a curso de ascenso al grado de Teniente Coronel, y continuar prestando sus servicios en la Policía Nacional.

Frente al acoso laboral, señalo que a folio 47 y subsiguientes, hay una serie de pruebas documentales que demuestran una "Persecución", una insistencia en requerir al Actor con apremio en el tiempo, presión que se vio apoyada con investigaciones disciplinarias que le abrió la entidad demanda, y que posteriormente fueron archivadas en beneficio del actor, además, que no fue revisada la conducta del actor sobre el vehículo que tenía asignado.

**2.4. TRASLADO DE ALEGATOS DE CONCLUSION.** El apoderado de la **PARTE ACTORA** reiteró los mismos argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Por su parte, el apoderado de la **ENTIDAD DEMANDADA** señaló que lo manifestado por el accionante respecto de la desviación de poder no son más que simples apreciaciones subjetivas sin sustento probatorio, y precisa que el artículo 49 del Decreto 1800 de 2000 y los artículos 20, 21 y 22 del Decreto 1791 de 2000 consagran una facultad discrecional, evidenciada en el estudio cuidadoso de las condiciones profesionales, morales e intelectuales del candidato por parte de la Junta de Evaluación y Clasificación para Oficiales de la Policía Nacional, requisitos que se evalúan de conformidad con la disponibilidad de vacantes, con el escalafón del grado y con las precedencias de los demás miembros aspirantes al ascenso; además, que tratándose de ascenso al grado de Teniente Coronel, al cual aspiraba el demandante, la ley establece en favor de la administración, la discrecionalidad de escoger libremente entre los Mayores que reúnan las condiciones generales y específicas establecidas en el decreto de carrera que regula al personal uniformado al servicio de la Institución.

Resalta que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el ascenso en fuerzas militares no puede ser ordenado por vía judicial, debido a que el ascenso a los altos mandos del estamento militar es una potestad discrecional del presidente de la República, como representante del poder civil democráticamente elegido.

Aclaro que el llamamiento a calificar servicios es una causal de retiro acertada, porque permite renovar los miembros de la Institución y permitir con ello la llegada de nuevos funcionarios que han acreditado capacidades personales, de liderazgo, laborales e intelectuales entre otros aspectos para asumir nuevos cargos, y que la causal de retiro por “LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS”, solo requiere cumplir con un mínimo de tiempo de servicio en la Policía Nacional y la previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, sin que se le imponga a la Institución la obligación de motivar dicho retiro en causales disciplinarias, penales, de mal comportamiento institucional; como si es obligatorio para el caso de retiro por voluntad del Gobierno, donde si se valora la hoja de vida del servidor retirado.

Por último, señaló que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solo la prerrogativa de permanencia en el mismo, ya que lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario.

La Agencia del Ministerio Público guardó silencio.

1. **CONSIDERACIONES**

**3.1. El problema jurídico**

De acuerdo con el recurso de apelación interpuesto, le corresponde a la Sala determinar si el Acta No. 004 del 10 de octubre de 2013 suscrita por la Junta de Generales de la Policía Nacional, por medio de la cual **no** se decidió seleccionar al demandante para presentar el concurso previo al curso de ascenso al grado de Teniente Coronel, esta viciada de nulidad por falsa motivación por no haberse estudiado toda la "Trayectoria Profesional” del señor Yilén Antonio Toro Carmona, y haber obedecido la decisión a una persecución laboral.

De acuerdo con el problema jurídico planteado, la Sala ahondará el siguiente estudio: **i)** El régimen de carrera especial de los miembros de la Policía Nacional, **ii)** la decisión discrecional contenida en las actas de la Junta de Evaluación y Clasificación para Oficiales de la Policía Nacional y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional en las cuales se emite concepto favorable sobre el ascenso y, **iii)** Estudio y solución del caso concreto.

**3.2. DEL RÉGIMEN DE CARRERA ESPECIAL DE LOS MIEMBROS DE LA POLICÍA NACIONAL Y LA FACULTAD REGLADA DEL GOBIERNO NACIONAL PARA DETERMINAR ASCENSOS.**

La carrera administrativa constituye una regla general para el ingreso, ascenso y retiro a la función pública al tenor de lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta Política. A través de ella, el Estado busca seleccionar al mejor recurso humano para lograr la satisfacción de sus fines esenciales como servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, de conformidad con lo previsto en el artículo 2 ibidem.

Ciertamente los miembros de la Fuerza Pública no son ajenos a ella; así, el artículo 218 Constitucional consagra que la Policía Nacional goza de un régimen de carrera que determinará la ley, mandato que guarda justificación en su condición de cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

Se trata entonces de una carrera especial de origen constitucional que "dada la trascendencia que para un Estado democrático representan las funciones que desempeña la Policía Nacional, el legislador ha buscado establecer un sistema de carrera que permita garantizar a sus miembros los derechos que de ella se derivan, como el ingreso en igualdad de oportunidades para quienes aspiran a ser parte de esas instituciones, el ascenso en la carrera por méritos, aptitudes y capacidades, y el retiro del servicio por las causales establecidas en la Constitución, como son: la calificación insatisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario, o por las demás causales previstas por la Carta Política o por la ley[[1]](#footnote-2).

En desarrollo de dicho mandato superior, el legislador expidió la Ley 578 del 14 de marzo de 2000 por medio de la cual revistió al presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de seis meses, para expedir normas relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, entre estas, las normas de carrera del personal de oficial y suboficiales y del nivel ejecutivo de la Policía Nacional. Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-979 de 2002, por los cargos allí analizados.

Tales facultades extraordinarias se consolidaron con la expedición del Decreto Ley 1791 del 14 de septiembre de 2000, que modificó las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional cuyo contenido reposaba anteriormente en el Decreto 132 de 1995.

Esta norma de carrera estableció el escalafón de cargos como base para determinar la planta de personal de la Policía Nacional que fija el Gobierno Nacional tomando en consideración el grado y antigüedad con la correspondiente identificación personal y especialidad.

Así mismo, en el artículo 5, modificado por el artículo 2 de la Ley 1405 de 2010, reguló la jerarquía de los oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, para efectos de mando, régimen disciplinario, Justicia Penal Militar y goce de derechos y obligaciones allí consagradas.

En lo que concierne a ascensos, el decreto en cita prevé en su artículo 20, que aquellos se otorgarán a los oficiales, nivel ejecutivo y suboficiales en servicio activo que cumplan los requisitos establecidos en esa norma, dentro del orden jerárquico, de acuerdo con las vacantes existentes, conforme al decreto de planta y con sujeción a la clasificación que establece el decreto de evaluación del desempeño.

Específicamente, el artículo 21 del Decreto - Ley 1791, dispuso de manera expresa los **requisitos para ascenso al grado inmediatamente superior**, así:

*"****Articulo 21. Requisitos para ascenso de oficiales, nivel ejecutivo y suboficiales.*** *Los oficiales, nivel ejecutivo a partir del grado de subintendente y suboficiales de la Policía Nacional, podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior cuando cumplan los siguientes requisitos:*

1. *Tener el tiempo mínimo de servicio establecido para cada grado.*

1. *Ser llamado a curso.*

1. *Adelantar y aprobar los cursos de capacitación establecidos por el Consejo Superior de Educación Policial.*

1. *Tener aptitud psicofísica de acuerdo con lo contemplado en las normas sobre Incapacidades e Invalideces.*

1. *Obtener la clasificación exigida para ascenso.*

*6.* ***Para oficiales, concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional****; para nivel ejecutivo y suboficiales, concepto favorable de la Junta de Evaluación y Clasificación.*

*(...)*

*8. Para el personal que permanezca en el Cuerpo Administrativo, acreditar un curso de actualización profesional en su especialidad, con una duración no inferior a ciento veinte (120) horas.*

*(…..)”* (Resaltado de la Sala).

De acuerdo con la norma aludida, la Sala considera que la concesión de ascensos en el sistema de carrera especial de la Policía Nacional es una facultad reglada del Gobierno Nacional en la medida que debe ajustarse a lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 1791 de 2000

Resultan beneficiarios de aquellos, el personal uniformado oficial, nivel ejecutivo y suboficiales que: **i)** acredite el tiempo para ascender al grado al que se aspira, **ii)** fue llamado a curso, **iii)** aprobó los cursos de capacitación, **iv)** obtuvo la clasificación exigida para el ascenso, así como concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional en caso de oficiales; y de la Junta de Evaluación y Clasificación para nivel ejecutivo y suboficiales. Sumado a lo precedente, es necesario que existan vacantes conforme al decreto de planta y con sujeción a la clasificación que establece el decreto de evaluación del desempeño.

Sobre el particular, en sentencia del 12 de marzo de 2015[[2]](#footnote-3), el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sostuvo que *"el ascenso de los miembros de la Policía Nacional, se encuentra debidamente regulado en la Ley, es decir existen unos requisitos taxativos que deben cumplir cada uno de los Oficiales de dicha institución para pretender ascender en el escalafón; igualmente dicho ascenso corresponde a una potestad reglamentaria que se le confiere al Gobierno Nacional -Ministerio de Defensa, la cual se debe ejercer teniendo en cuenta su naturaleza, la finalidad o el objeto propuesto en la norma antes transcrita y las limitaciones que se imponen en el ejercicio de dicha potestad".*

Y agregó que "*Acorde con la normatividad antes referida, el ascenso de los Oficiales de la Policía Nacional es una facultad reglada, esto es, se deben cumplir ciertos requisitos previstos en la norma, por el Oficial que pretenda ascender en el escalafón dentro de la planta de cargos de la Institución - artículo 21 y siguientes del Decreto 1791 de 2000-".*

**3.3. DE LAS DECISIONES DISCRECIONALES CONTENIDAS EN LAS ACTAS DE LA JUNTA DE EVALUACIÓN Y CLASIFICACIÓN PARA OFICIALES DE LA POLICÍA NACIONAL Y LA JUNTA ASESORA DEL MINISTERIO DE DEFENSA PARA LA POLICÍA NACIONAL QUE OTORGAN CONCEPTO PARA ASCENSO.**

Como se aclaró líneas atrás, el numeral 6 del artículo 21 del Decreto Ley 1791 de 2000 establece como requisito para evaluar la posibilidad de ascenso del personal de carrera especial de la Policía Nacional:

*“(...)* ***6.*** *Para oficiales, concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional; para nivel ejecutivo y suboficiales, concepto favorable de la Junta de Evaluación y Clasificación.*

*(…..).”*

Según el artículo 22 del Decreto Ley 1791, la Junta de Clasificación y Evaluación para el personal uniformado de la Policía Nacional, tiene como funciones: "**1.** Evaluar la trayectoria policial para ascenso" y "**2.** Proponer al personal para ascenso"; está integrada por el subdirector general, inspector general, director de seguridad ciudadana, director administrativo y financiero, director de talento humano, secretario general o su delegado -quien actúa con voz, pero sin voto-. Todos los aspectos en torno a su integración se encuentran regulados en el Decreto 06088 del 14 de diciembre de 2008 expedida por el director general de la Policía Nacional y sus atribuciones las ejerce atendiendo lo dispuesto en el Decreto 1800 de 2000 por medio del cual se dictan normas para la evaluación del desempeño del personal uniformado de la Policía Nacional.

Ya la conformación y funcionamiento de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional están estipuladas en el Decreto 1512 de 2000[[3]](#footnote-4). Esa Junta Asesora está conformada por el ministro de Defensa Nacional, el director general de la Policía Nacional, el subdirector de la Policía Nacional y los Oficiales Generales de la Policía Nacional en servicio activo, que se encuentren en la guarnición de Bogotá.

Dentro de sus funciones están, de acuerdo con el artículo 57 del Decreto en comento: (...) **3.** Aprobar o modificar las clasificaciones de los Oficiales y recomendar al Gobierno, por intermedio del ministro de Defensa Nacional los ascensos, llamamientos al servicio y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, así como recomendar los nombres de los Oficiales Superiores que deban asistir a los cursos reglamentarios, de acuerdo con las normas legales sobre la materia".

Entiéndase entonces que la Junta de Clasificación y Evaluación para el personal uniformado de la Policía Nacional evalúa la trayectoria del personal aspirante y propone su ascenso. Posteriormente, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional retomando dicha evaluación y proposición hace la recomendación al Gobierno Nacional para concederlo, el cual se manifiesta en el acto administrativo respectivo.

Así las cosas, pese a que la concesión de un ascenso constituye una facultad reglada del Gobierno Nacional atendido lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto Ley 1791 de 2000, no menos cierto es que finalmente confluye una decisión discrecional en cabeza de las mencionadas Juntas por medio de sus conceptos favorables o no al ascenso, los cuales hacen parte del trámite para la conformación del acto definitivo que lo concede.

Sobre dichos conceptos expedidos en ejercicio de una facultad discrecional, en sentencia del 15 de febrero de 2018[[4]](#footnote-5), proferida por el Consejo de Estado, en sede de tutela, recordó que el concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para Policía Nacional previsto en el numeral 6 del artículo 21 del Decreto Ley 1791 de 2000, es una manifestación del poder discrecional de la administración que encuentra limites en los fines de la norma que la autoriza, y que debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa a efectos de que no raye en la arbitrariedad; **y por ello debe partir de parámetros objetivos como las evaluaciones de desempeño del personal policial las cuales hacen parte de los criterios a tener en cuenta para beneficiario del ascenso.**

Al respecto señaló:

*"Frente al concepto favorable, objeto de controversia, se advierte que se emite con base en la facultad discrecional que la ley le ha otorgado a la Junta, por cuanto dicha autoridad es libre, dentro de los límites normativos, de tomar una u otra decisión, ya que se trata de una determinación que no tiene una solución concreta y única prevista en la ley.*

*(……)*

*En un asunto similar, en el que se examinó el caso de un subintendente al que se le emitió concepto negativo para ascender al grado de intendente; la Corte Constitucional frente a las funciones de las Juntas mencionadas en el transcrito artículo 21 del Decreto 1791 de 14 de septiembre de 2000, manifestó lo siguiente:*

*“(……)*

*En segundo lugar, el miembro de la policía debe cumplir los requisitos señalados en el artículo 21 del citado decreto, incluyendo el contenido en el numeral sexto, consistente en el concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional o de la Junta de Evaluación y Clasificación, según sea el caso.* ***Esta última junta, tiene, dentro de sus funciones, la de evaluar la trayectoria válida/ para ascenso y la de realizar la clasificación para ascenso y ubicación en el escalafón por cambio de grado teniendo en cuenta el promedio de las evaluaciones anuales que se realicen al uniformado durante el tiempo de permanencia en el cargo respectivo, evaluaciones que a su vez, observarán los juicios de valor y factores de gestión acerca de las condiciones personales y desempeño profesional del personal en servicio activo de la Policía Nacional.***

***(…….) (Negrilla y resaltado fuera del texto).***

*A su vez, la Sección Segunda de esta Corporación ha indicado que estos conceptos se encuentran sometidos a la existencia de vacantes y a las necesidades de la institución, que se trata de una «[...]facultad discrecional conferida por el Director General de la Policía Nacional a las Juntas de Evaluación y Clasificación que debe ser realizada con plena observancia de lo prescrito en la ley y, en las reglas especiales sobre el asunto en trámite,* ***en especial, la evaluación de la trayectoria profesional del uniformado****[...]»[[5]](#footnote-6)* (subrayas y negrillas fuera del texto y del texto original).

En este punto es importante señalar que la jurisprudencia constitucional ha indicado que la facultad discrecional no es absoluta ni puede tornarse arbitrario, *«porque como toda atribución discrecional requiere de un ejercicio proporcionado y racional que se ajuste a los fines que persigue»[[6]](#footnote-7).*

De tal suerte que en lo que refiere a la concesión de ascensos, corresponde al Gobierno Nacional, en uso de dicha facultad, ajustarse a la finalidad de la norma que prevé la finalidad de la carrera policial y para ello examinar el desempeño profesional del personal uniformado para determinar si es beneficiario.

Esta última exigencia cobra relevancia desde el punto de vista de la garantía del derecho fundamental al debido proceso en su arista de la contradicción y defensa, en consideración a que el administrado tendrá elementos de juicio para debatir los fundamentos contenidos en las decisiones discrecionales materializadas en dichas actas emitidas por las aludidas juntas.

En relación con la expedición de decisiones discrecionales en el marco de los procesos de ascenso del personal en carrera policial, en sentencia del 26 de noviembre de 2009", el Consejo de Estado precisó que dichas decisiones que catalogó como conceptos jurídicos indeterminados emergen del poder discrecional que la ley le otorga y de allí deriva su validez; pueden ser objeto de control de legalidad en razón a su motivación y, ello se enfoca en analizar el contexto que precedió a su expedición. En ese sentido dijo:

*"Como conclusión general de lo hasta aquí expuesto, puede la Sala señalar que dentro del marco de las decisiones de la administración, existen algunas en las que la legalidad le entrega al órgano competente el ejercicio de una potestad que por las características particulares de la misma, representa lo que la doctrina denomina conceptos jurídicos indeterminados, que están directamente relacionados con la tipología de las facultades discrecionales pero atendiendo en verdad la naturaleza de la función que expresa una situación de mayor complejidad que se sitúa más allá de la mera discrecionalidad, para dar paso a la clase de actos que acabamos de mencionar.*

***Pues bien, el acto administrativo expedido en función de lo que ha de entenderse por concepto jurídico indeterminado representa la decisión de la administración como único referente de validez, lo que se concreta en la propia voluntad de la administración considerada en sí misma****, de forma que su control es de contexto, esto es, por el entorno que presidió la decisión, pero no por la decisión misma.*

*Lo anterior es así, porque conforme al artículo 218 Superior, la Carta Política diseña los cuerpos castrenses y de policía dentro de una estructura jerarquizada sometida a la jefatura institucional del Presidente de la República, lo cual impone elementos de confianza y seguridad nacional que combinados otorgan certidumbre a las políticas de gobierno en desarrollo, por esta circunstancia, la facultad para el ascenso dentro de los máximos cargos dentro de las instituciones políticas y militares, representa un tipo de acto cuya naturaleza es sustancialmente diferente a la simple facultad discrecional, atendiendo como se anotó, el conjunto de intereses que para la seguridad del estado encarna esta decisión y por consiguiente particulariza la modalidad de control que puede ejercer el juez administrativo en lo que corresponde al alcance de los análisis jurídicos que han de realizarse, no radicado en criterios de proporcionalidad y oportunidad, sino en el contexto de la decisión porque el acto así producido constituye la solución justa y correcta, que no es otra que aquella conforme con el interés descrito en la norma de la que fluye la atribución ejercida"*

Con fundamento en todo lo anterior, esta Corporación considera que a fin de examinar la legalidad en torno a la motivación de un acto administrativo dictado en el ejercicio de una facultad discrecional, en especial, del que negó un ascenso con base en la carencia de concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, el fallador tendrá la obligación de examinar los móviles de orden legal y fáctico que dio lugar a la expedición de dicho concepto; para ello reviste vital importancia las evaluaciones de desempeño y sin perder de vista en ningún momento que como facultad discrecional debe avenirse a los fines de la labor policial.

En síntesis, la Sala precisa que los ascensos para oficiales en el régimen de carrera especial de la Policía Nacional constituyen una facultad reglada otorgada al Gobierno Nacional en cabeza del presidente de la República como supremo comandante de las FF.AA. y en ejercicio de la atribución consagrada en el numeral 19 del artículo 189 de la Constitución.

Igualmente, que serán beneficiarios de los ascensos el personal uniformado que cumpla con los requisitos exigidos en el artículo 21 del Decreto Ley 1791 de 2000, entre estos, el concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional; concepto que como decisión discrecional no puede ser arbitraria sino sustentarse en el estudio de la hoja de vida del uniformado junto a sus evaluaciones de desempeño.

Y finalmente, que se advierta la existencia de vacantes conforme al decreto de planta y con sujeción a la clasificación que establece el decreto de evaluación del desempeño.

**CASO CONCRETO**

Según el recurso de apelación propuesto por la parte demandante, el debate discurre por dos inconformidades en especial:

La primera, porque el fallo apelado no analizó la legalidad del Acta No. 004 del 10 de octubre de 2013 suscrita por la Junta de Generales de la Policía Nacional por medio de la cual *No se decidió seleccionar al demandante para presentar el concurso previo al curso de ascenso al grado de Teniente Coronel*, específicamente, no estudió el hecho de que la Junta de Generales de la Policía Nacional no estudió la totalidad de la Historia Laboral del actor, y que dicha acta tampoco fue notificada al demandante, además que la decisión adoptada para dicha Junta obedeció a una persecución laboral.

La segunda, porque en la sentencia no se valoró las pruebas testimoniales que demostraba la idoneidad, buena conducta y buen desempeño del actor que lo hacía merecedor del ascenso pretendido.

Pues bien, observa la Sala que mediante Acta No. 004-ADEHU-GUPOL-3.22 de 05 de octubre de 2013 la **Junta de Evaluación y Clasificación para Oficiales de la Policía Nacional**, llevo a cabo *“estudio de la trayectoria profesional de 163 señores Mayores aspirantes a el concurso previo al curso de capacitación para ascenso “ACADEMIA SUPERIOR DE LA POLICÍA” primer semestre del año 2014.”,* dentro de los que se encontraba el señor YILEN ANTONIO TORO CARMONA, a quién incluyó en el listado de Mayores para **NO RECOMENDAR** ante la Junta de Generales de la Policía Nacional.

Seguidamente, mediante Acta No. 004-ADEHU-GUPOL 3.22 de 10 de octubre de 2017 la **Junta del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional,** seleccionó a los oficiales en el grado de Mayor que presentarían el concurso previo al curso de capacitación para ascenso a teniente, en el primer semestre del año 2014”, incluyendo al señorYILEN ANTONIO TORO CARMONA en el listado de Mayores **NO SELECCIONADOS**.

Posteriormente, mediante Acta No. 011- ADEHU-GUPOL-3-22 de 31 de octubre de 2013 la **Junta del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional,** en concordancia con lo establecido en los artículos 55, 56, 57, 58, 59 y 60 del Decreto 1512 de 11 de agosto de 2000, **RECOMENDÓ al Gobierno Nacional el nombre de los Mayores** para que presenten el Concurso previo al Curso de Capacitación para Ascenso a Teniente en el primer semestre del año 2014, dentro de los que **NO** se encuentra el señor YILEN ANTONIO TORO CARMONA, quien si fue incluido en el listado de los NO RECOMENDADOS.

Mediante Acta No. 001 del 17 de enero de 2014 la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, resolvió la solicitud de Revocatoria Directa presentada por el señor YILEN ANTONIO TORO CARMONA frente a la decisión adoptada por dicha Junta mediante Acta No. 011- ADEHU-GUPOL-3-22 de 31 de octubre de 2013, en lo referente a su no recomendación para realizar el curso reglamentario para ascenso, oportunidad en la que se resolvió confirmar dicha acta con fundamento en que *“la selección a los cursos de capacitación para ascenso, como facultad discrecional, se realiza bajo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, atendiendo condiciones de mérito de los aspirantes, tales como actitud hacia el servicio, calidades personales y profesionales para desempeño en el grado, ente otras.”* (fl. 81 a 91).

Por medio Oficio No. S-2014-006528/ADEHU-GUPOL 1.10 de fecha 13 de enero de 2014, suscrito por el jefe de área Desarrollo Humano, dirigido al señor Mayor Yilen Toro Carmona, se dio respuesta a solicitud de la reconsideración de la decisión tomada en el Acta No. 011 del 31 de octubre de 2013; en donde se indicó:

*"(...) Me permito informar al señor Mayor, que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, en consideración al numeral 3 del artículo 57 del Decreto 1512 de 2000, previo estudio de la propuesta presentada por la Junta de generales, recomienda al Gobierno por intermedio del Ministerio de Defensa Nacional los nombres de los Oficiales Superiores que deban asistir a los cursos reglamentarlos. No obstante, el artículo 60 del decreto 1512 de 2000 establece: "ARTÍCULO 60.* ***Recomendaciones de las Juntas Asesoras****. Las conclusiones de las Juntas se consignarán en forma de recomendaciones, que no podrán ser modificadas sino por el Ministro de Defensa Nacional. En los demás casos, las modificaciones deberán ser autorizadas por la respectiva Junta Asesora...*

*En atención a lo anterior me permito Informar, que su solicitud de Reconsideración, será presentada ante la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional en su próxima sesión, según se disponga en la Agenda del señor Ministro de Defensa Nacional para tal fin, cuya decisión será notificada." (C lfls.127).*

Igualmente, mediante oficio No. S-2017 041765/ADEHU-GRUAS-1.10 de fecha 12 de octubre de 2017 (C3 fis. 836 - 837 vto.) suscrito por el jefe de área de desarrollo humano de la Policía Nacional, se le manifestó al actor lo siguiente:

*“(…..)*

*En consecuencia, bajo la normatividad descrita en precedencia, el llamamiento a los cursos de capacitación para ascenso conlleva implícitamente el ejercicio de una facultad discrecional, pero no arbitrarla, tan así es que en desarrollo del artículo 22 del Decreto Ley 1791 de 2000, se dispuso de manera previa la Evaluación de la Trayectoria Profesional cuyas decisiones son tomadas por cuerpos colegiados bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, atendiendo condiciones de mérito de los aspirantes, tales como: aptitud hada el servicio, calidades personales y profesionales, confianza, convivencias Institucionales, entre otras.*

*Es así, que la Institución Policial no está en la obligación de llamar a curso de ascenso a todos los aspirantes a un grado superior, ya que como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, el llamado a curso depende también de la existencia de vacantes y de las necesidades o conveniencias institucionales anteriormente descritas, razón por la cual, legalmente le está permitido a los cuerpos colegiados, seleccionar el personal de Oficiales, que llenen las expectativas de los mandos superiores para cumplir cabalmente la función constitucional.*

*Frente al tema de la discrecionalidad de la Evaluación de la Trayectoria Profesional, el Consejo de Estado en sentencia de fecha 10 de septiembre de 2009, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "B", Ref. No. 11001 03 25 000 2005 00002 - 00, expresó: "No obstante debe señalarse que, la evaluación de desempeño policial es una actuación administrativa reglada, y la evaluación de la trayectoria profesional (art. 22 del Decreto 1791 de 2000), es discrecional.*

*Así las cosas, los conceptos sobre la evaluación de la trayectoria profesional del señor Mayor YILEN ANTONIO TORO CARMONA, se encuentran contenidos en las diferentes actas suscritas por los miembros de las juntas antes señaladas. Finalmente, sobre los términos, no existe tiempo límite entre una junta y otra, no obstante estas se llevan a cabo dentro de un período consecutivo dispuesto por el Mando Institucional."*

Ahora bien, frente a la notificación al actor de la decisión de no seleccionarlo para que presentara el concurso previo al curso de capacitación para ascenso a teniente "ACADEMIA SUPERIOR DE POLICÍA" en el primer semestre del año 2014, obra en el plenario Oficio No. 2013 328396 / ADEHU - GUPOL - 3-22, a través del cual se le notificó de dicha determinación, indicándosele que a misma había sido adoptada mediante Acta Nro. 004 de 2013 cuya sesión se había llevado a cabo el 10 de octubre de 2013. (fl. 591 C3).

Igualmente se allegó la constancia de haberse enviado esa comunicación al correo electrónico vilen.toro@correo.Dolicia.aov.co de fecha viernes, 08 de noviembre de 2013 08:21 p.m. (C 3 fis. 592 a 594) y el oficio donde el demandante autoriza ser comunicado por correo electrónico de los actos y actuaciones administrativas expedidas dentro del procedimiento de evaluación de la trayectoria profesional.

De lo anterior se colige que la **Junta del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional** mediante Acta No. 011- ADEHU-GUPOL-3-22 de 31 de octubre de 2013 **NO RECOMENDÓ al** señor YILEN ANTONIO TORO CARMONA ante el Gobierno Nacional para que realizara el Concurso previo al Curso de Capacitación para Ascenso a Teniente “ACADEMIA SUPERIOR DE POLICÍA” en el primer semestre del año 2014, tomando como fundamento la no recomendación efectuada por Junta de Evaluación y Clasificación para Oficiales de la Policía Nacional medianteActa No. 004-ADEHU-GUPOL-3.22 de 05 de octubre de 2013, a partir del análisis de su trayectoria profesional.

Como consecuencia de lo anterior, el Decreto No. 2416 de 28 de noviembre de 2014 expedido por el presidente de la República, no tuvo en cuenta al actor para ascenso al grado inmediatamente superior atendiendo lo dispuesto en los artículos 20, 21, 22, 23, 28 y 29 del Decreto 1791 de 2000, previa recomendación de la mencionada Junta Asesora (C2 fis. 308 - 322).

Ahora bien, del análisis de la hoja de vida del Mayor YILEN ANTONIO TORO CARMONA expedida el 21 de abril de 2014 por la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional, se evidencia que desempeño los siguientes cargos (fls. 101 a 106):



Por su parte, los testigos coincidieron en manifestar que el señor YILEN ANTONIO TORO CARMONA siempre tuvo un buen desempeño en su labor y la ejercía con profesionalismo, además que en ningún momento efectuaron llamados de atención. Así lo expresaron:

- El oficial en retiro de la Policía Nacional en el grado de coronel JOSE JAVIER HERRERA VELANDIA, manifestó: *“(……)su actividad fue desempeñada muy profesionalmente de acuerdo a sus conocimientos, de acuerdo al cumplimiento, a sus funciones para los cargos que desempeñaba y que contribuía lógicamente a la formación profesional de los alumnos que se preparan en estas escuelas”.* *“……quiero anotar que nunca se tuvo ningún inconveniente en ese aspecto específicamente que era uno de los más notables precisamente por el manejo con el personal femenino y no se tuvo ningún comentario, no se tuvo ninguna queja por parte del desempeño en el ejercicio de sus funciones del señor Mayor. (...)”*

- El **Coronel** Oficial de la Policía nacional® **HUMBERTO HENAO CASTAÑO,** (C3 fl. 877) manifestó: *”(……)Toro quien hasta donde recuerdo también es Administrador de Empresas, fue una persona de vital importancia en la unidad, esa unidad de Recursos Humanos toda vez que con su ayuda pudimos sacar adelante esa dependencia estableciendo los procesos fundamentales del registro y control de recursos humanos de la Policía Metropolitana de Bogotá que fue incluso puesta como ejemplo y modelo por la dirección de Recursos Humanos de aquel entonces para generar una implementación similar a nivel nacional.”……”yo era su jefe directo y nunca le llamé la atención”.*

- El Coronel JAIME MORENO RODRÍGUEZ, manifestó: *“(…..) Lo que yo puedo manifestar es que su trabajo fue eficiente y que nunca tuve que hacerle llamado de atención o sancionarlo porque de pronto hizo algo que no debía hacerlo, es un hombre honrado, un hombre transparente eso es lo que habla de él, disciplinado, horado y transparente en cada una de sus actuaciones."*

- El Coronel JOSÉ ARISTÓBULO RODRIGUEZ SALAZAR, manifestó*: “(…..) sé que hacía un buen trabajo que pues gozaba de credibilidad en su trabajo que hacía en su momento.*

- El coronel CARLOS ZUZUNAGA QUINCHÍA, manifestó: *“(...) el trabajo fue un trabajo excelente bien, se desarrolló dentro de todos los parámetros legales correspondientes y establecidos por los mismos organismos de control Internos nuestros, no hubo ninguna observación, al contrario hubo en algunas oportunidades reconocimientos por el excelente ejecución presupuestal.”*

De otra parte, frente a los procesos disciplinarios adelantados en contra del demandante, observa la Sala que por medio de Oficio No. S- 2015 - 162010/ INSGE-GUSEC-38.10 de 05 de junio de 2015 suscrito por la jefe del Grupo de Seguimiento y Control Disciplinario INSGE, y dirigido a la Procuraduría delegada para la Policía Nacional, se envía el listado de verificación de procesos disciplinarios del señor Mayor YILEN ANTONIO TORO CARMONA **aperturados en la institución en el año 2014**, encontrándose relacionados dos (2) procesos con radicados: INSGE-2014-156 y P-INSGE-2014-278. (C1 fis. 249).

Ahora, como quiera que el actor considera que tenía mayores méritos que otros compañeros a los que si recomendaron para curso de ascenso a teniente, allegando como prueba de dicha afirmación la hoja de vida de los señores José Fernando Monsalve Meneses, Eliceo Suárez Pinto, Harry Alonso Pabón Betancourt, Armando Rafael Amaya Pardo, Carlos Reina Castro, Germán Alonso Rojas Ávila, Luis Alexander Triana Cárdenas (C 1 fis. 230 - 241); al hacer un comparativo de estas hojas de vida con la del actor, se evidencia que, al igual que el actor, los mencionados señores ostentaban el grado de MAYOR, también desempeñaron varios cargos directivos, y recibieron varias menciones honorificas y condecoraciones, evidenciándose una diferencia en cuanto al grado de escalafón, condecoraciones y número de felicitaciones efectuadas a cada uno de ellos, así:

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **MAYOR** | **ESCALAFÓN** | **NÚMERO DE FELICITACIONES** | **CONDECORACIÓN** | **MENCIÓN HONORIFICA** | **MEDALLA** | **DISTINTIVO** |
| **YILEN ANTONIO TORO CARMONA** | 165 | 65 | 4 | 4 |  |  |
| **JOSÉ FERNANDO MONSALVE MENESES** | 166 | 40 | 2 | 4 | 2 | 1 |
| **ELICEO SUÁREZ PINTO** |  | 91 | 5 | 3 | 1 |  |
| **HARRY ALONSO PABÓN BETANCOURT** | 182 | 22 | 1 | 4 |  | 1 |
| **ARMANDO RAFAEL AMAYA PARDO** | 183 | 39 | 4 | 4 |  |  |
| **CARLOS REINA CASTRO** | 208 | 21 | 4 | 5 |  |  |
| **GERMÁN ALONSO ROJAS ÁVILA** | 213 | 93 | 4 | 3 | 5 | 2 |
| **LUIS ALEXANDER TRIANA CÁRDENAS** | 202 | 102 | 33 | 4 |  | 1 |

De lo anterior se colige que, si bien es cierto, al analizar la hoja de vida del accionante se evidencia que, así como sus otros compañeros seleccionados para el concurso previo al curso de ascenso de Tenientes, ejerció varios cargos de gran importancia y dirección, obtuvo condecoraciones y menciones honorificas, así como un gran número de felicitaciones, y no se le han impuesto sanciones penales o disciplinarias, también lo es que el Consejo de Estado en sentencia de 13 de febrero de 2020 señaló que ***“la escogencia del personal para los ascensos dentro de la Policía Nacional, implica que los uniformados además de sus méritos y condiciones personales, deben gozar de absoluta confianza de sus superiores y del gobierno, porque en sus manos seguramente estarán muchas decisiones y actuaciones de interés general.”***

En consecuencia, dicha Corporación precisó que le corresponde a la parte demandante, demostrar el desmejoramiento del servicio con la decisión o la incoherencia entre los antecedentes laborales del servidor y la medida adoptada, es decir, que la decisión no se fundamentó en la evaluación de trayectoria policial realizada por la citada Junta de Evaluación y Clasificación.

A juicio del demandante el Acta No. 004-ADEHU-GUPOL 3.22 de 10 de octubre de 2013 suscrita por la Junta del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, está viciada de nulidad por **DESVIACIÓN DE PODER** en tanto que la razón por la que dicha Junta no lo recomendó ante Gobierno Nacional para presentar el concurso previo al curso de capacitación para ascenso a teniente, se debió al acoso laboral de que fue víctima por la insistencia en requerirlo con apremio en el tiempo (sic), y por haberse abierto dos investigaciones disciplinarias en su contra, las que fueron posteriormente archivadas a su favor.

El consejo de Estado[[7]](#footnote-8) ha encajado la desviación de poder en aquellos casos en que el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público general, y que su expedición se inspiró, por ejemplo, en venganzas personales, motivaciones políticas, intereses de un tercero o del propio funcionario.

También ha dicho la Corporación que cuando se trata de la desviación de poder, es preciso acreditar comportamientos del servidor público que desempeñó la función administrativa, o circunstancias que lo hayan llevado a un determinado proceder, para que quede claramente definida la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo. De tal suerte que, cuando existe contrariedad entre el fin autorizado por el ordenamiento jurídico y el obtenido por el autor del acto administrativo, se configura esta causal de ilegalidad.

Como pruebas del acoso laboral de que fue víctima el actor, allegó las siguientes pruebas:

- Oficio No. S-2014-167675 DIRAF - PLAÑE - 29 de fecha 26 de mayo de 2014, suscrito por el jefe de planeación DIRAF, teniente coronel Jairo Humberto Pinzón Herrera, dirigido al señor Mayor Yilen Toro, en donde se indicó:

*"El señor Oficial se servirá presentar el día de hoy con plazo 16:00 horas, la carpeta en medio físico con los soportes respectivos de los compromisos del comité de seguimiento a los proyectos de inversión, realizado por la Señora Subdirectora General de la Policía Nacional, y que a pesar de las órdenes verbales impartidas y el tiempo transcurrido (lapso de 08 días), a corte hoy 26/05/2014 no ha hecho entrega de la misma; demostrando con ello falta de compromiso frente a las actividades asignadas" (fl. 108 y proceso 2015 - 0145 fl. 95).*

*- O*ficio No. S-2014-167623 DIRAF - PLAÑE - 29 de fecha 26 de mayo de 2014, suscrito por el Jefe de planeación DIRAF Teniente Coronel Jairo Humberto Pinzón Herrera, dirigido al señor Mayor Yilen Toro, en donde se le indicó:

*"El señor Oficial se servirá presentar el día de hoy con plazo 11:00 horas, el acta en medio físico de la reunión realizada con los gerentes técnicos de proyectos de inversión efectuada hace 8 días (lunes 19 de mayo de 2014), y que, a pesar de las órdenes verbales impartidas y el tiempo transcurrido, el día de hoy no ha hecho entrega de la misma; demostrando con ello falta de compromiso frente a las actividades asignadas." (fl. 109 y proceso 2015 - 0145 fl. 98).*

-Oficio No. S-2014-17446 DIRAF - PLAÑE - 29 de fecha 30 de mayo de 2014, suscrito por el jefe de planeación DIRAF teniente coronel Jairo Humberto Pinzón Herrera, dirigido al señor Mayor Yilen Toro, en donde se indicó *"El señor Oficial se servirá presentar el día martes 03/06/2014 a las 12:00 horas, la carpeta en medio físico con las actas de reuniones y mesas de trabajo que se han realizado con los gerentes técnicos de proyectos de inversión durante la presente vigencia."* (C Ifl. 92).

- Oficio No. S-2014-168603 DIRAF - PLAÑE - 29 de fecha 26 de mayo de 2014, suscrito por el Jefe de planeación DIRAF Teniente Coronel Jairo Humberto Pinzón Herrera, dirigido al señor Mayor Yilen Toro, en donde se indica *"Dando alcance a la comunicación oficial del asunto y teniendo en cuenta que la orden a tener en cuenta fue impartida desde hace ocho días, datada con fecha calendario de 19/05/2014, infirmo al Señor Oficial que el nuevo plazo otorgado para el cumplimiento de mencionada, será el día de mañana martes 27/05/2014 a las 07:30 horas"* (fl. 93).

- Oficio No. S-2014-174469 DIRAF - PLAÑE - 29 de fecha 30 de mayo de 2014, suscrito por el Jefe de planeación DIRAF Teniente Coronel Jairo Humberto Pinzón Herrera, dirigido al señor Mayor Yilen Toro, en donde se indica *"El señor Oficial se servirá presentar el día de hoy con plazo 18:00 horas, las comunicaciones oficiales dirigidas a los señores Gerentes Técnicos de proyectos de inversión, a través de las cuales se debe recordar el cumplimiento de los compromisos y obligaciones de las metas para el mes de Junio para cada uno de los proyectos bajo seguimiento de esta Dirección."* (C Ifl. 94).

- Oficio No. S-2014-168029 DIRAF - PLAÑE - 29 de fecha 26 de mayo de 2014, suscrito por el señor Mayor Yilen Antonio Toro Carmona - Analista de Planeación DIREF, dirigido al jefe de planeación DIRAF teniente coronel Jairo Humberto Pinzón Herrera, en donde se indicó:

*"Teniendo en cuenta la orden impartida mediante comunicación oficial No. 167623, respetuosamente me permito solicitar a mi Coronel, estudie la posibilidad de darme un plazo de 2 días más para poder dar cumplimiento con lo ordenado mediante dicha comunicación.*

*Lo anterior teniendo en cuenta que estoy cumpliendo órdenes." (C Ifl. 96).*

-Oficio No. S-2014-158804-DIRAF-PLANE-29 de fecha 21 de mayo de 2014 suscrito por el jefe de planeación DIRAF teniente coronel Jairo Humberto Pinzón Herrera, dirigido al señor Mayor Yilen Toro, en donde se indicaron las directrices dadas para efectuar la programación y el seguimiento contractual de los proyectos de inversión (C Ifl. 97).

- Auto ordenando investigación disciplinaria INSGE-2014-156 (C1 fIS. 250 - 252).

- Auto evaluando indagación preliminar de fecha 22 de enero de 2015, en la que se dispuso la terminación del proceso y su archivo, junto con su notificación (C2 fis. 253 - 257).

A juicio de la Sala, el contenido de las referidas pruebas tan solo advierten la existencia de oficios, a través de los cuales, el jefe de planeación DIRAF teniente coronel Jairo Humberto Pinzón Herrera, requiere al demandante para que rinda informes dentro de los plazos indicados, sin que de los mismos por sí solos se logre demostrar el supuesto acoso laboral.

Debe precisarse que el haberse abierto dos procesos disciplinarios en contra del demandante no es indicativo de una persecución laboral, sino del cumplimiento de una obligación legal del superior funcional, evidenciándose en el presente caso que ninguno de los procesos disciplinarios adelantados en contra del actor, tienen que ver con los requerimientos que se le hizo a través de los citados oficios, sino por razones diferentes.

En este orden de ideas, colige la Sala que, como quiera que el demandante no aportó ninguna otra prueba que le permita al juzgador tener convicción plena de que la intención de quien profirió el acto acusado se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma, no resulta posible deducir la desviación de poder alegada.

Debe resaltarse que, a pesar que de la hoja de vida del demandante y de los testimonios recepcionados se concluye que en el ejercicio de los cargos ocupados tuvo un buen desempeño, lo que dio lugar a que se le efectuaran varias menciones de honor y condecoraciones, y que además no posee sanciones penales ni disciplinarias, el Consejo de Estado ha señalado, que este sólo hecho no limita la potestad discrecional de la Junta de Evaluación y Clasificación de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, toda vez que son atributos que deben observar todos los servidores del Estado.

Al efecto, señaló:

*«[…] Vale decir también sobre este tópico en particular, que las altas capacidades y logros académicos con los que pueda contar la demandante, no generan por si solas fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador, mucho menos constituyen plena prueba de la desviación de poder, pues ha sido criterio de la Corporación que* ***la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el buen cumplimiento del deber por parte del funcionario*** *[…]»*

En consecuencia, al no acreditarse la Desviación de Poder como causal invocada en contra del Acta No. 004-ADEHU-GUPOL 3.22 de 10 de octubre de 2013 suscrita por la Junta del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, no resulta posible acceder a las pretensiones de la demanda, por lo que se confirmará la sentencia de primer grado.

1. **COSTAS**

En cuanto a las costas, es pertinente, en primer lugar, señalar que son las erogaciones económicas en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar avante la posición que detenta en el juicio, y que se representan en los gastos ordinarios, las cauciones, el pago de los honorarios a los peritos, los gastos de publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina expensas. Así mismo, se comprenden en esta noción, los honorarios de abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho . De manera que, al hablar de costas, se entiende que se hace alusión tanto a las expensas como a las agencias en derecho .

Así mismo, el Consejo de Estado ha señalado que las costas incluyen “las agencias en derecho que corresponden al rubro por apoderamiento dentro del proceso y el juez los reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo los criterios del artículo 366 del Código General del Proceso”.

A efectos de determinar si procede la condena en costas, la Sala advierte que, en sentencia del 22 de febrero de 2018 , la Sección Segunda del Consejo de Estado Consejo de Estado recogió las posiciones anteriores adoptadas por las Subsecciones A y B de esa Corporación y señaló que para determinar las costas se debía adoptar un criterio objetivo valorativo, pues el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) impone al juez la facultad de disponer sobre la condena respecto de éstas, “(…) lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso”.

Así mismo, en sentencia proferida por la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado Consejo de Estado el 20 de septiembre de 2018 , se coligió que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes.

No obstante, en sentencia de la misma fecha, la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado Consejo de Estado , señaló que la condena en costas no puede ser impuesta de manera automática por el simple hecho de que una parte resulte vencida dentro del proceso, sino que para adoptar esa decisión, se debe establecer y estar comprobado en el proceso, que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena y además, las costas deben estar probadas en el proceso.

A su vez, en sentencia del 22 de octubre de 2018 de la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado , señaló que el juez dispone de la procedencia o no de la condena en costas, para lo cual “debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe (…)”.

Más recientemente, en sentencia proferida por la misma Sección Subsección "A", con ponencia del consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández el 29 de agosto de 2019, en el proceso Radicado No. 15001-23-33-000-2014-191-01 (2002-2015), actora María Ofelia Leguízamo Carranza, se acudió al régimen objetivo sin atención al criterio de temeridad.

Nótese que las citadas providencias plantean criterios opuestos, de manera que, evidenciada tal circunstancia, debe atenderse la postura que resulta más favorable a la parte vencida, pues al no existir en esa Corporación un pronunciamiento unificado en materia de costas, no puede hablarse de un precedente judicial vinculante para la autoridad judicial, es decir tal circunstancia faculta al juzgador para acoger el criterio que estime más ajustado a derecho.

En atención a lo señalado, la Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia.

1. **DECISION**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**Primero: CONFIRMAR** lasentencia proferida el 14 de mayo de 2020 por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se negó las pretensiones de la demanda presentada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por el señor **YILEN ANTONIO TORO CARMONA** contra el **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL,** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo:** Sin condena en costas en segunda instancia.

**Tercero:** Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados:

**FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS**

**FABIO IVAN AFANADOR GARCÍA**

**(Ausente con permiso)**

**LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA**

1. 3 Sentencia C-179 de 2006. Citada en sentencia C-445 de 2011. M.P. Humberto Sierra Porto [↑](#footnote-ref-2)
2. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. MP. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicación número: 05001-23-31-000-2005-07291-01(2986-13). [↑](#footnote-ref-3)
3. Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y se dictan otras disposiciones. [↑](#footnote-ref-4)
4. Consejo de Estado, Sección Primera. MP María Elizabeth García González, sentencia del 15 de febrero de 2018, radicación número: 68001-23-33-000-2017-01304-01(AC) [↑](#footnote-ref-5)
5. Sentencia de 25 de mayo de 2017, proferida dentro del proceso 2013-00362-01(5030-14) con ponencia del Consejero William Hernández Gómez. [↑](#footnote-ref-6)
6. Sentencia C-175 de 6 de mayo de 1993. Magistrado ponente doctor Carlos Gaviria Díaz. [↑](#footnote-ref-7)
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 13 de febrero de 2020, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Radicación número: 11001-03-25-000-2016-00177-00(0881-16). [↑](#footnote-ref-8)