



Cartagena de Indias D.T y C., veinte (20) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

|                           |   |
|---------------------------|---|
| <b>Medio de control</b>   | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO            |
| <b>Radicado</b>           | 13-001-33-33-011-2013-00070-01                    |
| <b>Demandante</b>         | GERSON JULIO ZUÑIGA                               |
| <b>Demandado</b>          | NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL |
| <b>Magistrado Ponente</b> | ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS                     |
| <b>Actuación</b>          | SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA                    |
| <b>Tema</b>               | RETIRO DEL SERVICIO/FACULTAD DISCRECIONAL         |

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha treinta (30) de julio de dos mil catorce (2014), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda.

1.1. Pretende en actora en síntesis, que se declare la nulidad de la resolución No. 128 del 17 de julio de 2012, por medio de la cual se retiró del servicio activo de la Policía Nacional al Patrullero GERSON JULIO ZUÑIGA.

A título de restablecimiento del derecho se deprecia por el reintegro del citado servidor en el grado de patrullero o en uno equivalente o mejor y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir dese su desvinculación hasta que se produzca el reintegro.

### 1.2. Hechos.

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

- El 19 de julio de 2012 al señor Patrullero GERSON JULIO ZUÑIGA intempestivamente le fue notificada la resolución número 128 de 17 de julio de 2012, por medio de la cual se le retiró del servicio activo de la Policía Nacional por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.



-El actor tiene derecho a ser reintegrado como consecuencia de la nulidad del acto acusado.

### **1.3. Normas violadas y concepto de la violación**

Acusa el acto cuestionado de ser proferido con falsa motivación dado que la Policía Metropolitana de Cartagena, a través de su comandante tomó como soporte para el retiro discrecional un hecho cierto como fue la inasistencia al servicio pero al cual le dio una connotación jurídica negativa naturalmente equivocada y que para este tuvo relevancia ciertamente grave en la medida en que con ello se le retiró del servicio. Lo anterior por cuanto, la inasistencia tuvo lugar con ocasión a un retraso por razón a afectaciones de salud.

Agrega que la falsa motivación también se revela en la afectación del 19/02/2012 en la cual se hace constar un suceso que informa, sin ser cierto – según el actor –, del abandono de un vehículo de la Policía en el Municipio de Bosconia Cesar.

Igualmente acusa el acto de desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa en la medida en que en la afectación al comportamiento personal de 27/09/2011, bastó con que el actor dejara de concurrir a su trabajo para en los mismos días que se dieron esos sucesos insertarle la anotación de marras, sin efectuar el mas mínimo esfuerzo por verificar las motivación reales de esa situación, cuales eran que estaba incapacitado.

Se invoca la desviación de poder por cuanto pese a estar el actor durante a tres días continuos incapacitado se le efectuó afectación por no 'presentarse a laboral y al día siguiente de realizarse esta se le inserta otra por el simple hecho de que llegó retrasado y con un uniforme que supuestamente no correspondía al de ese día, hechos que por lo probado en nada afectaron el fin último de la policía nacional cual es el preservar los derechos ciudadano y mantener la armonía y tranquilidad de los habitantes del territorio nacional, pues se insiste ¿en que se perjudica el servicio policial mencionado si un gendarme por estar incapacitado no puede laborar y que escasamente se retrasa unos minutos en llegar a trabajar portando un uniforme que eventualmente no es el que corresponde a esos día, pero que de toda formas lo identifica como policial, con el agravante de que sobre esto último para esa época no había un plan previamente señalado respecto del uso del uniforme?.



## **2. La contestación<sup>1</sup>**

La accionada contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones.

Básicamente arguye que el acto impugnado fue expedido por el Comandante de la Policía Metropolitana de Cartagena en uso de una facultad discrecional que le fue otorgada por los artículos 1,2 numeral 5° de la ley 857 de 2003.

Aduce que se pretende desvirtuar las afectaciones que se le hicieron al actor en el formulario II de seguimiento, sin embargo, el decreto 1800 de 2000 en sus artículos 51 y 52 especifica el trámite y términos para efectuar un reclamo por ese tipo de afectaciones las cuales el actor no realizó y quiere debatirlas y subsanarlas en esta instancia.

Que el acto administrativo de retiro del señor JOEL HERNÁNDEZ DIAZ fue expedido por funcionario competente y con el lleno de los requisitos legales que exigía la normatividad en la cual debía fundamentarse.

El mismo se basó en el seguimiento que hacían los superiores del actor a las conductas demeritorias por temas de afectación y disposición para el servicio, afectación disciplinaria policial, afectación compromiso institucional, afectación dominio y conocimiento de su trabajo.

## **3. Sentencia de primera instancia**

La sentencia apelada declaró la nulidad del acto demandado y ordenó, a título de restablecimiento del derecho el reintegro sin solución de continuidad al señor GERSON JULIO ZUIGA como patrullero, adema del reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento en que se produjo el retiro del servicio hasta el momento en que se produzca el efectivo reintegro.

Para el efecto concluyó que en el asunto la Dirección de la Policía Metropolitana de Cartagena de Indias incurrió en violación de las normas de orden superior, tanto de orden constitucional como legal, al expedir el acto contenido en la resolución 128 de 17 de julio de 2012, al haber empleado la

<sup>1</sup> Fls.60 a 74 Cdno. No. 1



facultad discrecional para el retiro por voluntad de la Dirección solamente por faltas a la disciplina en que habría incurrido el señor GERSON JULIO ZUÑIGA sin explicar de manera concreta y precisa la forma en que el servicio se afectó, como puede mejorar y omitiendo sus deber de dar inicio a las investigaciones disciplinarias que puedan surgir por estas conductas y en donde se pueda hacer uso del derecho de defensa por parte del servidor retirado.

Subrayó que las afectaciones del comportamiento corresponden a elementos propios de la disciplina y den ser corregidas o sancionadas mediante el respectiva proceso disciplinario.

Arguyó que no puede confundirse la facultad discrecional que tiene el nominador de los servidores de libre nombramiento y remoción, con la facultad discrecional de retiro por voluntad de la Dirección General, pues la naturaleza de estos empleos no puede ser comparada en términos similares, y además tiene propósitos muy diferentes.

#### **4. Recurso de apelación<sup>2</sup>**

El censor acusa la sentencia por imponer la carga de la prueba a la Policía cuando quien tenía el deber de probar que el servicio desmejoro con su retiro fue el actor.

Atribuye yerro a la sentencia en cuanto a que sugiere que se evitó el procedimiento disciplinario, por cuanto para los registros existe una norma especial consagrada en el decreto 0 1800 de 2000 y ellos corresponden al sistema de evaluación que le corresponde a los miembros de la Policía Nacional.

Agrega que según la jurisprudencia del Consejo de Estado, corresponde al actor demostrar la condiciones excepcionales que lo diferencian de los compañeros para aferrar su estabilidad al cargo.

Aduce que cuando se motivó el acto administrativo (lo cual no es necesario según la normatividad vigente) se expresaron muchos motivos para mejorar el servicio y se dejó claro que no se realizaba a título de sanción.

Que al solicitar el señor juez de primera instancia que se debió decir en qué forma se mejoraría el servicio, desconoce cuál es la esencia del servicio policial, puesto que este tiene un fin constitucional y legal y se sobreentiende

<sup>2</sup> Folios 271 a 277 Cdno No. 2.





que el personal retirado por voluntad de la Dirección General no aporta elementos para mejorar la seguridad ciudadana.

Que el retiro por facultad discrecional es un acto que está precedido por una junta de evaluación y calificación que evalúa toda la trayectoria del uniformado y eso conduce precisamente a las faltas, sanciones, llamados de atención y en fin, toda conducta que afecte o no el servicio policial.

Que se equivoca el despacho al manifestar que por los hechos se debió adelantar una investigación disciplinaria por cuanto el decreto 1800 de 2000 en sus artículos 51 y subsiguientes expresa y reglamenta como se notifican y se someten a reclamo los registros.

Destaca que paradójicamente el retiro por voluntad de la Dirección General ha sido criticado por la jurisprudencia a lo largo de los últimos años por el deber de motivar los actos indicando un estudio juicioso y detallado de la hoja de vida de los uniformados, y hoy que se hace eso, origina la crítica del despacho habida cuenta que según el, los registros y sanciones que tengan los funcionarios de la policía a lo largo de su carrera no son de peso y no tiene fundamento para retirar a un funcionario.

## **5. Trámite procesal segunda instancia**

Mediante auto de fecha 08 de mayo de 2017, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada (fl. 615 Cdo. 2º instancia) y por auto de 6 de junio de 2017 (fl. 619 ídem) se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

## **6. Concepto del ministerio público**

En esta oportunidad, el Representante del Ministerio Público no emitió concepto.

## **II.- CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia sobre las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos de este circuito judicial.



## 2. Marco jurídico del recurso de apelación.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

**"Art. 320. Fines de la apelación.** El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: "*tantum devolutum quantum appellatum*".

## 3. Problema jurídico



Se contraerá a determinar si en el sub examine derribó el actor la presunción de legalidad del acto cuestionado.

Para desarrollarlo se determinara el alcance de la facultad discrecional de retiro de la Policía Nacional a la luz de la jurisprudencia.

### 3. Tesis

Se revocará el fallo apelado, dado que a juicio de la Sala, no se acreditaron los cargos endilgados al acto enjuiciado y de contera no se desquició la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo.

### 4. Argumentación normativa y jurisprudencial.

#### 4.1. De la facultad discrecional y su contexto legal.

La facultad discrecional, en tratándose del personal de oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, encuentra sustento en el decreto 1791 de 2000.

El artículo 55 del citado decreto, mismo que fuese sometido a control de constitucionalidad por la Corte Constitucional a través de la sentencia C – 253 de 2003, establece:

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

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



9. Por desaparecimiento.

10. Por muerte."

A su turno, la regla 62 de la aludida norma, también sujeta a cambios por el precitado fallo de control abstracto de constitucionalidad, expresa (se transcribe con apartes tachados por inexecutable):

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

La ley 857 de 2003 por su parte, en su artículo 4º dispone:

**"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."



#### 4.2. Del precedente de unificación de la Corte Constitucional respecto a la facultad discrecional y sus diferentes aristas.

La potestad discrecional, en nuestro sistema jurídico, no obstante ser aceptada, según las voces de la Corte tiene un límite fuerte en la prohibición de la arbitrariedad, que implica *“una garantía para el administrado y constituye, al propio tiempo, una pauta de control que ejercen los jueces para proteger los derechos e intereses de las personas con la mira puesta, fundamentalmente, en la defensa de sus libertades, y someter a la Administración al Derecho”*<sup>3</sup>.

Con todo y ello, debe precisarse que la facultad discrecional sigue siendo una importante herramienta para lograr los cometidos que la Constitución impone a la fuerza pública.

Por esas razones, de tiempo atrás se han venido fijado reglas de unificación en lo que hace relación con este asunto, especialmente sobre aquello que atañe con la motivación de los actos de retiro, pues de ello depende que los mismos no se muestren como actos arbitrarios.

Al respecto, la sentencia de unificación SU – 053 de 2015 por ejemplo, después de un amplio análisis que terminó en la consolidación del principio de discrecionalidad a propósito del retiro de los miembros de la Policía Nacional, decantó la idea del **estándar mínimo de motivación del acto de retiro** y la obligatoriedad para su confeccionamiento, de la valoración de las actas o informes de los comités de evaluación y hoja de vida, como presupuestos necesarios para cuestionar la presunción de legalidad del acto de retiro.

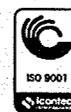
“(…)

**Motivo de unificación: el estándar de motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional en ejercicio de la facultad discrecional, es mínimo pero plenamente exigible**

*65. De todo lo expuesto hasta el momento, puede concluirse que, si bien en principio no existió una posición unificada entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la motivación de los actos administrativos, los estándares de los dos altos Tribunales hoy en día son sustancialmente similares.*

*Lo anterior, debido a que ambos entienden que la facultad discrecional debe estar encaminada a cumplir proporcionalmente el fin propuesto, el mejoramiento del servicio, por lo cual la Administración debe tener razones ciertas y objetivas que le permitan ejercerla y tales razones deben ser conocidas por el afectado.*

<sup>3</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Op., Pág. 216.





66. Esa interpretación que es la que han aplicado de forma mayoritaria los operadores jurídicos, no es la única, lo cual hace necesaria la intervención de los órganos de unificación de jurisprudencia, a fin de proteger el principio de igualdad y la coherencia del sistema jurídico, tal y como se explicó en acápite atrás.

Por ello, conjugando las tesis señaladas, la Sala Plena de esta Corporación, en ejercicio de tal función unificadora, pasa a proponer el **estándar mínimo de motivación** para que, en todo caso, prevalezca la interpretación que más se acompasa con los postulados del Estado Social de Derecho, el principio de legalidad y el respeto por los derechos fundamentales de los policías:

- i. **Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente deben motivarse en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible.**
- ii. La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado.
- iii. El acto de retiro debe cumplir los requisitos de **proporcionalidad y razonabilidad**, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio.
- iv. **El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional** que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional<sup>4</sup>. No obstante lo anterior, **la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro**, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad.
- v. **El afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro.** Por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado. En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales.
- vi. Si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservarán tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado. El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente.

<sup>4</sup> Según se explicó en los fundamentos 29 a 42 de esta providencia, la Policía Nacional cumple, entre otras, las funciones constitucionales de servir a la comunidad, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y proteger a todas las personas residentes en Colombia.



- vii. Si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro.

De esa manera, en caso de que los jueces de instancia ordinarios o constitucionales constaten la ausencia de motivación del acto de retiro, deben considerar la jurisprudencia de la Corte Constitucional para efectos de i) ordenar los eventuales reintegros a que tengan derecho los demandantes, y ii) determinar los límites a las indemnizaciones que les serán reconocidas. Específicamente deben observar la **Sentencia SU-556 de 2014**, como quiera que debe aplicarse el principio de igualdad entre los servidores públicos que han sido desvinculados de sus cargos en contravía de la Constitución."

Ahora bien, en el fallo de unificación **SU- 091 de 2016**, el cual, dicho sea de paso, recoge las tesis y posturas de otras sentencias unificadoras como verbigracia la **SU-917 de 2010** y la **SU-172 de 2015**, la Corte Constitucional reiteró la línea respecto a la causal de "retiro discrecional o por voluntad de la Dirección General de la Policía" subrayando que este tipo de retiro: "(i) es una potestad que el mismo Legislador le ha otorgado al Ejecutivo, en cabeza del Gobierno o del Director General de la institución según el rango del policial a desvincular, que permite de forma discrecional y por razones del buen servicio retirar a los miembros de la Fuerza Pública; (ii) **dicha facultad puede ser ejercida en cualquier tiempo y solo requiere de un concepto previo que emite la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional cuando se trata de oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación para los suboficiales y personal del nivel ejecutivo**; (iii) el retiro del servicio se decreta una vez se ha estudiado por separado cada caso, mediante la apreciación de circunstancias singulares y que después de agotar un debido proceso, se determina la necesidad de remover a un servidor que no cumple a cabalidad con sus funciones, bajo el entendido que las mismas deben estar encaminadas a la consecución de los fines que el constituyente les ha confiado; (iv) esta facultad discrecional se encuentra justificada en razón a la dificultad y complejidad que entraña la valoración del comportamiento individual de cada uno de los funcionarios que pueden afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y, por tanto, del interés general; (v) el oficial que sea retirado por esta causal pierde todo vínculo con la entidad y en la mayoría de eventos no alcanza a causar una asignación de retiro<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Sentencia T-265 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.





En tratándose del deber de motivación y la ya consolidada regla del "estándar mínimo" la citada sentencia reiterando la línea jurisprudencial al respecto informó:

"(...)

Por otro lado, y con respecto a los estándares mínimos de motivación de los actos administrativos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional, propuso esta Corporación, recientemente en sentencia **SU-172 de 2015<sup>6</sup>**, lo siguiente: **(i) se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente estén motivados en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal, pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos; (ii) la motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado; (iii) el acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución, esto es, el mejoramiento del servicio; (iv) el concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional; (v) la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportada en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad; (vi) el afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro, por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado; (vii) si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservarán tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado; (viii) si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos.**

En atención a las anteriores consideraciones, puede concluirse que **la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en afirmar que, los actos administrativos de retiro del servicio de los miembros de las Fuerzas Públicas –sean por retiro discrecional o por llamamiento a calificar servicios-, que hubieren sido proferidos por la administración en ejercicio de una facultad discrecional otorgada por la ley, deben encontrarse motivados;** de manera que se garantice el derecho al debido proceso, el principio democrático y el principio de publicidad, además de las prerrogativas propias de un Estado de Derecho caracterizado por la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y la proscripción de la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados.

## 5. Argumentación fáctica – probatoria

### 5.1. Caso concreto y conclusión.

<sup>6</sup> M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



Evidentemente debe colegir la Sala - contrario a lo que sugiere el censor -, que los actos de retiro, tal cual viene de exponerse, así se sujeten a la facultad discrecional deben contener un mínimo de motivación; pero esto no tiene nada que ver con el relato de las razones en el texto del acto *per se* (como mal parece entenderlo el *a quo*), sino con la sustentación de las razones objetivas en que se funda.

Igualmente se advierte o se recuerda que para ejercer la facultad discrecional, **solo requiere de un concepto previo que emite la Junta de Evaluación y Clasificación.**

Dicho lo anterior, no comparte esta Sala de Decisión las conclusiones fijadas en el fallo apelado, por cuanto, la evidencia, exigua por demás, refleja que se cumplen a cabalidad las reglas decantadas por la jurisprudencia sobre el particular.

Como bien pudo constatarse, la resolución 128 del 17 de julio de 2012, proferida por el Comandante de la Policía Metropolitana de Cartagena de Indias (acto cuestionado – fls 14 a 17 Cdo. No. 1) expone de manera clara en su parte considerativa las razones objetivas que llevaron a expedir el retiro y sobre el concepto previo de la Junta de Evaluación y Clasificación, este encuentra sustento probatorio en el documento que milita a folio 87 a 108 del cuaderno No. 1.

Ahora bien, las razones objetivas plasmadas tanto en el acto de retiro como en el acta de evaluación que le sirvió de sustento, a juicio de la Sala de decisión no han sido refutadas a través de medios de prueba legal y oportunamente arrimados al expediente. Y es que, no basta para tenerlas por falaces, el solo contenido del documento que obra a folio 121 del cuaderno No. 1, pues el mismo por sí solo, y ante el contexto que no ocupa no tiene el peso suficiente para desacreditar las razones de retiro.

Sea esta la oportunidad para recordar que los actos administrativos se presumen legales y en razón a ello, la carga que implica desvirtuar dicha presunción debe ser soportada por quien los cuestiona.

El acto administrativo permanece incólume, pervive por si solo y deberá, quien pretenda desvirtuarlo, desacreditarlo, lo que equivale a decir que el actor en este juicio, en tanto alega que el mismo no se fundó en razones propias del servicio, sino en móviles torticeros, acreditarlo a través de los medios idóneos, sin que sea del caso invertir el *onus probandi* como lo pretende el juez de primera instancia.



Sea esta la oportunidad, a propósito de la carga de la prueba en los asuntos en los que se discute **falsa motivación y desviación de poder** y la convicción errada de que la misma debe trasladarse por la meritoria hoja de vida de los empleados, traer a colación el siguiente extracto jurisprudencial<sup>7</sup>:

*"La meritoria hoja de vida tampoco otorga estabilidad en el empleo, ni es cierto, como se sugiere en el proceso, que la carga de la prueba se invierte y que a la Administración le corresponde probar que la desvinculación implicó una mejora del servicio, pues ello llevaría a imponer la motivación a posteriori del uso de la discrecionalidad y derrumbaría la presunción de legalidad y acierto que acompaña a los actos de la administración.*

(...)

**4.4. Sobre la carga de la prueba.** No está demás señalar que la presunción de legalidad que blinda los actos de la administración, exige al demandante demostrar que con la expedición de un acto administrativo de desvinculación, hubo desviación de poder o falsa motivación, tarea difícil por cierto, pues justamente la discrecionalidad viene fortalecida con la exoneración del deber de dar razones para el acto. Por lo mismo, el compromiso del demandante reside en acreditar que hubo una motivación implícita en el acto, y que ella, sacada a la luz pública mediante la actividad probatoria del demandante, resulta ser distinta al buen uso de la discrecionalidad; en suma, que hubo abuso, lo que al amparo del principio de que la mala fe debe probarse, impone acreditar de modo inequívoco que los motivos y finalidades no eran, ni la de mejorar el servicio, ni el ejercicio legítimo del poder discrecional, sino que algún designio reprobable y oculto inspiró la sustitución de un empleado por otro. No obstante, en el caso presente ningún vestigio apunta a demostrar que la administración obró inspirada en motivos ajenos a la mejora del servicio o que los verdaderos motivos y finalidades fueron la retaliación o la venganza.

Se echa de menos entonces aquel elemento demostrativo que indique que las razones del retiro fueron otras distintas a aquellas que se plasmaron en el acto acusado. Máxime cuando, como bien lo expresó el censor, las afectaciones y registros de incompetencia no fueron impugnadas o reprochadas (de ello no hay evidencia en el expediente), pudiendo hacerlo, en la medida de lo dispuesto en el decreto 1800 del 2000, por el cual se dictan normas para la evaluación del desempeño del personal uniformado de la Policía Nacional, procedimiento este establecido a efectos de construir las razones materiales del retiro. Con todo, debe ponerse de relieve que el concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, al decir de las reglas jurisprudenciales, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, habida cuenta que ello desvirtuaría la facultad discrecional.

<sup>7</sup> Sentencia de dos (2) de septiembre de dos mil diez (2010), proferida dentro del expediente con radicación número: 25000-23-25-000-2001-12130-02(1972-07)



Para reforzar la tesis expuesta, tiénesse por ejemplo que la historia clínica arrojada con la demanda (fls. 21 a 24 Cdo 1) y sobre la cual pretende el actor excusar su comportamiento para sugerir el ánimo torticero en la producción del acto de retiro (dado que alega que ello encuentra justificación precisamente en la atención médica y la incapacidad que le fue otorgada), registra una atención de urgencias por vómitos el 25 de septiembre del 2011 a las 1:42 de la tarde y egreso el mismo día a las 7:58 de la noche, con una incapacidad médica de 1 día, la que correría por el día 26 de septiembre del 2011; sin embargo, la afectación y registro de que da cuenta no solo el acto de retiro sino el acta de evaluación y clasificación (concepto previo) informa que el 27/09/2011, es decir, pasado el día de la incapacidad, el policial no se presentó a laborar en horas de la mañana, luego no hay razón para calificar de espuria dicha novedad, dado que no resulta ser cierto que la ausencia al trabajo tuviera origen en la atención médica y la posterior incapacidad.

No hay razón para pensar entonces, ya que las pruebas no lo periten, que el ánimo del nominador en la producción del acto de retiro se basó en circunstancias que no se atemperan al mejoramiento del servicio, menos aún para sugerir que lo que realmente se quería era evitar la aplicación del debido proceso disciplinario. Tampoco evidencia el expediente que la discrecionalidad hay mudado en arbitrariedad.

#### **De los cargos achacados.**

Frente a la falsa motivación se tiene pues que no se acreditó que el acto acusado carezca de veracidad, dado que, la dinámica probatoria que plantea la confrontación entre lo dicho en el acto y la realidad fáctica y/o jurídica atinente al mismo, no derriba su veracidad.

En cuanto a la desviación de poder, tampoco se demostró que la atribución del señor Comandante de la Policía Metropolitana de Cartagena de la que estaba investido para proferir el acto, se ejerció para obtener un fin distinto al perseguido por la ley, cual es el buen servicio.

En lo que toca con el derecho de audiencia y de defensa vinculado al debido proceso, la Sala no lo ha encontrado transgredido en atención a que se cumplió con el estándar mínimo de motivación en la producción del acto y el mismo se basó en el concepto previo del comité de evaluación y clasificación, reglas de ineludible cumplimiento en la formación de dichos mandatos, y aunado a ello, se agotó el trámite de publicidad atinente al mismo, tal y como a lo largo de esa providencia se ha suryado, sin que se haya evidenciado arbitrariedad.



Como corolario resta simplemente manifestar que, resuelto el problema jurídico debe imperar la revocatoria de la sentencia apelada, para en su lugar disponer la denegación de las suplicas de la demanda.

**6. Condena en Costas.**

No se condenara en costas en esta instancia porque el censor salió avante.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO: REVÓCASE** la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: NIÉGANSE** en consecuencia las suplicas de la demanda.

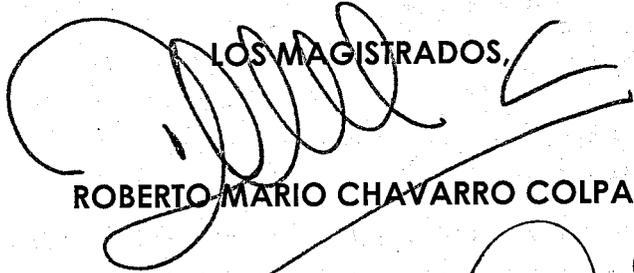
**TERCERO:** Sin condena en costas.

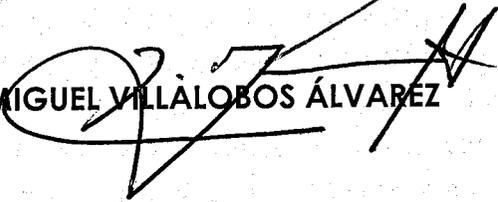
**CUARTO:** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

  
**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**

  
**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

  
**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**