



Cartagena de Indias D, T y C, dieciséis (16) 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	13-001-33-33-011-2014-00116-01
Demandante	LUÍS EDUARDO BLANCO MARTÍNEZ
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	RETIRO DEL SERVICIO – FACULTAD DISCRECIONAL

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 5 de junio de 2015, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1. 1. PRETENSIONES

Pretende el demandante la nulidad del acto administrativo complejo conformado por la Resolución No. 0176 del 19 de Septiembre del 2013, proferida por el señor Comandante de la policía Metropolitana de Cartagena, en lo relativo al retiro del servicio activo de la Policía Nacional; y que como consecuencia de lo anterior, se ordene su reintegro a la institución, con efectividad a la fecha de su retiro, al cargo y grado que venía desempeñando o a otro de superior categoría; así como el pago de todos los emolumentos dejados de percibir.





1.2 HECHOS

Se señala como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

El accionante prestó sus servicios a la Policía Nacional como patrullero entre el 2 de diciembre de 2002 y el 19 de septiembre de 2013, fecha en la que le fue notificada la Resolución No. 128 de la misma fecha y mediante la cual fue retirado del servicio por voluntad de la Dirección General.

En Acta No. 003 de 2013 se consigna la recomendación de retiro pero no se incluyeron las razones que sustentan tal concepto, y la misma no fue notificada al accionante ni se le dio la oportunidad de controvertirla.

El accionante durante su servicio siempre cumplió con sus deberes y fue calificado como EXCEPCIONAL o SUPERIOR, sin que además le haya sido registrado algún antecedente penal que pueda constituir una mancha en su hoja de vida.

En virtud del retiro, el accionante se encuentra pasando una difícil situación económica, pues es cabeza de hogar y su grupo familiar no cuenta con alguna otra fuente de ingresos.

La ausencia de motivación resulta en vulneración del derecho fundamental al debido proceso en tanto no puede el interesado conocer las razones por las cuales es separado de la Institución. La simple manifestación de que el retiro se efectúa para mejorar el servicio ha sido un argumento que muchas veces ha sido empleado para justificar decisiones injustificadas.

2. SENTENCIA APELADA

El Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia del 5 de junio de 2015, concedió las pretensiones de la demanda al considerar lo siguiente:

La Dirección de la Policía Metropolitana de Cartagena de Indias incurrió en el cargo de violación de normas de orden superior, tanto de orden constitucional





como legal, al expedir el acto contenido en la Resolución No. 176 del 19 de septiembre de 2013 mediante el empleo de una facultad discrecional sin concretar la forma en que el servicio estaba afectado y como mejoraría, a pesar de que ese es el propósito de la facultad discrecional.

La posibilidad de retirar a un servidor público en ejercicio de una facultad discrecional impone al titular de tal potestad una gran responsabilidad, pues dispone de tal facultad es para la mejora del servicio, razón por la cual debe explicar cómo el servicio se está afectando y cómo el retiro del servidor es la medida adecuada para la mejora del mismo, sin perjuicio de que pueda objetivamente demostrar la efectividad de la medida adoptada en sede judicial cuando se controvierte el acto de retiro. (Fls. 127 - 140)

3. RECURSO DE APELACIÓN.

La parte demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando sea revocada, reiterando haber hecho uso de la facultad discrecional cumpliendo con los requisitos que legalmente se han previsto para tal efecto, especialmente contando con el previo concepto favorable de la Junta de Calificación y Evaluación, necesario para adoptar la decisión de retiro.

Precisa que el accionante no cumplió con sus compromisos institucionales, de forma que no podía continuar al servicio de la Institución sin que se afectara la función correspondiente a la protección de los bienes jurídicos que plantea la Constitución Política. (Fls. 152 - 156)

4. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

Con auto de fecha 4 de noviembre de 2015, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (Fl. 4). Mediante auto del 8 de febrero de 2016 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (Fl. 7).

Las partes demandante y demandada alegaron de conclusión reiterando lo expuesto en el libelo demandatorio y el recurso de apelación, respectivamente (Fls. 21 - 49).





El Representante del Ministerio Público emitió concepto solicitando se confirmara la sentencia apelada (Fls. 9 - 20).

IV. CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

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

2. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico, determinado por el sustento de la alzada, se concreta en establecer 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 de la sala.

La Sala REVOCARÁ la sentencia apelada, en 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 6° 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 50 numeral 6º y 62 del 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 psicofísica.
 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.
- (...)"

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 del 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:





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 278/2019
SALA DE DECISIÓN No. 001

SIGCMA

Radicado N°
13-001-33-33-011-2014-00116-01

"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 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.

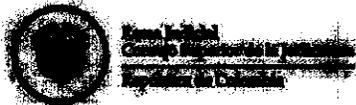
5.1 Hechos relevantes probados

Código: FCA - 008

Versión: 01

Fecha: 18-07-2017





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 278/2019
SALA DE DECISIÓN No. 001

SENTENCIA

Radicado No.
13-001-33-33-011-2014-00116-01

- El señor LUÍS EDUARDO BLANCO MARTÍNEZ prestó sus servicios como PATRULLERO en la POLICÍA NACIONAL, entre el 15 de abril de 2002 y el 18 de septiembre de 2013, por un tiempo de 11 años, 5 meses y 4 días. (Fl. 101)

- Mediante Resolución No. 0176 del 19 de septiembre de 2013, expedida por el Comandante de la Policía Metropolitana de Cartagena, es retirado del servicio activo de la Policía Nacional, por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional. (Fls. 83 - 91)

- El anterior retiro fue recomendado por la Junta de Evaluación y Clasificación, mediante Acta No. 003 del 18 de septiembre de 2013. (Fls. 92 - 98)

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

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: i) si se debían anotar los motivos por los cuales fue retirado del servicio el actor; y, ii) si la entidad tenía la carga de probar cómo se mejoró el servicio, debido a su excelente hoja de vida.

5.2.1 La motivación del acto

Afirmó el actor que la Policía Nacional debió indicarle los motivos que llevaron al retiro del servicio; por su parte, consideró el A quo que el acto acusado es nulo por cuanto no concretó la forma en que el servicio estaba afectado y como mejoraría el mismo con el retiro del actor.

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, cuestión que no se dio en este asunto por el actor.

5.2.2 De la afectación del servicio

Sostiene el A quo que la entidad demandada no demostró cómo el servicio se estaba afectando con la permanencia del actor, y cómo su retiro era la medida adecuada para mejorar el mismo.

En este punto se insiste, que debido a la presunción de legalidad del acto administrativo que ordena el retiro discrecional del servicio, la carga de la prueba la tiene el demandante, quien debe desvirtuar que la decisión de la administración no se adecuó a los fines perseguidos por la norma; por consiguiente, la idoneidad del actor en su trayectoria profesional como integrante de la Policía Nacional, no inhibe el ejercicio de la facultad discrecional de retiro del servicio.

Así, como en este caso no se probó que el Director General de la Policía Nacional actuara con desviación de poder al retirar del servicio al demandante, ni que se hubiera presentado desmejora en la prestación del servicio por su retiro, se mantiene incólume la presunción de legalidad del acto acusado, siendo procedente para la Sala de Decisión la revocatoria del fallo de primera instancia que concedió las pretensiones de la demanda, para en su lugar, negar las mismas.

6. Condena en costas en segunda instancia

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, se dispone condenar en costas a la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8º del mismo artículo,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 278/019
SALA DE DECISIÓN No. 001

SISTEMA

Radicado N.
13-001-33-33-011-2014-00116-0

según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará al pago de las costas de primera y segunda instancia a la Parte Demandante, las cuales serán liquidadas por el Juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en el artículo 366 del CGP dentro de las que se incluirán 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: REVOCAR la sentencia de fecha cinco (05) de junio de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda y en su lugar **NEGAR** las pretensiones, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en Costas de primera y segunda instancia 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, incluyendo en ella las agencias en derecho.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

Código: FCA - 008

Versión: 01

Fecha: 18-07-2017