

13001-33-33-006-2015-00578-01

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-006-2015-00578-01
Accionante	LUIS ALBERTO VILORIA CACERES padilla-consultoriasjuridicas@hotmail.com
Accionada	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL debol.notificacion@policia.gov.co notificaciones.cartagena@mindefensa.gov.co
Tema	RETIRO DEL SERVICIO – FACULTAD DISCRECIONAL
Magistrado Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

TURNO AL DESPACHO: 04 DE OCTUBRE DE 2019

I. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha cinco (05) de junio de dos mil dieciocho (2018)¹, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA².

1.1. Hechos relevantes planteados por el accionante.

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

- En el mes de agosto de 2014, el señor LUIS ALBERTO VILORIA CACERES, ingresó como patrullero a la Policía Nacional.
- Que a través de Resolución No. 0269 del 09 de junio de 2015, fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional por voluntad de la Dirección General de dicha institución.

¹ Folios 114-116 cdr.1

² Folios 1-15 cdr.1

13001-33-33-006-2015-00578-01

1.2. Las pretensiones de la demanda

La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad de la Resolución No. 0269 del 09 de junio de 2015, por medio de la cual se retiró al actor del servicio activo de la Policía Nacional.

A título de restablecimiento del derecho, se solicita que: i) se ordene el reintegro del señor LUIS ALBERTO VILORIA CACERES a la Policía Nacional en las condiciones de que gozaba antes de ser retirado en uno equivalente o de superior categoría; (ii) el pago de los salarios, primas, vacaciones, reajustes o aumentos de sueldos y demás emolumentos que el demandante dejó de percibir, desde la fecha de su desvinculación y hasta que sea reintegrado; (iii) que se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio desde su retiro y hasta que sea reintegrado; (iv) el pago de los reajustes, indexaciones y actualizaciones correspondientes de ley; reconocimiento y pago de intereses legales.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: Constitución Política, artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 29, 47, 54 y 90; artículos 1, 8, 11 del Pacto de san José de Costa Rica; artículos 3, 14, 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; artículo 3 del CPACA.

Aduce que, la entidad accionada incurrió en desconocimiento del derecho de audiencia y defensa vinculado al debido proceso y desviación del poder, en la medida en que, al momento de proferirse el acto acusado, si bien se estaban surtiendo investigaciones penales y disciplinarias en contra del accionante, las mismas no habían sido resueltas en forma definitiva, transgrediendo con ello la presunción de inocencia al retirarlo del servicio con fundamento en dichas investigaciones.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³.

La NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL, presentó escrito de contestación de la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, por considerar que carecen de fundamentos legales y respaldo probatorio.

³ Folios 24-41 cdr.1

13001-33-33-006-2015-00578-01

De igual manera, sostuvo que la decisión de retirar del servicio activo al actor, obedeció a razones de mejoramiento del servicio policial, sustentado jurídicamente en los artículos 1, 2 y 4 de la Ley 857 de 2003 y por voluntad del Director General de dicha institución, con fundamento en concepto previo de la Junta de Evaluación y Clasificación.

Aduce que, el actor no desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, por lo que solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Sentencia de Primera Instancia

Mediante sentencia de fecha cinco (05) de junio de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, consideró el A-quo que el retiro del servicio activo del demandante en virtud de la facultad discrecional y por razones de mejoramiento del servicio, no desconoció las normas en que debía fundarse. Además, que la parte accionante, no logró acreditar que el acto acusado hubiere sido expedido con violación al debido proceso, audiencia y defensa, vicios en su motivación y/o desvío de poder.

3.2. Recurso de Apelación.⁴

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la decisión de primera instancia, manifestando que el a-quo negó las pretensiones de la demanda sin constatar que, en efecto, las circunstancias de hecho y de derecho existentes al momento de expedirse el acto acusado justificaban el retiro del servicio activo y si este estaba basado en hechos objetivos y reales como lo exige la jurisprudencia.

3.3. Trámite procesal segunda instancia

Con auto de fecha siete (07) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)⁵, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

4 Folios 120-121 cdr.1

5 Folio 4 cdr.2

13001-33-33-006-2015-00578-01

Mediante auto del veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019)⁶, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.4. Alegaciones

La entidad demandada⁷, presentó alegatos finales, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

La Parte Demandante⁸ presentó alegatos de conclusión, reiterando que la temática del proceso en cuestión se circunscribe en los argumentos esbozados en el acto administrativo demandado que ordenó el retiro del servicio del actor, pues a su juicio, estos no son ajustados a derecho.

3.5. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto de fondo en el asunto de la referencia.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de segunda instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el 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

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

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual “*el juez de segunda*

⁶ Folio 7 cdr.2

⁷ Folios 13-20 cdr.2

⁸ Folios 10-12 cdr.2

13001-33-33-006-2015-00578-01

instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”.

2. ASUNTO DE FONDO

2.1. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en los siguientes cuestionamientos:

¿Determinar si la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, ejerció, conforme a derecho, la facultad discrecional al retirar del servicio activo al señor LUIS ALBERTO VILORIA CACERES?

2.2. Tesis de la Sala

La Sala sustentará como tesis que, en el caso bajo estudio, la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, ejerció conforme a derecho la facultad discrecional de retiro establecida en el numeral 6 del artículo 55 del Decreto 1791 de 2000, en que la medida en que ésta fue racional y proporcional a los hechos en que debía fundarse.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.1. Del retiro del servicio activo de la Policía Nacional

El retiro del servicio activo de la Policía Nacional se encuentra regulado por el artículo 54 del Decreto 1791 de 2000⁹, el cual establece que es la situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar el servicio. Además, dispuso que el retiro del servicio del nivel ejecutivo y agentes, se hará por resolución ministerial, la cual podrá delegarse al Director General de la Policía Nacional.

Ahora bien, tenemos que las causales del retiro del servicio activo, se encuentran determinadas en el artículo 55 ibídem, que en su numeral 6 establece la causal de retiro por voluntad del Ministerio de Defensa Nacional o, la Dirección General de la Policía Nacional para el nivel ejecutivo y los

⁹ “Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional.”

13001-33-33-006-2015-00578-01

agentes, que es la que se encuadra en el caso bajo estudio, la cual entraremos a analizar a continuación:

3.2. Del retiro por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional

El artículo 62 del Decreto 1791 de 2000, desarrolla la causal de retiro por voluntad del gobierno, o de la Dirección General de la Policía Nacional en los siguientes términos: *“por razones del servicio y en forma discrecional, la Dirección General de la Policía Nacional por delegación del Ministro de Defensa Nacional, para el nivel ejecutivo, y agentes podrán disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva (...)”*.

De ahí que, el retiro del servicio por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional implica el ejercicio de una facultad discrecional, como potestad jurídica del Estado que autoriza a la autoridad administrativa, para adoptar una u otra decisión; es decir, la permanencia o retiro del servicio cuando a su juicio, las necesidades del servicio así lo demanden. En estos casos, el servidor público que la ejerce es libre para evaluar, valorar, juzgar y elegir la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las diversas posibilidades.

En ese sentido, el retiro por voluntad de la Dirección General, atiende a un concepto de evolución institucional, en este caso de la Policía Nacional, conduciendo necesariamente a la adecuación de su misión y de su visión, a los retos a los que se enfrenta una institución cuyo objetivo principal es velar por la seguridad ciudadana. Así, dicho instrumento permite un relevo dentro de la jerarquía de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de finalizar la carrera oficial dentro de ellos.

De otro lado, cabe resaltar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como el retiro del servicio por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional es la razonabilidad; es decir, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que trae consigo el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados.

Así, el poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir del análisis de los

13001-33-33-006-2015-00578-01

elementos fácticos se activa la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad.

Por su parte, el artículo 44 del CPACA, establece la regla general de las decisiones discrecionales y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o la razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.¹⁰

En concordancia con lo anterior, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se conserva incólume ante la sede jurisdiccional en tanto la decisión esté sustentada en supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, haciendo de esta manera ejecutable lo consagrado en el artículo 44 del CPACA.

3.3. Del ejercicio simultáneo de la facultad discrecional, en el retiro de oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, de la acción penal y disciplinaria

Para la Sala resulta pertinente señalar, la concurrencia del ejercicio de la facultad discrecional, de la acción penal y disciplinaria, que bien puede la administración hacer uso de la primera de ellas siempre que los hechos que llevan a adoptar tal decisión sean los mismos que dan lugar al ejercicio de una indagación de carácter penal o disciplinaria, y sólo cuando estos impliquen una grave afectación del servicio.

En efecto, se justifica el ejercicio concomitante de la facultad discrecional, penal y disciplinaria en el evento en que la conducta del oficial o suboficial objeto de la medida afecte clara y gravemente la actividad funcional de la unidad o fuerza a la que se encuentre adscrito, lo contrario, esto es, el ejercicio de la facultad discrecional sin que sea evidente tal grado de afectación, por una conducta delictiva o disciplinaria, deslegitima el ejercicio de la facultad discrecional.

Así las cosas, considera la Sala que la administración está facultada para que, de manera simultánea, haga uso tanto de la facultad discrecional como el diligenciamiento de carácter penal y/o disciplinario en los casos en

¹⁰ **“ARTÍCULO 44. DECISIONES DISCRECIONALES.** En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.”

13001-33-33-006-2015-00578-01

que resulta evidente la afectación del servicio para lo cual, deberá verificar cada caso en concreto la necesidad y razonabilidad en la adopción de dicha medida.¹¹

Además, no es necesario esperar los resultados de un proceso disciplinario y/o penal para hacer uso de la facultad discrecional, pues su ejercicio no significa la imposición de una sanción, ni implicaba el adelantamiento de un procedimiento en tal sentido.

En conclusión la actuación disciplinaria y/o penal y la facultad discrecional son instituciones jurídicas independientes, autónomas y reguladoras de aspectos diversos de la ley, pues la atribución discrecional permite al nominador escoger a sus colaboradores y prescindir de estos, por razones del buen servicio, al paso que la actuación disciplinaria /o penal tiene por naturaleza la vigilancia de la conducta de los servidores oficiales; independientemente que puedan coincidir en constituir causales de retiro o desvinculación del servicio.¹²

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

4. CASO CONCRETO

4.1 Hechos probados

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos para la resolución del problema jurídico:

- Resolución No. 0269 del 09 de junio de 2015, expedida por el MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL – POLICIA METROPOLITANA DE CARTAGENA, por medio de la cual se retira del servicio activo al accionante.¹³
- Acta No. 004 del 06 de junio de 2012, expedida por Junta De Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Cartagena, por

¹¹ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B". Sentencia de fecha 01 de marzo de 2012. Radicado: 05001-23-31-000-2002-03530-01(1613-09)

¹² Ver sentencia de fecha 19 de febrero de 2018, emitida por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado en el proceso con radicado: 25000-23-42-000-2013-01223-02(4578-16)

¹³ Folios 8-11 y 69-75 cdr.1

13001-33-33-006-2015-00578-01

medio de la cual se recomendó el retiro del servicio activo del accionante.¹⁴

- Hoja de vida del señor LUIS ALBERTO VILORIA CACERES.¹⁵
- Informe No. 039 de fecha 08 de febrero de 2015, realizado por el Comandante de Grupo Disponible de la Policía Metropolitana de Cartagena de Indias.¹⁶
- Investigación Disciplinaria adelantada en contra del señor LUIS ALBERTO VILORIA CACERES iniciada el día 06 de marzo de 2015, con sustento en el informe No. 039 de fecha 08 de febrero de 2015, el cual da cuenta de la novedad presentada el día 08 de febrero de 2015, en donde el Comandante de la Policía Metropolitana de Cartagena observó que 2 patrulleros, movilizados en una motocicleta uniformada de dicha institución, recibieron dinero de un ciudadano a cambio de pasar desapercibida una infracción de tránsito.

La investigación disciplinaria concluyó mediante fallo de segunda instancia de fecha 12 de junio de 2015, proferida por el MINISTERIO DE DEENSA – POLICÍA NACIONAL – INSPECCIÓN GENERAL – INSPECCIÓN DELEGADA REGIÓN OCHO, a través de la cual se confirmó la sanción disciplinaria impuesta al accionante mediante fallo de fecha 29 de mayo de 2015, proferida en primera instancia por el MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL – INSPECCIÓN GENERAL – OFICINA DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO MERCAR.¹⁷

4.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo

Afirmó la parte accionante en el recurso de apelación que el acto acusado de nulidad, esto es, la decisión tomada en la Resolución No. 0269 del 09 de junio de 2015, proferida por el MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, por medio de la cual se resolvió ordenar el retiro del servicio activo al señor LUIS ALBERTO VILORIA CACERES, no se encuentra ajustada a derecho, en la medida en que se tomó con base en las investigaciones de tipo disciplinaria y penal, las cuales al momento de la expedición de dicho acto aún no habían sido resueltas, desconociendo con ello la presunción de inocencia

¹⁴ Folios 53-68 cdr.1
¹⁵ CD, folio 102 cdr.1
¹⁶ CD, folio 96 cdr.1
¹⁷ CD, folio 96 cdr.1

13001-33-33-006-2015-00578-01

de la que gozan las personas incursoas en este tipo de investigaciones.

Precisado lo anterior, procede la Sala a verificar si la conducta del señor LUIS ALBERTO VILORIA CACERES como Patrullero de la Policía Nacional, y por la cual se le investigó penal y disciplinariamente, afectó gravemente la actividad funcional de dicha institución y, en consecuencia, justificó el ejercicio de la facultad discrecional, mediante la cual se dispuso su retiro del servicio.

Sobre el particular, advierte la Sala que obra en el expediente Informe No. 039 de fecha 08 de febrero de 2015, realizado por el Comandante de Grupo Disponible de la Policía Metropolitana de Cartagena de Indias, a través del cual comunicó una novedad delictiva en la que presuntamente estaba involucrado el señor LUIS ALBERTO VILORIA CACERES, la cual consistía en recibir dinero a cambio de pasar por alto una infracción de tránsito.¹⁸

Así mismo, en el plenario existe prueba que acredita la Investigación Disciplinaria No. MECAR 2015 27, iniciada el día 06 de marzo de 2015, en contra del accionante por los hechos registrados en el Informe No. 039 del 08 de febrero de 2015.¹⁹

De igual manera, en la hoja de vida del accionante obra suspensión del servicio por haberle sido impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva por abandono de puesto, dictada por el Juzgado 175 Penal Militar.²⁰

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, estima la Sala que la administración, en el caso concreto, utilizó adecuadamente la facultad discrecional para retirar del servicio al demandante, al tiempo que contra él se adelantaban investigaciones de carácter penal y disciplinaria, pues esta resultaba conveniente, en la medida en que, los hechos por los cuales estaba siendo investigado afectaban de manera directa la imagen y el buen funcionamiento de la institución.

En este punto, para la Sala es menester resaltar que, según lo establecido en el artículo 218 de la Constitución Política, la Policía Nacional está instituida con el fin mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar la convivencia en paz de los

¹⁸ Ver CD a folio 96 cdr.1

¹⁹ Ver CD a folio 96 cdr.1

²⁰ Ver CD a folio 102 cdr.1

13001-33-33-006-2015-00578-01

habitantes del territorio nacional, razón por la cual los funcionarios que la integran deben contar con la confianza y moralidad que garanticen el buen servicio.

A su vez, debe tenerse en cuenta que el buen desempeño del cargo no se traduce en una estabilidad laboral absoluta que limite las competencias legales de la Fuerza Pública para retirar del servicio de manera discrecional a sus miembros.²¹

En ese sentido, debe decirse que, en el asunto de la referencia, al estar probada la afectación del servicio que, a juicio de la Dirección de la Policía Nacional, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de Policía²², suponía la no permanencia del demandante como Patrullero de dicha institución, se hace evidente que la decisión de su retiro del servicio estuvo conforme a los hechos que le servían de causa y fue proporcional a las normas que contemplaban dicha medida, tal y como lo dispone el artículo 44 del CPACA.

Finalmente, debe decirse también que, la decisión contenida en el acto administrativo acusado observó los principios que gobiernan a la función administrativa, establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política, manteniendo así la moralidad, eficacia, idoneidad y capacidad del personal que ejecuta las tareas encomendadas a la Fuerza Pública.

Así las cosas, concluye la Sala que la parte demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de la cual se encuentra revestida el acto administrativo acusado, razón por la cual se confirmará el fallo de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda.

5. Condena en costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandante a quien se le resuelve desfavorablemente el recurso, las cuales se liquidarán por el Juez de primera instancia.

²¹ Ver sentencia SU-237 de 2019

²² Ver Acta No. 004 de fecha 06 de junio de 2015, folios 53-68 cdr.1

13001-33-33-006-2015-00578-01

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: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia de fecha cinco (05) de junio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo a lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

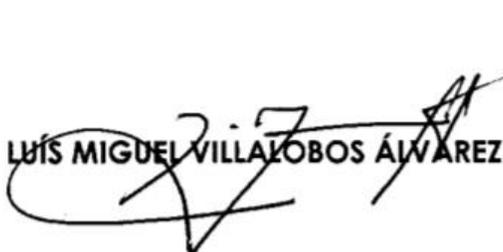
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS