



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, nueve (9) de octubre de dos mil catorce (2014)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 173

TEMAS:

FACULTAD DISCRECIONAL DE LA
POLICÍA NACIONAL PARA EL RETIRO
DE OFICIALES – DISCRECIONALIDAD
NO ES ARBITRARIEDAD DE LA
MEDIADA – JUICIO NECESIDAD Y
PROPORCIONALIDAD DE LA
DECISIÓN ADOPTADA COMO MARCO
DE ACCIÓN DEL CONTROL DE ESTE
TIPO DE DECISIONES

INSTANCIA:

PRIMERA

Decide la Sala, en primera instancia, el fondo del proceso de la referencia que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaura ANDRES FELIPE HENAO CASTAÑO, en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL.

I. ANTECEDENTES:

1.1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante lo siguiente¹:

¹ Fol. 23 del expediente



- 1.1.1. Que se declare la nulidad del Decreto N° 1135 de 31 de mayo de 2013, suscrito por el Doctor Juan Carlos Pinzón Bueno, Ministro de Defensa Nacional, a través del cual se dispuso por la facultad discrecional separar de forma absoluta del Servicio activo de la Policía Nacional al Mayor Andrés Felipe Henao Castaño, quien para ese momento se encontraba adscrito al Departamento de Policía de Sucre.
- 1.1.2. Que como consecuencia de lo anterior, la Entidad demandada, reintegre al servicio activo de la Policía Nacional al Mayor Andrés Felipe Henao Castaño en el grado que ostente sus compañeros de curso, cancelando los haberes desde la fecha que se le causó su retiro y en lo sucesivo hasta que se disponga su reintegro. Se ordene el ajuste del pago de los salarios y prestaciones que resulten a favor del actor, de conformidad con el parágrafo del artículo 187 del CPACA, hasta la fecha de ejecutoria de la providencia que decrete la nulidad y el restablecimiento del derecho del demandante.
- 1.1.3. Que se ordene el cumplimiento del acuerdo dentro del término establecido en el artículo 192 y 193 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.2. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA:

Fundamenta las anteriores pretensiones, en los hechos que a continuación el Tribunal procede a resumir:

Expresa que, el día 23 de octubre de 1998, mediante Resolución N° 003676, luego de culminar con excelentes resultados el curso de Oficiales de la Policía, fue nombrado como Subteniente de la Policía Nacional en el Centro de Escuela de Oficiales de la Policía Nacional.



Manifiesta que, luego de obtenido el grado de Subteniente, fue destinado a laborar en varias unidades con un excelente desempeño, por lo cual fue escalando en la jerarquía policial pasando por los grados de Teniente, Capitán y Mayor.

Sostiene que, para el mes de septiembre del año 2010, fue destinado a laborar en el Departamento de Policía de Sucre como comandante del Primer Distrito de Policía de Sucre, estando al mando del señor Coronel Polo Obispo y Salvador Gutiérrez, siendo calificado su desempeño en el rango Uno o Superior.

Indica que, el 12 de febrero de 2013, por medio de correo electrónico, presentó una solicitud de investigación en contra del señor Coronel Salvador Gutiérrez Lombana, Comandante de las Policía de Sucre, por persecución, maltrato y humillación.

Así mismo, expresa que mediante escrito del 23 de febrero de 2013, presentó petición ante el señor General Roberto León Riaño, Director General de la Policía Nacional, en el que solicitó el estudio de su hoja de vida y trayectoria policial, como quiera que tuvo conocimiento que el Coronel Salvador Gutiérrez Lombana, lo propuso para la Junta de Retiros.

Señala que, mediante Decreto N° 1135 de 31 de mayo de 2013, suscrito por el señor Juan Carlos Pinzón Bueno, Ministro de la Defensa Nacional, fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional, tomando como sustento la recomendación consignada en el Acta N° 002 APROP-GRUSE 3-22 de fecha 5 de febrero de 2013, realizada por la Junta de Evaluación y Calificación, en la que se concluyó que el actor no reunía las exigencias de confiabilidad que implica el cumplimiento de las funciones constitucionales y legales.

Menciona que, de las documentales allegadas al expediente se puede desprender que existen varias falsedades en que incurrieron los miembros de la Junta Asesora que recomendaron el retiro, pues en su decisión se omitió verificar la calificación de desempeño laboral del actor al igual que se olvidó solicitar el concepto del



comandante, asimismo, no se efectuó un examen exhaustivo a su hoja de vida y trayectoria policía, por quien pretendía retirarlo del servicio.

Destaca que, la operatividad para el año 2011, época en la cual el actor no se encontraba como Comandante del Distrito de Sincelejo, fue nula y pese a lo anotado, no se tomaron por parte del mando institucional acción alguna en contra del Comandante del Distrito de ese año.

Adiferencia de ello, en el caso del actor, precisa que luego de asumir el mando en el Departamento de Sucre, aumentó la operatividad, la cual se vio reflejada en la estadística correspondiente al año 2011 - 2012, en la que se observan que el decomiso de base de coca incrementó en un 61%, de marihuana en un 55.30%, armas incautadas en un 111,76%, casos de incautaciones 1.63%, capturas por orden judicial aumentó el 38%, lo que contrasta con la decisión de la Junta Asesora al recomendar su retiro.

Manifiesta que, durante los años 2011 y 2012, fue calificado en su desempeño laboral en el Grado Uno o Rango Superior, no siendo sancionado disciplinaria ni penalmente en dichos periodos hasta la fecha de su retiro; lo anterior según el Decreto N° 1800 de 2000, artículo 42, numeral 5, lo hace acreedor a estímulos y no al retiro, basándose en el formato de calificación de desempeño laboral y en el Oficio S-2013-012751 JEFAD, ARTAH 29, firmado por el señor Intendente Julio Berrio Romero Jefe de área de Talento Humano. Destaca además que, conforme a la información de la Oficina de Talento Humano de la Policía, el desempeño laboral que antecedió al retiro fue en la lista UNO O RANGO SUPERIOR, lo que significa que cumplió con los parámetros señalados en el artículo 218 de la C.P.

Resalta que, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Para la Policía Nacional, no solicitó la información del desempeño laboral, penales, disciplinarios, ni concepto de los Comandantes del actor para la toma de su decisión, con lo cual se vulnera la ley, y la jurisprudencia, donde se establece que la junta debe evaluar el desempeño de los miembros que van a ser retirados del servicio.



Narra que, el actor en el período que antecedió a su retiro obtuvo una calificación del desempeño laboral en el Rango Superior o Lista Uno y así mismo, recibió condecoraciones y medallas por su excelente servicio, por tanto considera hubo una mala aplicación de la facultad discrecional.

Indica que, los registros tenidos en cuenta para sustentar el retiro del actor, fueron en total cinco (5) del año 2012, exponiendo que fue por venganza y persecución del coronel Salvador Gutiérrez Lombana en contra del actor; estableciendo que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, en el Acta N° 002, que recomienda el retiro del accionante, no tuvo en cuenta el Formulario de Seguimiento del periodo enero a mayo del 2013 que antecede al retiro, como tampoco los registros de más de 100 cien anotaciones positivas de enero a mayo de 2012 y de junio a diciembre de 2012.

Refiere que, actuando como Comandante de Distrito, debido a la problemática de homicidios que se venía presentando en el Departamento y en especial el Primer Distrito de Policía Sincelejo, emitió las correspondientes órdenes de servicio, lo cual contrasta con lo decidido por la Junta Asesora que recomendó el retiro y con lo decidido en el acto demandado, pues es claro el nivel de gerenciamiento y profesionalismo con el que actuó, tendientes a reducir el delito de homicidio en el departamento, a tal punto que quedó registrado en el formulario de seguimiento de la hoja de vida.

Precisa que, mediante correo electrónico de febrero 12 de 2013, dirigido al Director General de la Policía, el actor, denunció hechos de persecución y violación de sus derechos por parte del señor Coronel Salvador. Así mismo, con fecha de 23 del mismo mes y año, solicitó al Director General de la Policía, abstenerse de solicitar su retiro por la facultad discrecional, pues tenía conocimiento que el señor Salvador, en venganza por la denuncia presentada de acoso laboral, le había solicitado el retiro. Sin embargo, el general guardó silencio y una vez el Coronel llegó a la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional,



recomendó su retiro, sin tener en cuenta los más de trece (13) registros positivos por operatividad y lucha contra la delincuencia, desconociendo además que durante el año 2013, el actor no reportó ni un solo registro negativo, sin verificar su calificación de desempeño laboral y los conceptos de los Comandantes.

Menciona que, es claro que el actor interpuso la denuncia por acoso laboral y persecución de parte del señor Coronel Salvador Lombana, en ambas señalando su posible retiro del servicio, tal como lo predijo efectivamente ello tuvo incidencia en su caso y más adelante fue retirado de la Policía Nacional sin ningún antecedente válido, desconociendo las notificaciones efectuadas, hecho que se aceleró, puesto que el Coronel Salvador Arana (Sic) fue trasladado a la Dirección de Talento Humano, precisamente donde llegan las solicitudes de retiro acelerando su decisión.

Por último, menciona que fue retirado del servicio por mejoramiento del mismo, sin embargo, una vez retirado, tanto los homicidios como los hechos delictivos incrementaron de forma alarmante (atracos, fleteo, etc.) hasta tal punto que tuvo que venir el Ministro de Defensa y el Director de la Policía a realizar Consejo de Seguridad en Sincelejo, y se han realizado marchas, pronunciamientos de la ciudadanía, quejas las cuales han quedado registradas en los distintos medios de comunicación e incluso en Consejo (sic) Municipal ha sesionado sobre la materia (ver registros periodísticos y estadísticas).

1.3 NORMAS VIOLADAS:

Se citan como normas violadas:

- Constitución Política. Artículos 4, 6, 25, 28,48 y 49.
- Tratados Internacionales Aprobados y Ratificados por la Ley Colombiana
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículos 1, 8, 23.
- Jurisprudencia: Sentencias T - 1010 de 2000, T - 237 de 2001, T-816 de 2002, C-179 de 2006, T-995 de 2007, T-569 de 2008.



1.4 CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:

Como concepto de violación, trajo a colación en primer lugar el instructivo N° 043 de abril 23 de 2004, Mayor General Jorge Castro Castro, en el que de forma clara se observa que las razones para retirar a los policías de la institución debe estar encaminadas exclusivamente al mejoramiento del mismo y nunca a motivos de orden disciplinario o penal. Precizando sobre estos últimos, que obligatoriamente y en los términos de ley, se deben surtir los tramites respectivos. Adicionalmente, menciona que el instructivo acota tajantemente que el mando institucional recalca una vez más la responsabilidad que trae consigo la utilización de la medida discrecional, la cual puede conllevar consecuencias jurídicas, como la acción de repetición, por su inadecuada utilización.

Sostiene que, la naturaleza y finalidad de las carreras de la Fuerza Pública permiten el retiro discrecional de sus integrantes sin que se vulnere el debido proceso y derecho de defensa, siempre y cuando obedezca a razones objetivas discutidas, demostradas y puestas en conocimiento de los afectados para que las controviertan siguiendo el proceso legal establecido.

Considera que, en el presente caso, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa (Acta N° 002 APROP-GRUSE 3-22 de 5 de febrero de 2013), no consultó su desempeño laboral, sus antecedentes disciplinarios, penales, administrativos, de inteligencia, contrainteligencia, omitió al igual solicitar el concepto del Comandante Director del actor, no encontrándose razón del por qué se recomienda su retiro de la Institución Policial, lo que constituye una falsa motivación y un abuso de poder, haciendo caer en error al Ministro de la Defensa Nacional al expedir el Acto Administrativo Demandado Decreto 1135 del 31 de mayo de 2013, hecho que genera no sólo la violación de los derechos fundamentales del accionante, sino que además incurre a los miembros de la Junta Asesora en el delito de Prevaricato por acción, al transgredir violaron la ley y la jurisprudencia sobre la materia.



Así mismo, manifiesta que los argumentos motivantes del Acta N° 002 son falsos, puesto que en la hoja de vida y formulario de seguimiento del actor, existen más de 131 registros positivos de operatividad y gestión contra la delincuencia, además los registros que anteceden al retiro, esto es, junio a diciembre de 2012 y enero a mayo de 2013, no fueron valorados a la hora de expedir dicho acto. En síntesis, considera que con su expedición se han violado derechos fundamentales como del debido proceso, defensa y mínimo vital y además los parámetros que plantea la Ley 857 de 2003, los cuales establecen normas expresas que a su vez regulan el retiro de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, como también lo dispuesto en el Decreto 1791 de 2001, en lo relacionado a las normas de carrera de dicho personal.

1.5 TRÁMITE DEL PROCESO:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 13 de enero de 2014 (fol. 1-29).
- Admisión de la demanda: 3 de marzo de 2014 (fol. 152).
- Notificación a las partes: 4 de marzo de 2014 y 10 de marzo de 2014 (fol. 153-168).
- Contestación de la demanda: 3 de julio de 2014 (fol.184-194)
- Audiencia inicial: 15 de julio de 2014 (fol. 211-214C2).
- Audiencia de pruebas. 12 de agosto de 2014 (fol.236-238C2).
- Traslado de alegatos: 27 de septiembre de 2014 (241 a 256 y 263 a 270C2)
- Concepto del Ministerio Público: 2 de septiembre de 2014 (fol.271 a 279C2).

1.5.1 RESPUESTA A LA DEMANDA:

La entidad demandada contestó en término, en memorial visible a fol. 184 a 194, en donde manifiesta que se opone a todas las pretensiones de la demanda.



Sostuvo que, el retiro del actor se realizó con fundamento en los artículos 1 y 2 numeral 5, 4 de la Ley 857 de 2003 y no en el Decreto 1800 de 2000, por el cual se dictan normas para la evaluación del desempeño del personal uniformado de la Policía Nacional, por tal motivo, el único requisito que establece el legislador para aplicar el retiro del servicio activo de la Policía Nacional por Voluntad del Gobierno Nacional, es el concepto previo de la respectiva Junta y no como erradamente lo pretende hacer ver el apoderado del actor al manifestar que no se podía aplicar el retiro toda vez que el actor fue calificado en el Rango Superior.

Desmiente el argumento referente a que el retiro del actor se debió a represiones o repercusiones en su contra, puesto que en el acta N° 002 APROP-GURRE-3-22 suscrita por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, a través de la cual se recomienda el retiro del servicio indica que el mismo no reunía las exigencias de confiabilidad que implica el cumplimiento de las funciones constitucionales y legales, lo que quedó evidenciado en el formulario de seguimiento y evaluación del año 2012, retiro que fue motivado en reiterados registros que afectan el servicio policial, luego entonces considera que no es cierto el cargo elevado en la demanda, puesto que existe motivación del acto y está demostrado que fue expedido para los fines consagrados en la norma que lo autoriza.

Comparte lo referente que a la fecha de retiro del servicio al actor no le figuraban investigaciones penales, disciplinarias, pendientes, ni tenía anotaciones de inteligencia o judiciales, sin embargo, ello no quiere decir que en su caso no sea posible hacer uso del retiro del servicio por voluntad del Gobierno Nacional, toda vez que el único requisito que legalmente se exige, es la recomendación de la respectiva junta médica, la cual se llevó a cabo el día 5 de febrero de 2013, tal como consta en el Acta N° 002, en la cual quedaron plasmadas las razones objetivas y razonadas para retirar al actor del servicio, por tal motivo no existe prueba que desvirtué la legalidad del acto acusado.



Pone de presente que el Honorable Consejo de Estado, en sentencia de 20 de marzo de 2013, Exp. 0357-2012, en cuanto a la idoneidad y buen desempeño de los miembros militares, manifestó que “...en tratándose de decisiones discrecionales como la acusada, el registro en la hoja de vida del actor de unas calificaciones superiores en el desempeño de las funciones constitucionales y legalmente asignadas no generan por si sola fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad discrecionalidad que el ordenamiento le concede al nominar 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 si solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario.

Así mismo, cita las Sentencia de 3 agosto de 2006 (0589-05) y 22 de febrero de 2007, expediente (6408-05), destacando de ellas, que el buen desempeño de un empleado es una obligación legal y constitucional, en ese sentido las felicitaciones, buena conducta y la ausencia de sanciones disciplinarias no atan *per se* a la administración y no generaran un factor de inamovilidad o garantía de estabilidad puesto que pueden existir razones del servicio que aconsejan la remoción del servicio si la institución ha perdido confianza en su desempeño policial.

Refiere que, por el hecho que el Mayor Henao haya puesto una queja en contra del señor Coronel Salvador Gutiérrez, ante el Director General el 23 de febrero de 2013, por presunto acoso laboral, ello no quiere decir que esa sea la causa que llevó a la Junta Asesora a recomendar el retiro del servicio, principalmente por que dicha sugerencia fue dada el 5 de febrero de 2013, es decir, tiempo antes de haberse presentado al queja.

Por último, concluye que en el proceso, no hay prueba que acredite que la expedición del acto acusado, se haya proferido con desviación de poder o falsa motivación, como tampoco que el retiro del actor se produjera para desmejorar el servicio policial, en ese sentido, se deberán negar las súplicas de la demanda.



1.5.2 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO²:

En esta oportunidad procesal las partes presentaron sus alegatos de conclusión. Así:

La parte actora en su escrito de alegatos reiteró los argumentos expuestos en la demanda presentada y conforme a ello, solicita se acceda a las súplicas invocadas en la misma.

Así mismo, la demandada en esta oportunidad nuevamente reitera que el acto acusado no está viciado de nulidad pues en él se plasmaron los motivos para retirar del servicio al actor, los cuales se ajustan a la ley y a los reglamentos de la institución, en ese sentido solicita se nieguen las súplicas de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO³: El Procurador 44 Judicial II, delegado ante este Tribunal, mediante escrito de fecha 2 de septiembre de 2014, rindió concepto en los siguientes términos:

Teniendo como sustento la evidencia probatoria aportada al proceso, manifestó que no deben prosperar las pretensiones de la demanda, toda vez que no se logró comprobar plenamente que el retiro del servicio de la Policía Nacional efectuado obedeció a motivos ocultos o personales como lo afirmó en algún momento el actor, al sostener que su salida no estuvo rodeada de las garantías procesales a las que tiene derecho y que estaba siendo objeto de abuso de poder, humillaciones y demás violaciones que no quedan plenamente demostradas dentro de la actuación procesal, por lo cual se concluye que la decisión de su retiro se fundamenta en razón del servicio y el mejoramiento del mismo.

² Fol. 241 a 256 y 271 a 279 C2.

³ Fol. 271 a 279 C2



Precisa que, de los resultados de la Evaluación y Calificación se verifica que para el 24 de mayo, 1 de junio y 22 de junio de 2012, hubo aumento considerable en los índices de criminalidad, atracos y micro tráfico en el que se reportaron capturas de responsables, registrándose poca reacción policial y falta de aplicación de la Estrategia Nacional Contra el Delito, en comparación con las estadísticas del año 2011, para lo cual el demandante tampoco proporcionó pruebas contundentes que desvirtúen estos resultados, usando como fundamento fáctico a la declaración de nulidad del Decreto N° 1135 de 2013, los reconocimientos de los que fue acreedor durante los años anteriores, lo que no justifica su bajo rendimiento durante el año 2012, y de las consecuencias que acarrea su déficit en el desempeño laboral.

Por otro lado, trajo a colación lo consignado en la demanda, específicamente en los hechos, en donde el actor manifiesta que esta decisión de la institución obedece a una retaliación y persecución del Coronel ante el inconveniente que se presentó el cual fue registrado en su hoja de vida con fecha de 5 de junio de 2012, el señor Andres Felipe Henao no presenta prueba alguna que tal decisión se profirió con desviación de poder o falsa motivación, tampoco se presentó reclamación contra esta anotación lo que implica tácitamente su aceptación.

Por último, destaca que por tratarse de altos oficiales de la Fuerza Pública, existe cierto grado de discrecionalidad para llamarlos a ascenso o calificación de servicios teniendo en cuenta el principio de conveniencia que resuelve este tipo de decisiones.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Cabe advertir que la Sala no observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto, previas las siguientes consideraciones.



2.1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN, DE LA DEMANDA Y DE SENTENCIA DE FONDO, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

En este punto y como condición para la decisión de fondo del proceso, se pronuncia el Tribunal sobre los presupuestos procesales atinentes a la acción y la demanda, la jurisdicción y competencia, la capacidad para comparecer al proceso, las formalidades de la demanda, la capacidad de los litigantes para ser partes, el ejercicio del derecho de postulación, la caducidad y la legitimación en la causa.

La Sala considera que los presupuestos procesales atinentes al medio de control y a la demanda se encuentran reunidos, existiendo demanda en forma a la luz de los artículos 161 y 162 del C.P.A.C.A.

Con relación a los requisitos de procedibilidad, es claro que efectivamente sí se agotaron dado que, por una parte, frente al acto demandado no procede el recurso alguno (fol. 39 a 40C) y por otro lado, se agotó debidamente la etapa de la conciliación previa (fol. 31C).

En cuanto a la caducidad, se tiene que la misma no ha operado, puesto que se presentó en término tanto la conciliación que suspende este fenómeno, como la demanda, contado desde la fecha de notificación del acto, esto es 14 de junio de 2013 (fol. 44 C-1 Ppal.).

Es competente esta Corporación para conocer, en primera instancia, del presente medio de control, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 155 del C.P.A.C.A.

La legitimación en la causa, igualmente se encuentra acreditada por parte de la Nación Ministerio de Defensa Policía Nacional, por ser la entidad demandada la que expidió el acto administrativo cuya nulidad se solicita, al igual que con relación al demandante, Mayor, Andres Felipe Henao Castaño, quien pretende el reintegro al



servicio activo de la Policía Nacional en el grado que ostenten sus compañeros de curso.

2.2. DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ACUSADOS:

Pretende la demandante se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto N° 1135 de mayo 31 de 2013, proferida por el Presidente de la República, a través del cual se decidió separar del cargo al actor de forma absoluta y por las facultades discrecional del servicio activo de la Policía Nacional.

Por lo anterior, le corresponde a la Sala realizar el análisis de legalidad del acto determinado, teniendo en cuenta el marco propuesto por la demandante en el acápite de normas violadas y concepto de la violación.

Conforme los planteamientos de las partes, es menester abordar, el siguientes problema jurídico:

¿Se ha demostrado que el acto administrativo discrecional de retiro del servicio del demandante, no llena los requisitos consagrados en la norma que regula el control de este tipo de actos, es decir, ser adecuado a los fines de la norma que lo autoriza o proporcional a los hechos que le sirven de causa (artículo 44 del C.P.A.C.A.)?

Para solucionar este interrogante, es necesario que la Corporación entre a estudiar los siguientes temas: **i.)** Marco normativo del retiro discrecional del servicio para el personal de Oficiales de la Policía Nacional - Facultad discrecional. **ii.)** El caso concreto.

2.3. RETIRO DEL PERSONAL DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LA POLICÍA NACIONAL:

La Corte Constitucional, ha precisado el alcance del artículo 125 inc. 2 de la C.P., norma esta según la cual, el retiro de los empleados de carrera se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen



disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la Ley. Así las cosas, la misma constitución en la norma comentada, autoriza a la ley para fijar causales de retiro del servicio, no previstas en la Constitución Política. Por lo anterior, ha de entenderse que existen una serie de regímenes especiales, a los cuales por sus características particulares del servicio que se presta, tienen una regulación que se sale de las normas generales de carrera (ver C-368/99, C-108/95 y C-525/95 y C-356/94).

En la sentencia C-525 de 1995, la Corte Constitucional precisa que el régimen de carrera para los miembros de la Policía Nacional es especial y distinto al de la carrera administrativa general. Lo anterior, dado que el artículo 218 superior dispone respecto de la Policía Nacional que *"la ley determinará su régimen de carrera, prestacional o disciplinaria"*. Con ello se está reconociendo de manera concreta que estos servidores poseen un régimen especial en su carrera policial. Dicha norma está en concordancia con lo dispuesto en los artículos 219, 220, 221 y 222.

Es claro que por la naturaleza especial de este cuerpo armado requiere de un régimen especial, y así lo ha dispuesto el constituyente. Por ello las normas de carrera del personal de la Policía están contenidas en el Decreto-Ley 1791 de 2000, expedido por el Presidente de la República en cumplimiento de las facultades conferidas por la Ley 578 de 2000.

Igualmente, el legislador ordinario, a través de la Ley 857 de 2003, consagró y adicionó el Decreto-Ley 1791 de 2000, en lo relacionado con los oficiales y suboficiales de la mencionada institución policial, normativa esta, que por su importancia en el presente caso, la Sala trae a colación:

“La Ley 857 de 2003, por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto-Ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones señala:



Artículo 1º. Retiro. *El retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, es la situación por la cual este personal, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.*

El retiro de los Oficiales se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional. El ejercicio de esta facultad, podrá ser delegada en el Ministro de Defensa Nacional hasta el grado de Teniente Coronel.

El retiro de los Suboficiales se efectuará a través de resolución expedida por 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 Nacional para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de Oficiales Generales. La excepción opera igualmente en los demás grados, en los eventos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, cuando no supere la escala de medición del decreto de evaluación del desempeño y en caso de muerte.

Artículo 2º. Causales de Retiro. *Además de las causales contempladas en el Decreto-Ley 1791 de 2000, el retiro para los Oficiales y los Suboficiales de la Policía Nacional, procederá en los siguientes eventos:*

Artículo 4º. Retiro por Voluntad del Gobierno o del Director General de la Policía Nacional. *Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional para el caso de los Suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los Suboficiales.*

El ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo podrá ser delegado en el Ministro de Defensa Nacional, para el caso de los Oficiales hasta el grado de Teniente Coronel y en los Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación para el caso de los Suboficiales bajo su mando, observando el procedimiento que sobre el particular se señale en cuanto a composición y recomendaciones en el evento de tal delegación respecto de la Junta Asesora y de Evaluación y Clasificación de que trata el inciso anterior.

Parágrafo 1º. *La facultad delegada en los Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación a que se refiere el inciso anterior se aplicará para los casos de retiro del personal Nivel Ejecutivo y Agentes bajo su mando, a que se refiere el artículo 62 del Decreto-Ley 1791 de 2000.*

Parágrafo 2º. *Los funcionarios competentes serán responsables por la decisión que adopten de conformidad con la Constitución y la ley.*



Por otra parte, en la misma providencia de la Corte Constitucional se determina que por ser la Policía Nacional una organización especial (Cuerpo Armado Civil), requiere de mecanismos ágiles para la urgente y necesaria depuración de su personal. En la providencia en mención se aclara:

“... Por ello resulta a penas razonable y lógico que en una institución de esta naturaleza sus directivas tengan las más amplias facultades legales y reglamentarias para remover a aquellos de sus miembros, cualquiera que sea su rango o condición, cuando falten a los principios morales y éticos que deben regir su accionar. Si ello resulta lógico en cualquier tipo de entidades estatales, o aún particulares, con más razón lo es en el caso de la Policía Nacional. [...] En este caso la discrecionalidad del gobierno y de la Dirección general de la Policía está justificada en las razones del servicio, y requiere en el caso del artículo 12 del Decreto 573 de 1995, del aval previo del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores, y en el del artículo 11 del Decreto 574 de 1995, del aval previo del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos. Estos comités tienen a su cargo el examen exhaustivo de los cargos o razones que inducen a la separación -el primero- de oficiales o suboficiales, o de agentes, el segundo. [...] No se trata pues de un procedimiento arbitrario, sino de una decisión fundamentada en la evaluación hecha por un Comité establecido legalmente para el efecto (Arts. 50 y 52 del Decreto 041 de 1994), y motivada en las razones del servicio. Se trata entonces de una discrecionalidad basada en la razonabilidad, sobre lo cual ya esta Corporación ha sentado jurisprudencia [...] Se advierte, sin embargo, que esta discrecionalidad no puede entenderse como regla general, sino que es excepcional, para situaciones como la que ahora ocupa la atención de la Corte; cuando, en eventos diferentes, se trata de la aplicación de sanciones por parte de la autoridad, debe respetarse el debido proceso, y el inculpado debe ser oído en descargos. [...] En el caso de la Policía Nacional, las razones del servicio están básicamente señaladas en la propia Constitución Política (art. 218), a saber: el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.[...] Las razones del servicio imponen un deber, el cual se cumple con la decisión oportuna que se adopte en defensa de la tarea que la Constitución y las leyes le confían a la institución, la cual se desvirtúa cuando no se cuenta con un personal que, por sus condiciones morales no se amolde a la naturaleza de su función. En el caso concreto de la Policía Nacional, en el cual los valores de la disciplina, la moralidad y la eficiencia adquieren características relevantes, considerando la naturaleza de la misión a ella encomendada, el instrumento de la discrecionalidad en cabeza de sus directivas, en lo que toca al mantenimiento o remoción del personal subalterno -tanto de oficiales y suboficiales como de agentes-, cobra especial importancia [...] Es apenas obvio, y no requiere de mayores explicaciones, que es de interés general, el que la Policía Nacional cumpla a cabalidad la altísima misión a ella encomendada y que en su seno no tengan cabida elementos cuya condición moral o cuyas aptitudes para el desempeño de esa labor no sean los más idóneos. [...] En otras palabras, el retiro previsto en ellas tanto de oficiales y suboficiales como de agentes, no es a título de sanción, sino, que como se había explicado, éste se origina en un acto discrecional plenamente justificado. Cabría hablar de violación del debido proceso, si se tratara de aplicar sanción sin que hubieran mediado las formas propias de un proceso penal o disciplinario. Tampoco puede hablarse de violación al derecho de igualdad cuando previa



evaluación del caso particular se decide la remoción de un subalterno que, a juicio de la autoridad competente, no cumple con los requisitos mínimos exigidos para el desempeño de su función. Igual cosa podría decirse de la presunta violación del derecho al trabajo [...]”⁴

Lo dicho por la Corte, referido al Decreto 041 de 1994, debe entenderse predicable de la Ley 857 de 2003, nueva normativa de carrera.

En concordancia con lo anterior y con el artículo 44 del C.P.A.C.A., la CORTE CONSTITUCIONAL en decisión más reciente sobre el tema, al estudiar la constitucionalidad del artículo 4º parcial de la Ley 857 de 2003 y el artículo 104 del Decreto-ley 1790 de 2000⁵:

“El retiro discrecional por razones del servicio de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general. En ese orden de ideas, la recomendación que formulen tanto el Comité de Evaluación para las Fuerzas Militares, como la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación o Clasificación respectiva para los Suboficiales, debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en fin todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario.”⁶

Teniendo en cuenta los anteriores parámetros dados por la jurisprudencia constitucional, analicemos a continuación la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el asunto:

“En relación con el argumento del apelante, según el cual, la buena conducta y la eficiencia profesional en el servicio son causas que anulan el acto acusado, la Sala reitera que no se puede sostener que la idoneidad y el buen desempeño en el empleo limitan la

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-525 de 1995.

⁵ “ARTÍCULO 104. RETIRO DISCRECIONAL. Por razones del servicio y en forma discrecional, se podrá disponer el retiro de los oficiales y suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca. Cuando se trate de oficiales se requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se registrará por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto.”

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-179 de 2006.



facultad discrecional, pues bien pueden existir otros motivos que hagan aconsejable el retiro de los funcionarios. Además, tales cualidades no otorgan un fuero de inamovilidad. Debe entenderse que tales circunstancias son presupuestos indispensables y obligatorios del servidor público para desempeñar el cargo y no para crear un fuero de estabilidad. De otro lado, las normas que sustentan el retiro no exigen que previamente se realice un juzgamiento de la conducta del actor, como lo pretende la demanda, dado que lo que se persigue con el ejercicio discrecional del llamamiento a calificar servicios es la buena prestación del servicio y no la penalización de faltas, por ello no puede argumentarse la violación al derecho de defensa que debe garantizarse en los procesos disciplinarios. En otros términos, la facultad discrecional no está limitada al previo adelantamiento de procedimientos de otra índole, pues su fin es la búsqueda del bienestar general en el mejoramiento del servicio.”⁷

En anterior providencia, sobre la facultad discrecional, afirmó:

“El asunto se contrae a establecer la legalidad del Decreto 2294 del 9 de noviembre de 2000, por el cual se retiró del servicio al actor, por llamamiento a calificar servicios. Para tal efecto es necesario señalar que el acto demandado está fundamentado en el artículo 55 numeral 2° del Decreto 1791 de 2000, ‘Por el cual se modifican las Normas de Carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional’. El decreto 1791 de 2000 artículos 55 y 57 indican que para efectuar el retiro por llamamiento a calificar servicios en el caso de Oficiales, como el actor, existe como requisito que el funcionario a retirar hubiera cumplido 15 años o más de servicio, lo cual debe realizarse mediante acto administrativo expedido por el Presidente de la República. Ahora bien, la situación legalmente denominada ‘llamamiento a calificar servicios’ aplicada al grado de oficiales superiores, se da o es propia de una facultad que compete ejercer al Presidente de la República y al Ministro de Defensa, quienes integran el Gobierno, previo concepto de la Junta Asesora de la Policía Nacional, que no es vinculante ni obligatorio. Si lo fuera se desplazaría dicha facultad del Presidente a tal organismo asesor. Por ello el Acta de la Junta Asesora obedece solamente a la recomendación previa al acto de retiro, prevista en el Decreto 1791 de 2000, norma que no exige que dicha actuación deba notificarse, en tal virtud, el vicio de expedición irregular fundado en la falta de notificación no tiene vocación de prosperidad. En cuanto a la falta de motivación del acto acusado, es claro que el acto de retiro de servicio del actor, es un acto de carácter discrecional, condición por la cual no requiere de motivación alguna que indique cuál fue la razón que inspiró a la autoridad que lo profirió. Así mismo, la norma que lo fundamenta, no exige que ésta deba motivarse y por ende mal haría la administración en motivar un acto que no lo requiere. La decisión de llamar a calificar servicios a un oficial es una facultad discrecional que no requiere explicar los propósitos que animan el acto que la materializa. Cuando se

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”. Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO. 2 de agosto de 2007. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-10877-01(7880-05). Actor: LEONIDAS MOLINA TRIANA. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA –POLICÍA NACIONAL.



adopta una medida de tal naturaleza se presume inspirada en razones de buen servicio y el acto que la contenga lleva implícita la presunción de legalidad, desvirtuable mediante prueba en contrario. Precisamente esa presunción implica que la decisión no requiere ser motivada. Ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad profesional para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de sus funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues esto es lo mínimo que puede exigirse a todo funcionario. Teniendo entonces más de quince años de servicio, el Presidente podía ejercer, previa opinión de la Junta Asesora para la Policía Nacional, la facultad de retirar del servicio al oficial, no obstante que tuviera una brillante hoja de vida; y así lo hizo sin que se observe violación de las disposiciones invocadas en la demanda. En este orden de ideas, para la Sala resulta claro que el Tribunal de primera instancia, tuvo razón al considerar que no fueron demostrados los vicios endilgados contra el acto enjuiciado, por lo que se impone confirmar el fallo recurrido, mediante el cual se negaron las súplicas de la demanda.’⁸

En decisión más reciente que podemos calificar de hito sobre el tema, en una interpretación que armoniza no solo las normas legales aplicables, sino los principios y valores constitucionales, afirma el CONSEJO DE ESTADO:

“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 República⁹ 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.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO. 14 de junio de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2001-01809-01(6961-05). Actor: CARLOS ARTURO VILLA FAÑE JARAMILLO. Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL.

⁹ 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.”.



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. ...

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 judicial¹⁰. 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.”.*

...

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,*

¹⁰ 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.”.



- 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.”¹¹*

Por lo anterior, podemos concluir claramente que la facultad discrecional debe estar soportada en elementos objetivos dentro de los cuales el juez pueda entrar a valorar en su adecuación a los fines de la norma y la proporcionalidad de los hechos que le sirven de causa, la medida adoptada, dado que interpretar de otra forma sería dar patente de corso para adoptar decisiones con total libertad y sin ningún parámetro racional de control.

En decisión que si bien no hace alusión a los miembros de la fuerza público o de la policía, si tiene relación con personal frente a los cuales existe similitud de las funciones que presta, y la facultad discrecional de su remoción, los empleados del DAS, afirmó el CONSEJO DE ESTADO:

“Ahora bien, la facultad discrecional debe ceñirse a unas razones objetivas de conveniencia, las cuales pueden estar presentes, tanto (i) en la hoja de vida del funcionario afectado con el retiro, (ii) en los archivos de la entidad o (iii) llegado el caso en sede judicial, al indicárselas al juez en la etapa pertinente en el curso del proceso. Por lo que resulta, la obligación de explicarle y demostrarle al juez cuáles fueron las razones de inconveniencia que llevaron a la administración a tomar la decisión, en virtud de la defensa del principio de legalidad.”¹²

Por lo anterior, es claro para la Sala, que la finalidad perseguida por la decisión discrecional de remoción del personal de la Policía Nacional, deben existir elementos de prueba y soportes objetivos de donde el juez al momento de realizar su control frente a la decisión adoptada, pueda valorar de forma razonable que existen motivos imparciales frente a los cuales se pueda inferir a través de un razonamiento lógico,

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 25 de noviembre de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-06792-01(0938-10). Actor: RENE TRIANA RIVERA. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL.

¹² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 3 de diciembre de 2009. Radicación No. 0500112331000200203928 01. Expediente No. 2054 -2008. Actor: JESÚS ALFONSO JARAMILLO LONDOÑO. AUTORIDADES NACIONALES.



que la decisión si va a cumplir los fines del mejoramiento del servicio pretendido, razones por las cuales, constituye un elemento esencial de prueba, la historia laboral del desvinculado, en donde se puede soportar, ya sea, se reitera, la racionalidad de la decisión o por el contrario su irracionalidad y por tanto su arbitrariedad.

Por lo anterior, las razones del servicio que justifican la decisión administrativa, deben basarse en la finalidad primordial de la Policía Nacional, que no es otra que *“... el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.”* (artículo 218 de la C.P.).

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 este, y por ende, debe la institución estar habilitada para remover a quien por cualquier motivo impida la consecución del fin propuesto.

En armonía con lo expuesto, son pues, las razones del servicio, las que permiten corregir los medios para asegurar el fin, sin que ello implique arbitrariedad; la discrecionalidad de los altos mandos en lo que se refiere a la desvinculación de oficiales, debe basarse entonces en las razones del servicio que tienen que preservar y aplicar. Como se ha señalado, la decisión que tome el Gobierno Nacional, debe ser una decisión razonada con base en el informe previo de la respectiva Junta Asesora, con lo cual se evita la arbitrariedad. Las razones del servicio imponen un deber, el cual se cumple con la decisión oportuna que se adopte en defensa de la tarea que la Constitución y las leyes le confían a la institución, la cual se desvirtúa cuando no se cuenta con un personal que, por sus condiciones morales no se amolde a la naturaleza de su función.



Bastan las anteriores consideraciones legales y jurisprudenciales para analizar:

2.4. EL CASO CONCRETO

Conforme lo decantado por la H. Corte Constitucional¹³, el retiro discrecional por razones del servicio de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general, situación que es acompañada con la posición ya expuesta del Consejo de Estado, quien adicionalmente posibilita demostrar las razones del buen servicio que dan lugar al retiro dentro del proceso jurisdiccional, por lo que conforme a lo anterior, se deberá analizar el caso concreto.

Es claro que, la recomendación que formule la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en fin de todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario.

En armonía con lo anotado, el *Sub-examine*, la Sala encuentra que la entidad demandada sí realizó el mentado análisis, precisando los hechos o situaciones del actor que sugirieron su retiro del servicio, por tanto, se trata de una decisión de retiro que cuenta con un soporte razonable, objetivo y proporcional al fin de eficiencia y eficacia de la institución, en aras de la prevalencia del interés general.

Obsérvese, en consonancia con lo dicho, que en el Acta No. 002 APROP-GRURE - 3 – 22 del 5 de febrero de 2013, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, sometió a consideración la solicitud de retiro del servicio, formulada en contra del Mayor Andrés Felipe Henao Castaño, concluyendo en su

¹³ Ver Sentencia C -179 de 2006, mediante la cual se estudió la constitucionalidad de la Ley 857 de 2003.



contenido que resultaba viable el retiro del servicio activo del actor, por considerar que no reunía las exigencias de confiabilidad que implica el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, basado en el formulario de seguimiento y evaluación correspondiente al año 2012, en el que se detallaron los continuos registros de anotaciones negativas que le fueron realizadas y puestas oportunamente en su conocimiento al señor Andrés Felipe Henao Castaño, entre ellas las siguientes:

“Día: 24-05-2012, al evaluado se le realiza la presente afectación negativa del analisis de criminalidad del período comprendido del 01° de enero al 23 de mayo de 2011-2011, donde se observa con enorme preocupación un incremento del 45% con (9) casos de homicidio en el Primer Distrito de Sincelejo. Es de anotar que este delito (Sic) que va en aumento en comparación con el año anterior.”¹⁴

“Día: 01-06-2012, Se realiza la presente afectación al señor Oficial por su falta de profesionalismo, compromiso, disciplina, liderazgo y trabajo en equipo, al no aportar resultados significativos de capturas relacionadas con microtráfico en la unidad bajo su mando en los diferentes planes de seguridad ciudadana ordenados por el mando institucional “plan Colombia Segura Estatuto de Seguridad Ciudadana”, motivo por el cual fue objeto de llamado de atención el Comando de Departamento ante los escasos resultados obtenidos”¹⁵

“Día: 05-06-2012, se le consigna la presente afectación al señor Oficial, por su falta de responsabilidad disciplina y compromiso institucional, por no estar atento a los requerimientos del Comandao del Departamento de Policía Sucre, a través del medio de comunicación (telefono institucional)...”¹⁶

“Día: 22-06-2012, se le hace el presente registro al evaluado, teniendo en cuenta que como Gerente del delito de Homicidio en el Departamento de Sucre, ha obtenido a la fecha un aumento significativo del 18% con (11) casos de homicidios en la unidad. Es de anotar que este delito va en aumento en comparación al año anterior afecta de manera visible los niveles de percepción y sensibilización de seguridad en la región sucreña (telefono institucional)...”¹⁷

*“Día: 11-10-2012, se inserta el siguiente registro en el formulario de seguimiento, toda vez que se observa poca reacción policial y la no aplicación de la estrategia nacional contra el delito de impacto que afecta la seguridad ciudadana , **los resultados de captura de los responsables de los homicidios es nula. El índice de inseguridad va en aumento, lo que genera una falta de confianza***

¹⁴ Ver folio 62 reverso C.1 y 167 C Pruebas, Notificado de su contenido.

¹⁵ Ver folio 64 C.1 y 168 C Pruebas, Notificado de su contenido.

¹⁶ Ver folio 64 reverso C.1 y 169 C Pruebas, Sin constancia de su Notificación.

¹⁷ Ver folio 66 C.1 y 171 C Pruebas, Notificado de su contenido.



ciudadana, perdida de credibilidad y mala percepción de seguridad en el municipio de Sincelejo y la región que lidera, como lo demuestra la estadística, donde se observa un resultado nulo en cuanto a la lucha contra este flagelo, permitiendo el aumento de las lesiones personales con arma de fuego...'¹⁸

De igual forma, se observa que en el propio texto del Decreto N° 1135 de 31 de mayo de 2013, suscrito por el Presidente de la República, se exponen las razones por las cuales se decide retirar del servicio activo al actor, siendo estas, los continuos registros negativos en sus formularios de seguimiento y evaluación durante el año 2012, transcritos en antecedencia en los cuales se demuestra los constantes llamados de atención que se le hacían debido al incremento de criminalidad y de homicidios en el departamento de Sucre.

En esa medida, aunque el actor sostenga por un lado que las anotaciones negativas en su hoja de vida son fruto de un posible acoso o persecución a que se vio sometido por parte del Coronel Salvador Gutierrez Lombana; tal circunstancia no fue acreditado en el proceso, contrario a ello, la revisión de las mismas, muestra que las mentadas anotaciones no fueron suscritas por quien pretende tildar de acosador, sino por otro Teniente Coronel, como lo es el Comandante Operativo de Seguridad Ciudadana Jhon Milton Arévalo Rodríguez, funcionario encargado en su caso de evaluar su desempeño policial (Ver Folios 45 a 47 ss. C.1 y 151 y ss. C Pruebas).

En este punto, es menester que se advierta que como ya se observó, el fin perseguido por la norma que posibilita el ejercicio de la facultad discrecional bajo estudio, es la consecución de los fines de la institución policial (artículo 218 de la C.P.) por lo que el no propender por estándares adecuados de protección de la vida de las personas, al aumentar el índice de homicidios en el distrito bajo su mando, hace que se cumpla con dicho parámetro de control.

¹⁸ Ver folio 70 C.1 y 175 C Pruebas, Notificado de su contenido.



La proporcionalidad de la decisión adoptada con los hechos que le sirven de causa, igualmente, a criterio de este Tribunal, se encuentra acreditada, dado que como ya se observó, por una parte, los supuestos fácticos que sirven de causa a la decisión, tienen relación directa con la afectación del principal valor humano, la vida y la consecución de la paz social, hecho este que no fue aislado, dado que como se anota tanto en la evacuación de la Junta Asesora, como en el Decreto, se presentan tres (3) observaciones en el año 2012 en relación con el tema del aumento de los índices de homicidios (24-05-2012, fol. 62 reverso; 22-06-2012, fol. 66; 11-10-2012, fol. 70), existiendo además otras anotaciones negativas en su registro de seguimiento (31-03-2012, fol. 54 reverso; 16-04-2012, 56 reverso; 27-04-2012, 58 reverso) todas relacionadas con el tema del aumento del índice de homicidios, por lo que claramente la actividad del demandante en el ejercicio de su función policial, no fue idónea para conseguir el fin institucional y por ello se encuentra demostrado que la decisión administrativa cumple con la proporcionalidad exigida por la ley.

Se resalta en este momento, que dentro de los compromisos concertados entre el actor y la institución policial para el año 2012 (fol. 45 y 46 C.1 y 151 y 152 C. Pruebas) se encontraba la reducción de los homicidios en un 10% con relación al año anterior, por lo que claramente las observaciones realizadas en la hoja de seguimiento de evaluación de sus servicios, buscaban el mejoramiento de este indicador, sin lograrlo en el año 2012, razón por la que su desempeño afectó negativamente el servicio policial, y por ello la decisión adoptada se encuentra adecuada a los fines perseguidos por la norma y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Se advierte además que la circunstancia de no existir en contra del actor sanciones disciplinarias, ni condenas penales, no es *per se* impeditiva del ejercicio de la especial facultad de retiro discrecional, pues precisamente esta última tiene un objeto y finalidad diferentes a la de aquellas, como lo es, la evitar la afectación en la prestación del servicio.



En este orden, para desvirtuar la legalidad del acto acusado, debía el demandante probar efectivamente los cargos planteados desviación de poder o el móvil soterrado al que hace referencia en su demanda, carga que no cumplió, entendiéndose entonces que el acto administrativo demandando, está respaldado por los supuestos de hecho que le dieron origen, el ejercicio de la facultad discrecional y por las normas vigentes que regulan el régimen policivo.

Con relación a lo anotado, es oportuno traer a colación lo previsto por el artículo 167 del C.G.P., que correspondía al 177 del C.P.C., los que señalan que la carga de la prueba incumbe a la parte que alega el derecho. Así como también el concepto jurisprudencial del Honorable Consejo¹⁹ de Estado quien en relación al mismo tema dijo:

(...)

“El concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadernamiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que desplieguen en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo.”

“Como fácilmente puede advertirse, el aspecto en últimas más trascendente de las reglas de la carga de la prueba se concreta en las consecuencias que se derivan de su no satisfacción, esto es, del no ejercicio de los derechos a la aportación o solicitud de práctica de pruebas o a la formulación de alegaciones dentro del proceso, si se tiene en cuenta que la finalidad de éste, para las partes, es la estimación o desestimación de la(s) pretensión(es) formulada(s) y que, por ello, dentro de él se lleve a cabo una instrucción encaminada a proporcionar al juzgador los elementos necesarios para que pueda efectuar la comparación entre los fundamentos de tal(es) pretensión(es) y el ordenamiento jurídico²⁰. Y el de las consecuencias del incumplimiento de la carga de probar o de alegar es el aspecto más relevante, habida cuenta de que la parte que desee obtener un resultado favorable a sus pretensiones necesitará probar y alegar todo aquello que sea útil y pertinente para la defensa de su posición.

¹⁹ Sentencia del 23 de junio de 2010, Radicado N° 76001-23-24-000-1996-02897-01/18468), Actor: Humberto Hernández Buritica y Otros contra el Municipio de Cartago.

²⁰ GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1.968, p. 312.



*“En otros términos, **«no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota»**²¹; las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta²², pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «non liquet» le obliga a resolver, en todo caso. Es entonces cuando las reglas de la carga de la prueba le indicarán en cabeza de cuál de las partes recaía la obligación de haber acreditado un determinado hecho y, por consiguiente, a quién corresponderá adscribir, en la sentencia, las consecuencias desfavorables derivadas de su no demostración, pues dichas reglas, precisamente, permiten al fallador cumplir con su función de resolver el litigio cuando falta la prueba, sin tener que abstenerse de dirimir, de fondo, la cuestión, para no contrariar, con un pronunciamiento inhibitorio, los principios de economía procesal y de eficacia de la función jurisdiccional. De ahí su importancia, pues (negrillas y subrayas propias)*

Así las cosas, como quiera que la parte actora no demostró los cargos formulados, no queda otro camino que negar las súplicas de la demanda.

2.5. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la no prosperidad de las pretensiones de la demanda, se condenará a la parte demandante al pago de las costas correspondientes a esta instancia. En firme la presente providencia, realícese la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

III. CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Judicatura concluye que el actor demostro la nulidad del acto administrativo que lo desvinculó del servicio policial, por lo que habran de denegarse las pretensiones de la demandada, por encontrarse ajustada su decisión al orden constitucional y legal vigente.

²¹ MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Praxis, Barcelona, 1967, pp. 48-49.

²² GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, I., cit., p. 318.



DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: DENIÉGUENSE las pretensiones de la demanda, de acuerdo a los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de primera instancia a la parte demandante. En firme la presente providencia, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** a la demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCÉLESE** su radicación, **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

El proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta N° 150.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Ausente con permiso