



Cartagena de Indias D, T y C, veintisiete (27) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

I. RADICACIÓN, IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y DE LAS PARTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2015-00506-01
Demandante	OSMEL MELENDEZ SIERRA
Demandado	MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL
Tema	RETIRO DEL SERVICIO – FACULTAD DISCRECIONAL
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES.

1.- Sujeto a los mandamientos legales se **DECRETE LA NULIDAD** y consecuentemente se deje sin efecto el acto administrativo señalado a continuación y por ende se excluyan de la vida jurídica:

Resolución No. 020 del 30 de mayo 2015, por medio de la cual se resolvió retirar al señor Patrullero OSMEL EDUARDO MELENDEZ SIERRA del servicio activo de la Policía Nacional por voluntad de la Dirección General Policía Nacional, emanada del Comando del departamento de Bolívar y Resolución No.022 del 01 de junio de 2015, por la, cual se corrige un yerro tipográfico en la Resolución 020 del 300515.

2.- Que se Decrete la Nulidad del Acta emitida por la Junta de Evaluación y Clasificación del Departamento de Policía Bolívar, que previamente a la expedición de la Resolución No. 020 del 300515, dio la recomendación y la cual no se notificó, como tampoco se anexó, y no se relaciona el número de asistente de la misma, nombre de sus integrantes y si estos estaban legitimados para hacer parte de dicha junta,

3.- Que como consecuencia de todo lo anterior, se ordene a la Nación ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional el correspondiente restablecimiento del derecho del





13-001-33-33-008-2015-00506-01

señor **OSMEL EDUARDO MELEIDEZ SIERRA**, disponiendo su reintegro a la institución Policía Nacional en su grado de Patrullero y si fuere el caso en uno equivalente o de superior categoría, en las mismas o mejores condiciones de trabajo.

4.- Que se condene a la Nación Ministerio Defensa Nacional- Policía Nado al pago de los salarios, primas, vacaciones, reajustes o aumentos de sueldo y demás emolumentos que el demandante dejó de percibir, desde la fecha de su ilegal desvinculación y hasta que se produzca el reintegro.

5.- Para efectos de prestaciones sociales en general, se declarará que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte de mi poderdante, desde cuando fue desvinculado hasta cuando sea efectivamente reintegrado.

6.- Que el tiempo, en que el señor **OSMEL EDUARDO MELEIDEZ SIERRA** haya estado desvinculado, en razón de los actos acusados, sean computados a su tiempo de servicios, de tal manera que para efectos pensionales se tenga como no interrumpido su tiempo de servicio desde que fue desvinculado.

7.- Que en dicho reconocimiento se hagan los reajustes, indexaciones y actualizaciones correspondientes de conformidad con la ley, de manera tal que no se pierda la capacidad adquisitiva de la pensión por reconocer.

8.- Así mismo, que se reconozca y paguen los intereses legales más altos previstos anualmente sobre dichas sumas de dinero actualizadas y par a el mismo período.

9.- Se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término de establecido en el artículo 192 de la ley 1437/2011 y según jurisprudencia concordante al respecto.

10.- Que se ordene que el pago de la sentencia se efectúe acorde con el artículo 195 del citado compendio normativo, de manera tal que en caso de mora se proceda conforme el numeral 4 del citado artículo."

11.- La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 187 *ibidem* y según jurisprudencia relacionada con el tema."

1.2. Hechos.

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

1.2.1. Indica el accionante que ingresó como alumno de la Policía Nacional en enero del 2008; se graduó como patrullero de esta entidad en diciembre de la misma anualidad.

1.2.2. Manifiesta el actor que fue retirado del servicio mediante Resolución 20 del 30 de mayo de 2015, proferida por la Policía Nacional.

1.2.4. Alega la parte demandante, que se configura una falsa motivación y desviación de poder.

Código: FCA - 008

Versión: 01

Fecha: 18-07-2017





1.2. Normas violadas y concepto de la violación.

La parte demandante alega vulnerado el derecho de defensa vinculado al debido proceso.

2. Sentencia Apelada¹

En sentencia de fecha trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, se inhibió de pronunciarse respecto de la presente acción e igualmente negó las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Respecto de la inhibición, manifestó el A quo que las actas que recomiendan el retiro discrecional de miembros de la fuerza pública no pueden ser controvertidas mediante este medio de control, debido a que el artículo 138 del CPACA estipula que solo se juzga los actos que crean, modifican o extinguen directa o indirectamente situaciones jurídicas particulares; igualmente manifiesta que en el sub judice no hay pruebas suficientes que acrediten o hagan pensar que la Policía Nacional se extralimitó en sus facultades discrecionales al momento de tomar la decisión objeto de controversia.

3. Recurso de Apelación²

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando se revoque el fallo, puesto que en el sub judice hay extralimitación de la entidad demandada en su facultad discrecional, en su forma arbitraria para tomar la decisión de retirar al actor con una falsa motivación y abuso de poder; indica que no hay soporte que acredite que se estaba afectando el servicio de policía con la prestación del mismo dentro de esa institución.

4. Trámite procesal de segunda instancia³

¹ Folios 112-117.

² Folios 119-120.

³ Folios 5 y 9 del cuaderno principal de segunda instancia.





13-001-33-33-008-2015-00506-01

Con auto de fecha veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante. Mediante auto del veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

5. Alegaciones

5.1. De la parte demandante⁴

Solicitó se revoque el fallo de primera instancia y en consecuencia se concedan las pretensiones de la demanda.

5.2. De la parte accionada⁵

La parte accionada en su escrito de alegatos de conclusión solicita se confirme la sentencia de primera instancia en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas – artículo 207 CPACA -. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

2. Problema jurídico

⁴ Folios 11-13 del cuaderno principal de segunda instancia.

⁵ Folios 14-18 del cuaderno principal de segunda instancia.





13-001-33-33-008-2015-00506-01

Teniendo en cuenta el objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿Determinar si el acto administrativo demandado, por el cual se retiró del servicio al actor en virtud de la facultad discrecional de la administración, se ajustó o no a la legalidad y por lo tanto, si es procedente revocar o confirmar la sentencia impugnada?

3. Tesis

La Sala CONFIRMARÁ consideración a que el acto administrativo demandado, por el cual se retiró del servicio al actor en virtud de la facultad discrecional de la administración, se ajustó a la legalidad.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.1 Retiro del personal uniformado de la Policía Nacional

El artículo 6º del Decreto Ley 573 de 1995 reguló el retiro para los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional indicando que:

"(...) Artículo 75. Retiro. Es la situación en que por disposición del Gobierno Nacional para Oficiales a partir del grado de Coronel o por Resolución Ministerial para los demás grados, o de la Dirección General de la Policía Nacional para suboficiales, unos y otros, cesan en la obligación de prestar servicio, salvo en los casos de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización.

El retiro de los oficiales deberá someterse al concepto previo de la Junta Asesora para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de oficiales generales, inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, destitución, suspensión solicitada por la Justicia Ordinaria, que exceda de ciento ochenta (180) días y muerte.

PARÁGRAFO. Los retiros de los oficiales por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno, se dispondrán en todos los casos por Decreto del Gobierno Nacional."

Posteriormente, el artículo 54 del Decreto Ley 1791 de 2000, expedido por el Presidente de la República, desarrolló el retiro en la Policía Nacional, así:

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





Luego, fue expedida la Ley 857 de 2003, por medio de la cual reguló el retiro de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, en los siguientes términos:

"(...) 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.
(...)"*

4.2 Retiro de Agentes por voluntad del Gobierno Nacional o del Director General de la Policía Nacional

El acto administrativo acusado fundamentó el retiro del demandante en la facultad discrecional de conformidad con lo establecido en los artículos 55 numeral 6º y 62 de Decreto 1791 de 2000, que "modifica las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares", cuyo tenor literal es el siguiente:

"(...) 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. 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.*
- (...)"*





13-001-33-33-008-2015-00506-01

El artículo 62 ibídem en su redacción inicial, en la forma en que estaba vigente al momento en que se produjo el retiro del servicio del demandante, disponía:

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.**"

Por su parte, el artículo 49 el Decreto 1800 de 2000 "Por el cual se dictan normas para la evaluación del desempeño del personal uniformado de la Policía Nacional" establece las clases de Juntas que se conforman en la institución, en los siguientes términos:

"ARTICULO 49. CLASES DE JUNTAS. Para efectos de Clasificación y Evaluación, se establecen las siguientes Juntas:

1. Para Oficiales
2. Para Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes.

PARAGRAFO. La integración, funcionamiento y sesiones de estas juntas, las determinará el Director General de la Policía Nacional."

Ahora bien, el artículo 22 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" asigna a las Juntas de Evaluación y Clasificación para cada categoría, las siguientes funciones:

"(...) ARTÍCULO 22. EVALUACIÓN DE LA TRAYECTORIA PROFESIONAL. La evaluación de la trayectoria profesional del personal, estará a cargo de las Juntas de Evaluación y Clasificación que para cada categoría integrará el Director General de la Policía Nacional. Las Juntas tendrán, entre otras, las siguientes funciones:

1. Evaluar la trayectoria policial para ascenso.
2. Proponer al personal para ascenso.
3. Recomendar la continuidad o retiro en el servicio policial.

PARAGRAFO 1. Para el ascenso a Brigadier General, la evaluación de la trayectoria policial de los Coroneles estará a cargo de la Junta de Generales, integrada por los Generales en servicio activo de la Policía Nacional.

PARAGRAFO 2. El Director General de la Policía Nacional señalará las funciones y sesiones de la Junta de Generales, cuyas decisiones en todo caso se tomarán por mayoría de votos." (Se resalta).

De la normatividad antes transcrita se observa que una de las causales para disponer el retiro del Personal de Agentes de la Policía Nacional, es la voluntad de la Dirección General, quien discrecionalmente y por razones del buen





13-001-33-33-008-2015-00506-01

servicio puede disponer en cualquier momento la desvinculación del servicio activo de alguno de sus miembros, siempre que obre con recomendación previa de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, en otras palabras, el Director General de la Institución, previa recomendación referida, tiene la facultad de retirarlos del servicio **sin explicar o motivar la decisión**, pues las medidas adoptadas en ejercicio de la facultad discrecional se presumen ajustadas a la normatividad y motivadas por el buen servicio público.

Precisado lo anterior, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

5. EL CASO CONCRETO.

5.1. Hechos relevantes probados.

5.1.1. Obra en el expediente Resolución 020 del 30 de mayo de 2015, mediante el cual el Ministerio de defensa Nacional- Policía Nacional resuelve retirar del servicio activo de la Policía Nacional al señor Osmel Eduardo Melendez Sierra. (fls. 11-16)

5.1.2. Obra en el expediente Resolución No. 022 del 01 de junio de 2015 mediante el cual el Comandante del Departamento de la Policía de Bolívar resuelve corregir yerro tipográfico de la anterior resolución. (fl. 18)

5.1.3. Obra en el expediente hoja de vida del señor Osmel Eduardo Melendez Sierra, proferida por la Dirección de talento Humano del Departamento de Policía de Bolívar. (fls. 20-21)

5.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

De acuerdo con lo alegado en el recurso de apelación y, el marco normativo y jurisprudencial expuesto, la Sala, en aras a determinar si en efecto el acto acusado se encuentra viciado de nulidad, analizará si en el sub judice hay una falsa motivación del acto objeto de controversia y si la entidad tenía la carga de demostrar que el servicio se estaba afectando con la permanencia del actor, y cómo su retiro era la medida adecuada para mejorar el mismo.

Código: FCA - 008

Versión: 01

Fecha: 18-07-2017





Afirma el actor que la Policía Nacional al retirarlo del servicio, tomó una decisión arbitraria basada en una falsa motivación y abuso de poder, puesto que no acredita que se estaba afectando el servicio de la Policía Nacional con la prestación del mismo dentro de esta institución.

Tratándose del retiro del servicio, previsto en el numeral 6 del artículo 55 del Decreto 1791 de 2000, debe decirse que tal figura entraña el ejercicio de una facultad discrecional, que permite a la Dirección General de la Policía Nacional adoptar una u otra decisión, es decir, la permanencia o retiro del servicio; por lo tanto, el Director de la Policía Nacional tiene sobre el personal de agentes, la facultad de retirarlos del servicio activo sin que requiera explicitar de otro modo sus móviles. Estos actos administrativos se consideran proferidos en ejercicio de sus potestades sobre la Fuerza Pública y en beneficio de la misión constitucional y legal del servicio público a su cargo, por lo cual se presumen ajustados a la normatividad.

Ahora bien, si un acto discrecional encubre una actuación guiada por fines ilegales, o excede las razones que inspiran su existencia en el ordenamiento jurídico; quien considere que se profirieron con desviación de poder, o con falsa motivación, esto es, que se inspiraron en razones ajenas o distintas al querer del legislador, corre en principio, con la carga de la prueba.

Siendo así las cosas, la parte accionante es quien tiene la carga de la prueba; sin embargo no acreditó o demostró la falsa motivación alegada en el recurso de alzada.

Dado lo anterior concluye la Sala que en este caso no se probó que el Comandante del Departamento de Policía de Bolívar actuara con desviación de poder al retirar del servicio al demandante, ni que se hubiera presentado una falsa motivación en dicho acto por ende se mantiene incólume la presunción de legalidad del acto acusado, siendo procedente para la Sala confirmar la sentencia de fecha trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

5.3. Condena en costas en segunda instancia





13-001-33-33-008-2015-00506-01

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso.

En esa medida, se condenará en costas a la parte demandante ordenando a la Secretaría General de esta Corporación su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 365 y 366 del C.G.P., incluyéndose en la misma las agencias en derecho.

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

IV. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia apelada de fecha trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ejercido por el señor Osmel Melendez Sierra por medio la cual se negaron las pretensiones de la demanda contra la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en Costas a la Parte Demandante, en los términos de los artículos 365 y 366 del CGP las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Código: FCA - 008

Versión: 01

Fecha: 18-07-2017

